

Bogotá D.C., **##FechaActual**

**N° Radicado: ##Respuesta**

**Radicación:** Respuesta a consulta # 4201912000000832

**Temas:** Decreto 092 de 2017

**Tipo de asunto consultado:** Criterios de selección objetiva para escoger una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad en proceso no competitivo.

Estimado señor

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 09 de febrero de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

#### ■ PRIMER PROBLEMA PLANTEADO

Respecto al artículo 5 del Decreto 092 de 2017 “(...) *¿Qué parámetros debe observar la Entidad Estatal para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro que tenga "reconocida idoneidad?" (...)*”

#### ■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Las Entidades Estatales gozan de plena autonomía para determinar la idoneidad de las entidades privadas sin ánimo de lucro al celebrar convenios de asociación, y, si lo desean, podrían aplicar los criterios para verificar la idoneidad contenidos en el artículo 3 del Decreto 092 de 2017 y la “Guía expedida por Colombia Compra Eficiente para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, la cual, establece criterios que sirven de orientación para que las Entidades Estatales determinen la idoneidad de la ESAL en los contratos de colaboración, regulado por el mismo decreto.

#### ■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El objeto del Decreto 092 de 2017 es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.
2. El Decreto 092 de 2017 es aplicable a todos los convenios que suscriban las Entidades Estatales con entidades sin ánimo de lucro para (i) impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y (ii) para desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las Entidades
3. Así las cosas, el convenio de asociación, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, tiene como finalidad que las Entidades Estatales, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades en





relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley. Estos convenios de asociación se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, reglamentado por el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, por lo cual sólo pueden celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

4. En los convenios de asociación se debe verificar que la ESAL sea idónea, es decir que reúne las condiciones necesarias u óptimas para desarrollar el convenio. En virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 en el convenio de asociación se debe determinar con precisión el objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes, por tanto, la Entidad Estatal debe establecer condiciones de selección objetivas que tengan en cuenta las condiciones propias del convenio.
5. La idoneidad consiste en la cualidad de ser adecuado o apropiado para cumplir un fin y esta tiene que ser reconocida. Es decir, la Constitución Política sólo autoriza a celebrar este tipo de convenios con entidades que cuenten con un reconocimiento público manifiesto.
6. Si bien los criterios de “reconocida idoneidad” previstos para los contratos de colaboración (artículo 3 del Decreto 092 de 2017) no son obligatorios para los convenios de asociación (artículo 5 del mismo Decreto), el mismo artículo 3 del decreto en mención, remite a la aplicación de las pautas y criterios señalados en la *“Guía expedida por Colombia Compra Eficiente para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”*, herramienta que sirve de orientación para que las Entidades Estatales realicen estudios para determinar la idoneidad de la ESAL con la cual pretenden suscribir el convenio de asociación.

#### ■ REFERENCIA NORMATIVA

Decreto 092 de 2017, artículos 3 y 5.

Colombia Compra Eficiente, Circular Externa Única, numeral 16.1 y 16.4

Colombia Compra Eficiente, Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>

#### ■ SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

Respecto los convenios de asociación del artículo 5 del Decreto 092 de 2017 “(...) *¿Por qué debe ser un 30% o menos, los recursos que deba comprometer la entidad sin ánimo de lucro para no estar sujetos a competencia? ¿Por qué no un 50% o un 70% o un 100%? (...)*”

#### ■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

La redacción del artículo 5 del Decreto 092 de 2017 señala que los convenios de asociación que se celebren las Entidades estatales con entidades privadas sin ánimo de lucro no estarán sujetos a proceso competitivo cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la



ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, es decir, que si su aporte es del 30% o más del valor total del convenio de asociación, se podrá prescindir del proceso competitivo.

El fundamento para eximir del proceso competitivo cuando la entidad privada sin ánimo de lucro aporta el 30% o más del total del convenio es un reconocimiento al esfuerzo de conseguir recursos propios o de cooperación para el desarrollo conjunto de actividades de las Entidades Estatales en el marco del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

#### ■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 96 de la Ley 489 de 1998, autoriza a las Entidades Estatales a celebrar negocios jurídicos con entidades sin ánimo de lucro para cumplir sus funciones. La misma Ley define estos negocios jurídicos como convenios de asociación y establece que deben celebrarse de conformidad con el artículo 355 de la Constitución Política.
2. La regla del artículo 5 del Decreto 092 de 2017 determina que en esa contratación no deberá realizar un proceso competitivo cuando la ESAL comprometa recursos propios e independientes del aporte estatal para la ejecución de actividades conjuntas, en una proporción no inferior al 30% del valor total del proyecto.
3. El Decreto 092 de 2017 establece que en los eventos en que exista más de una ESAL dispuesta a ofrecer recursos en dinero que correspondan por lo menos al 30% del valor del proyecto de cooperación, la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto.
4. El artículo 5 del Decreto 092 de 2017 no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporte recursos en especie, sólo indica que en esos casos la Entidad Estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio.
5. Finalmente, la exigencia de recursos en dinero se puede cumplir con instrumentos financieros, jurídicos y contables que sean transables y que tengan liquidez suficiente para ser equivalentes al dinero, con ello le permiten a la Entidad Estatal confirmar que la ESAL tienen a disposición del convenio el porcentaje de recursos enunciados en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

#### ■ REFERENCIA NORMATIVA

Decreto 092 de 2017, artículo 5.

Colombia Compra Eficiente, Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro



y de reconocida idoneidad. <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliesgo-tipo/manuales-y-guias>

### ■ TERCER PROBLEMA PLANTEADO

*"En el caso de que haya más de una entidad sin ánimo de lucro dispuesta a comprometer el 30% o menos de sus recursos para la ejecución de las actividades relacionadas y asignadas por la Ley a las Entidades Estatales: a). ¿existe algún criterio preestablecido en otros instrumentos legales para que una entidad estatal escoja de "forma objetiva" a una u otra entidad sin ánimo de lucro para la ejecución de tales actividades (SIC) o cuál es la regla del juego que debe respetar la Entidad Estatal?; b). ¿cuáles son las justificaciones (SIC) y criterios que debe tener en cuenta la Entidad Estatal seleccionar a una entidad sin ánimo de lucro y no a otra?. 4. ¿De qué forma se garantiza que no se escogerá de manera subjetiva a una entidad sin ánimo de lucro y no a otra?. 5. ¿de qué forma le garantizan a las demás entidades sin ánimo de lucro que en caso de que hayan varios "ofertantes", van a ser criterios objetivos y no subjetivos para su selección? (...)"*

### ■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

En relación con la respuesta anterior, si los aportes realizados por dos o más ESAL son menos del 30% deberá realizarse el correspondiente proceso competitivo, mientras que si hace referencia al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 donde dos o más ESAL ofrecen un 30% o más del valor total del convenio, la selección objetiva que realice la Entidad Estatal deberá corresponder con los principios generales de la normativa del Sistema de Compra Pública y fundamentalmente, con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Ahora bien, uno de los criterios que puede tener en consideración la Entidad Estatal para escoger a la ESAL cuando manifiestan que sus aportes son del 30% o más es el criterio económico; es decir, observar la oferta de aportes más altos que realicen las ESAL, en relación con los demás criterios de selección establecidos en la fase de planeación y estructuración del convenio de asociación.

En todo caso los factores de selección que determine la Entidad Estatal deben ser precisos y dirigidos a impedir una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad.

### ■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El principio de selección objetiva es aquel que busca determinar que la oferta que seleccione la Entidad Estatal represente la mejor relación costo-beneficio y/o calidad y precio, este principio se desarrolla a través de una juiciosa planeación del Proceso de Contratación que establezca criterios de selección relativos a requisitos habilitantes, factores técnicos y económicos, sin que existan consideraciones subjetivas o intereses personales.
2. Los artículos 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 remiten a la aplicación de los principios de la contratación estatal y las normas generales por lo tanto, la fase de planeación contemplada en la Ley 80 de 1993, resulta aplicable





Colombia Compra Eficiente

a la contratación de interés público del artículo 355 de la Constitución Política.

3. En virtud con lo anterior, la Entidad Estatal antes de iniciar el Proceso de Contratación debe realizar un análisis suficientemente serio, donde: (i) se identifique la necesidad de realizar el convenio de asociación; (ii) los criterios y demás características que deben cumplir para llevar a cabo la selección de la respectiva ESAL.
4. Por su parte, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece: “*Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva*”.
5. El Consejo de Estado se ha pronunciado argumentando que: “*El principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, al margen del procedimiento utilizado, con miras a evitar el actuar arbitrario, abusivo o violatorio de norma superior (numeral 8, art. 24, ley 80) por parte de los servidores públicos.*”
6. Finalmente, los criterios que establezca la Entidad Estatal para la realización del proceso competitivo deben corresponder con los principios de la contratación pública de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad, además de ser precisos, sin ninguna motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva.

#### ■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 1150 de 2007, artículo 5.

Decreto 092 de 2017, artículos 7 y 8.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado No. 37834 de 30 de jul de 2015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

Colombia Compra Eficiente, Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias>

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)



**Luisa Fernanda Vanegas Vidal**  
Subdirectora de Gestión Contractual

Proyectó: Sergio Mateo Avila  
Revisó: Natalia Reyes Vargas



Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)