**CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Regulación – Normas presupuestales – Aplicación – Ley 80 de 1993**

Los convenios de asociación se encuentran regulados en el Decreto 92 de 2017, cuyo artículo 7 dispone que están regidos por las normas presupuestales aplicables a la contratación estatal.

Para el manejo financiero y presupuestal de los contratos del Decreto 92 de 2017, aplica lo mismo que para otros negocios jurídicos que celebre el Estado regulados por la Ley 80 de 1993.

**CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Normas presupuestales**

En este punto hay que manifestar que no existe norma expresa que obligue a las entidades a constituir fiducia pública o encargo fiduciario para el manejo de los recursos derivados del convenio, sin embargo, las partes pueden pactar tal condición si con ello obtienen beneficios financieros y desembolsos oportunos. En general las entidades estatales pueden pactar las condiciones de desembolso que sean convenientes para el convenio, pues el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone sobre el convenio que las partes: “determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”.

**CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Naturaleza**

Los convenios de asociación no procuran utilidades o pago para la ESAL, pues en dicho caso se habla de un contrato donde se remunera al contratista por los servicios prestados.

**CONVENIO DE ASOCIACIÓN MULTILATERALES – Normativa – Aplicación**

La normativa aplicable a los convenios de asociación no impide que los mismos se celebren entre dos o más partes, sin embargo, la Ley 489 de 1998, artículo 96, determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, por ello deben coincidir las funciones legales de las entidades estatales si quieren suscribir conjuntamente el convenio. Asimismo, nada impide que las ESAL unan esfuerzos en la propuesta o en el convenio, a través de figuras asociativas autorizadas por la ley.

**Bogotá D.C., 19/11/2019 Hora 17:49:13s**

N° Radicado: 2201913000008611

Señor

**Mauricio Rojas Pérez** Universidad de la Sabana Chía, Cundinamarca

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 1201913000001574 |
| **Temas:** | Decreto 092 de 2017, convenio de asociación. |
| **Tipo de asunto consultado:** | Contratación con entidades sin ánimo de lucro a través del  Decreto 092 de 2017, convenio de asociación. |

Estimado señor Rojas,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- responde su consulta del 31 de octubre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

# Problema Planteado

“En aplicación del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, cuando se celebra un convenio de asociación entre una entidad estatal y una entidad sin ánimo de lucro que compromete recursos en dinero y en especie para la ejecución de esas actividades:

“1. ¿Cómo se debe realizar el manejo financiero de los recursos (tanto aportes de la ESAL como de la entidad estatal) en el marco de un Convenio de Asociación del que trata el artículo 5 del Decreto 092 de 2017?

“2. ¿El manejo de los recursos en el marco de un Convenio de Asociación del que trata el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 se debe realizar mediante un patrimonio autónomo o encargo fiduciario?

“3. ¿El manejo de los recursos en el marco de un Convenio de Asociación del que trata el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 se debe realizar mediante la apertura de una cuenta bancaria independiente y separada de los recursos propios de la ESAL? En caso afirmativo, ¿se debe realizar mediante una cuenta de ahorros o una cuenta corriente, o cualquiera de las dos?

“4. ¿El manejo de los recursos en el marco de un Convenio de Asociación de los que trata el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 se puede realizar mediante la cuenta bancaria general de la ESAL (cuenta en la cual se realizan ingresos y egresos de todas las operaciones de diferentes fuentes de la ESAL) y llevar el control financiero mediante un centro de costos interno o cuentas de presupuesto separadas para los recursos del Convenio?

“5. ¿Se debe justificar la ejecución financiera tanto de los recursos de contrapartida de la ESAL y los aportados por la entidad pública?

“6. En caso de que la anterior respuesta sea afirmativa ¿Cómo se debe justificar la ejecución financiera tanto de los recursos de contrapartida de la ESAL y los aportados por la entidad pública?

“7. En caso de que el 100% de los recursos del Convenio de Asociación (tanto aportes de la ESAL como de la entidad estatal) no sea ejecutado, pero se logre realizar el objeto del convenio con menos recursos, ¿cómo se debe proceder ante los recursos en especie no ejecutados (tanto aportes de la ESAL como de la entidad estatal)? Y ¿cómo se debe proceder ante los recursos en dinero no ejecutados (tanto aportes de la ESAL como de la entidad estatal)?

“8. Sin perjuicio de que el margen de utilidad que obtenga una ESAL en desarrollo de su objeto social debe ser reinvertido en el mismo desarrollo de su objeto social. ¿En el marco de un Convenio de Asociación de los que trata el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 la ESAL conveniente puede derivar un margen de utilidad o ganancia de las actividades ejecutadas en virtud del convenio?

“9. ¿Es viable celebrar un Convenio de Asociación con una entidad estatal para la ejecución de capacitaciones a su personal o para el desarrollo de programas de pregrado o posgrado de su personal cuya institución de educación superior en la cual se realizan los estudios sea la misma ESAL que suscribe el convenio?

“10. ¿Es viable que la ESAL que suscribe el Convenio de Asociación realice por si misma la ejecución de las actividades del convenio en lugar de subcontratar, y como contratista ejecutora de las actividades pueda obtener un margen de utilidad o ganancia?

“11. [¿]Se puede suscribir un convenio de asociación multilateral? [¿]Dicho Convenio de Asociación se puede celebrar entre una ESAL con dos o más entidades públicas? Dicho convenio de asociación [¿]se puede celebrar con dos o más ESAL para ejecutar las actividades del Convenio de forma colaborativa? En este último caso, (…) [¿]se debe acudir a las ficciones legales del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 o pueden actuar como ESAL independientes?

“12. Si pretende suscribir un Convenio de Asociación multilateral en el cual se suscriba con dos o más ESAL para ejecutar las actividades del convenio de forma colaborativa, ¿cómo se realiza el aporte de contrapartida en un convenio multilateral, para la aplicación de lo previsto en el inciso 1 del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, cada una de las ESAL debe aportar el 30% en dinero del valor del convenio? O entre todas las ESAL se puede aportar como mínimo el 30% en dinero del valor del convenio?

“13. ¿Cómo se debe [sic] realizar los desembolsos por parte de la entidad pública de los recursos que comprometa ésta en dinero? [sic] [¿]La entidad estatal puede realizar desembolsos parciales de los recursos en la ejecución del proyecto?

# Consideraciones

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, siguiendo los principios de la función administrativa, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante: i) la celebración de convenios de asociación o ii) la creación de personas jurídicas, ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Para efectos de la consulta, el análisis se centrará en la primera alternativa, es decir, en los convenios de asociación, sobre los cuales el inciso segundo señala que deben celebrarse de conformidad con el artículo 355 de la constitución política[[1]](#footnote-1).

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

El inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 prevé que los convenios de asociación se deben celebrar de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución, con lo cual estos convenios se deben celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo.

La norma citada está reglamentada en el Decreto 92 de 2017, que dispone de reglas para que la entidad estatal seleccione a su asociado, y además se diferencia claramente a los convenios de asociación, regulados en el artículo 5, de los contratos de apoyo, regulados en el artículo 2 del mismo decreto.

Artículo 5. asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las entidades estatales. Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia 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. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.

Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

Estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2o y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5o, 6o, 7o y 8o del presente decreto

# Normas presupuestales aplicables al Decreto 92 de 2017 y desembolso de recursos.

Como se dijo antes, los convenios de asociación se encuentran regulados en el Decreto 92 de 2017, cuyo artículo 7 dispone que están regidos por las normas presupuestales aplicables a la contratación estatal:

Artículo 7. Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables (…)

Es decir, para el manejo financiero y presupuestal de los contratos del Decreto 92 de 2017, aplica lo mismo que para otros negocios jurídicos que celebre el Estado regulados por la Ley 80 de 1993.

En este punto hay que manifestar que no existe norma expresa que obligue a las entidades a constituir fiducia pública o encargo fiduciario para el manejo de los recursos derivados del convenio, sin embargo, las partes pueden pactar tal condición si con ello obtienen beneficios financieros y desembolsos oportunos.

En general las entidades estatales pueden pactar las condiciones de desembolso que sean convenientes para el convenio, pues el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone sobre el convenio que las partes: “determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”.

En efecto, la “Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, expedida por Colombia Compra Eficiente, recomienda los desembolsos condicionados con el fin de evaluar el desempeño de la ESAL y la efectividad del programa de interés público:

El artículo 355 de la Constitución Política también puede ser utilizado para implementar estrategias innovadoras de apoyo a causas sociales o para financiar actividades de las ESAL como los denominados “bonos de impacto social”[[2]](#footnote-2). Esa herramienta de cooperación entre el sector público y el privado está diseñada para que las Entidades Estatales sólo desembolsen los recursos públicos cuando se obtengan resultados medibles y evaluables[[3]](#footnote-3), en otras palabras, el desembolso de recursos públicos está sujeta a la condición que la ESAL efectivamente alcance las metas establecidas en el contrato. El uso de esa herramienta incrementa la eficiencia, innovación y la eficacia para resolver los problemas sociales a través de recompensar sólo los resultados positivos, elimina la intervención pública en los procedimientos de la ESAL y al mismo tiempo se reducen los Riesgos para los recursos públicos porque los financiadores privados los asumen[[4]](#footnote-4).

# Naturaleza de los convenios de asociación

La contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y reglamentada por el Decreto 92 de 2017, es un instrumento de política pública distinto a los actos jurídicos por los cuales una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna[[5]](#footnote-5), y que están regulados por la Ley 80 de 1993.

En los convenios de asociación no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado.

En este sentido, el convenio de asociación no es conmutativo, y por tanto la entidad estatal contratante no instruye a la entidad privada sin ánimo de lucro para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocian con ella para el cumplimiento de objetivos comunes. En consecuencia, los convenios de asociación no son una forma de contratar la prestación de un servicio o de exigir el cumplimiento de obligaciones a la ESAL.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 24 de febrero de 2005, radicado 1626, consejera ponente Gloria Duque Hernández, rescata la posición según la cual existen claras diferencias entre los contratos derivados del artículo 355 constitucional y los de prestación de servicios, de modo que los convenios de asociación no pueden celebrarse para ejecutar programas ordenados por el Estado:

Como ya se indicó, el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. Aquellos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1.993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos, en especial los de escogencia del contratista.

Cuando el artículo 355 autoriza a las entidades estatales a celebrar contratos para “impulsar” programas y actividades de interés público, se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de éste el deber constitucional es no sólo impulsarlos sino cumplirlos, conforme las disposiciones contractuales vigentes, como sería por ejemplo, contratos de prestación de servicios o de obra pública.

De la Ley 489 de 1998 se entiende que la ESAL no se asocia con el Estado con el motivo meramente lucrativo de obtener utilidades, por el contrario, el convenio de asociación pretende alcanzar objetivos de interés público, que corresponden con las acciones de la organización privada y a las funciones de la entidad estatal; así lo dijo la Corte constitucional en Sentencia C-543 de 2001, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis:

Entonces, el ámbito propio del artículo 355, en sus dos incisos, el primero en cuanto prohíbe explícitamente las donaciones y auxilios y el segundo que permite la celebración de contratos para el cumplimiento de actividades de interés publico, acordes con los planes de desarrollo, con personas jurídicas privadas, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, de la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, art. 38) buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas.

En conclusión, los convenios de asociación no procuran utilidades o pago para la ESAL, pues en dicho caso se habla de un contrato donde se remunera al contratista por los servicios prestados.

# 2.3. Convenios de asociación multilaterales

La normativa aplicable a los convenios de asociación no impide que los mismos se celebren entre dos o más partes, sin embargo, la Ley 489 de 1998, artículo 96, determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, por ello deben coincidir las funciones legales de las entidades estatales si quieren suscribir conjuntamente el convenio.

Asimismo, nada impide que las ESAL unan esfuerzos en la propuesta o en el convenio, a través de figuras asociativas autorizadas por la ley. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente determina:

16.9 Uniones temporales y consorcios conformados por entidades sin ánimo de lucro

El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación.

Finalmente, atendiendo al artículo 5 del Decreto 92 de 2017, que determina que los convenios de asociación “no estarán sujetos a competencia 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”, la entidad o entidades estatales contratantes deben asegurarse que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente, Además en atención al inciso 2 del artículo 5, la entidad estatal debe asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

En caso de que la entidad estatal encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse.

# Respuestas

1. Los convenios de asociación están sujetos a las normas presupuestales aplicables a los contratos estatales de Ley 80 de 1993, en ese sentido el manejo financiero del convenio se debe realizar de acuerdo con tales normas y con lo que determinen las partes.

2, 3 y 4. Según el artículo 96 de la Ley de 1998, las partes deben determinar todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes para el convenio de asociación, entre ellos si es conveniente constituir un negocio fiduciario, o es necesaria la apertura de una cuenta bancaria independiente o si los recursos pueden ser manejados por la ESAL directamente.

5 y 6. Los recursos aportados del convenio de asociación deben destinarse a programas de interés general, en ese orden de ideas, es responsabilidad de la entidad estatal y de la ESAL justificar sus actuaciones y velar que estos recursos se ejecuten en beneficio de la población.

1. Según el artículo 96 de la Ley de 1998, las partes deben determinar todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes para el convenio de asociación, entre ellos el destino de los recursos no ejecutados.
2. Los convenios de Asociación no remuneran la labor de la ESAL y por tanto no procuran un margen de utilidad o ganancia.
3. Las entidades estatales, en general, pueden celebrar convenios de asociación siempre y cuando su objeto sea el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley a la entidad estatal y sea conforme con el artículo 355 constitucional.

Las entidades de gobierno de las que habla el artículo 355 de la constitución no imparten programas de pregrado o posgrado pues estas actividades no corresponden a los cometidos y funciones que les asigna la ley, en consecuencia, dichos programas no deben contratarse a través de convenios de asociación, así mismo, sin importar si el contratista es una ESAL, dictar capacitaciones se corresponde con la venta de un servicio y tampoco deben contratarse por convenio de asociación.

1. Según el artículo 96 de la Ley de 1998, las partes deben determinar con claridad sus obligaciones y las actividades a desarrollar dentro del convenio de asociación. Sobre la utilidad de la ESAL debe remitirse a la respuesta número “8.”
2. La normativa no prohíbe la suscripción de convenios de asociación multilaterales, pero es responsabilidad de los intervinientes analizar cuál es el mecanismo pertinente para

asociarse, bien sea usando los esquemas asociativos de la Ley 80 de 1993 u otros autorizados por la ley.

1. La entidad estatal debe asegurarse de que contratista, que puede estar constituido por una o varias ESAL, aporte al menos el treinta por ciento del valor del convenio en dinero. Si más de un interesado en aportar mínimo el treinta por ciento de los recursos en dinero, la entidad estatal debe seleccionar entre los interesados de forma objetiva.
2. Según el artículo 96 de la Ley de 1998, las partes deben determinar todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes para el convenio de asociación, entre ellos lo relativo a desembolsos.

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

Atentamente,



Proyectó: Felipe Muñoz Tocarruncho

1. “Articulo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

   “El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Shah, S & Costa, K (2013). Social Finance: A Primer. Understanding Innovation Funds, Impact Bonds, and Impact Investing. Center for American Progress. Disponible en: <https://cdn.americanprogress.org/wp-content/uploads/2013/11/SocialFinance-brief.pdf> [↑](#footnote-ref-2)
3. Fox, C., & Albertson, K. (2011). Payment by results and social impact bonds in the criminal justice sector: New challenges for the concept of evidencebased policy? Criminology & Criminal Justice, 11(5), 395- 413. [↑](#footnote-ref-3)
4. Roy, M.J., McHugh, N., Sinclair, S. (2017) Social Impact Bonds – Evidence-Based Policy or Ideology? in: Greve, B. (Ed.), Handbook of Social Policy Evaluation. Edward Elgar Pub, Northampton, MA. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/313889147\_Social\_Impact\_Bonds\_-\_Evidence-](https://www.researchgate.net/publication/313889147_Social_Impact_Bonds_-_Evidence-based_policy_or_Ideology) [based\_policy\_or\_Ideology](https://www.researchgate.net/publication/313889147_Social_Impact_Bonds_-_Evidence-based_policy_or_Ideology) [↑](#footnote-ref-4)
5. Código Civil, Artículo 1495. [↑](#footnote-ref-5)