**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATOS PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Noción**

[…] Son «todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales».

**CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN – Noción**

[…] «aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales».

**CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN – Contrato de prestación de servicios profesionales – Suscripción – Uniones temporales y consorcios**

La intención del legislador, de la cual dan cuenta los antecedentes legislativos de la Ley 80 de 1993, fue que la capacidad contractual no estuviera ligada a la personalidad jurídica. En efecto, en la exposición de motivos de la iniciativa legislativa se dijo que «el proyecto respecto de la competencia para contratar alude a entidades estatales, sin que sean identificadas con la noción de personalidad jurídica». Esto implica, a juicio de esta Agencia, que los contratos propiamente dichos de prestación de servicios profesionales también pueden ser suscritos con las uniones temporales o con los consorcios.

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance**

Los contratos de colaboración tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo recibirán, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 92 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Suscripción – ESAL**

Es del caso precisar que aunque el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se refiere genéricamente a la noción «personas jurídicas particulares», lo cierto es que la celebración de los convenios de asociación que regula esa norma únicamente se pueden celebrar con ESAL. Esto es así porque el inciso segundo de la misma disposición establece que tales convenios «se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política», norma que le permite al «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» «cursivas propias». Es de resaltar que el artículo 355 de la Constitución fue desarrollado por el Decreto 92 de 2017, cuyo artículo 5 señala concretamente que los negocios jurídicos se deben celebrar únicamente con las ESAL.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Suscripción – ESAL**

Aunque el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se refiere genéricamente a la noción «personas jurídicas particulares», lo cierto es que la celebración de los convenios de asociación que regula esa norma únicamente se pueden celebrar con ESAL. Esto es así porque el inciso segundo de la misma disposición establece que tales convenios «se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política», norma que le permite al « 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» «cursivas propias». Es de resaltar que en el artículo 355 de la Constitución no menciona, ni concreta ni genéricamente, a las «personas jurídicas particulares».

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Multiplicidad de sujetos – Límites legales**

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio. Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 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, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a 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 o las entidades deben asegurarse de 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 del Decreto 92 de 2017, deben «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 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».

Bogotá D.C., **18/03/2020 Hora 15:8:26s**

**N° Radicado: 2202013000002028**

Señora

**Tatiana Baquero**

Bogotá

**Concepto C ─ 057 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATOS PROPIAMENTE DICHOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES – Noción / CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SIMPLE APOYO A LA GESTIÓN – Noción / CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SIMPLE APOYO A LA GESTIÓN y CONTRATOS PROPIAMENTE DICHOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES – Suscripción - Uniones temporales y consorcios / CONTRATACIÓN CON ESAL ― Contrato de colaboración ― Objeto - Alcance / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN ― Suscripción con ESAL / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Suscripción con ESAL / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Multiplicidad de sujetos – Límites legales  DE ASOCIACIÓN ― Multiplicidad de sujetos y límites legales |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202012000000321 |

Estimada señora Baquero:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública―Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 17 de enero de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿es viable jurídicamente la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión con un Consorcio o Unión Temporal, en el cual las partes se unen con el fin de complementar la experiencia e idoneidad necesaria para la ejecución del objeto contractual?»; ii) «¿si el objeto del contrato esta (sic) determinado para desarrollar la actividades X y Z y la empresa "1" únicamente tiene experiencia en la actividad X, podría la empresa "1" conformar un Consorcio o Unión Temporal con la empresa "2", que tiene experiencia en la actividad Z, para desarrollar el objeto del contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión del que trata el literal h del numeral 4 del articulo (sic) 2 de la Ley 1150 del 2007?»; iii) «¿es viable jurídicamente celebrar un convenio de asociación del que trata el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 entre una entidad pública y un particular que no tiene la condición de ESAL para ejecutar un programa establecido en el plan de desarrollo o plan sectorial de la entidad o actividades en relación con el cometido o funciones que le asigna la ley?»; iv) «¿tendría la entidad pública que adelantar un proceso competitivo para escoger al particular o podría realizar la contratación directamente?; v) «¿los aportes del particular podrían ser en especie?»; y vi) «¿los aportes que realice la entidad publica (sic) pueden contemplar la retribución al particular por el desarrollo de dichas actividades».

1. **Consideraciones**

Para resolver sus inquietudes es necesario hacer algunas consideraciones en relación con la naturaleza y objeto del contrato de prestación de servicios –*infra* 2.1.–, así como también en relación con la naturaleza los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 5º del Decreto 92 de 2017 –*infra* 2.2.–.

**2.1. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se pronunció en relación con la naturaleza de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en el concepto C-071 del 4 de marzo de 2020 –radicado No. 2202013000001597–. La tesis que se propuso se expondrá a continuación.

El artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993 define a los contratos de prestación de servicios, como aquellos «[…] que celebr[a]n las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». Según lo establecido en el artículo 2, numeral 4º, literal h, de la Ley 1150 de 2007, para estos contratos se puede acudir a la modalidad de contratación directa. En efecto, la referida norma establece que:

Artículo 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[…]

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[…]

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

Es de resaltar que la norma transcrita distingue entre los *contratos de prestación* *de servicios profesionales* y los *contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión*, tal y como se explicará.

Los primeros, a la luz de la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado[[1]](#footnote-2), se denominan *contratos propiamente dichos de prestación de servicios profesionales*, y son «todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales». Este tipo de contratos, entonces, se caracterizan porque su objeto guarda relación con el desarrollo de actividades que demandan competencias y habilidades profesionales o especializadas de la persona natural o jurídica a contratar, de manera «que se trata de un saber intelectivo cualificado».

La misma Sección[[2]](#footnote-3) ya había resaltado que dichos contratos tienen las siguientes características:

i) Pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal que tenga capacidad para contratar, en los términos del artículo 2, numeral 1º, de la Ley 80 de 1993;

ii) Se pueden celebrar con personas naturales o con personas jurídicas. Con aquellas para desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad, siempre que estas no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Con las personas jurídicas, por disposición del artículo 24, numeral 1º, literal d de la Ley 80 de 1993, así como del artículo 2, numeral 4º, literal h, de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto 1082 de 2015. Esta última norma establece que «[l]as Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión *con la persona natural o jurídica* que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate» (Cursiva propia).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 23 de noviembre de 2005[[3]](#footnote-4), aseguró que el contrato de prestación de servicios «[…] puede celebrarse tanto con *personas jurídicas como naturales*, en este último caso, siempre y cuando las actividades contratadas no pueden cumplirse con personal de planta o cuando las labores requeridas exigen conocimientos especializados de los que no disponen los servidores de la entidad» −subraya propia−. Así también lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, en la que, al referirse a las diferencias entre los contratos de trabajo y de prestación de servicios, resaltó que en el caso de estos últimos «la actividad independiente desarrollada, *puede provenir de una persona jurídica* con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada» −cursiva propia−. Este fallo, a su vez, fue citado, y sus fundamentos acogidos, por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, en decisión del 1 de marzo de 2018[[4]](#footnote-5).

Adicionalmente, se resalta que el artículo 6º de la Ley 80 de 1993 les reconoció capacidad para celebrar contratos estatales a los consorcios y a las uniones temporales[[5]](#footnote-6), sin hacer ningún tipo de restricción, esto es, sin limitar dicha capacidad a unas modalidades de selección de contratistas específicas, para la celebración de contratos asociados a alguna tipología contractual en específico. Así lo reconoció la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de esa norma, en los siguientes términos:

Otro de los aspectos de los cuales debe ocuparse el legislador al desarrollar el mandato consagrado en el último inciso del canon 150 Fundamental, es el referente a la capacidad para contratar ya que «la competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual».

La Ley 80 de 1993, al crear las figuras de los consorcios y uniones temporales y constituirlas como sujetos de la contratación administrativa, reconoce una realidad del mundo negocial que son los denominados «contratos de colaboración económica», que en la hora actual se celebran para la efectiva realización de proyectos de contratación pública altamente especializados e intensivos en capital y así mismo indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido (Preámbulo y artículos 1 y 2 Superiores).

En torno a la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales la jurisprudencia constitucional ha expresado que el Estatuto de contratación les reconoce este atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales. También ha dicho que el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.[[6]](#footnote-7)

La intención del legislador, de la cual dan cuenta los antecedentes legislativos de la Ley 80 de 1993, fue que la capacidad contractual no estuviera ligada a la personalidad jurídica. En efecto, en la exposición de motivos de la iniciativa legislativa se dijo que «el proyecto respecto de la competencia para contratar alude a entidades estatales, sin que sean identificadas con la noción de personalidad jurídica»[[7]](#footnote-8). Esto implica, a juicio de esta Agencia, que los *contratos propiamente dichos de prestación de servicios profesionales* también pueden ser suscritos con las uniones temporales o con consorcios.

iii) Tienen por objeto desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante, siempre que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta, bien por ser insuficiente o bien porque se requieran conocimientos especializados;

iv) La relación entre la entidad contratante y el contratista no es carácter laboral;

v) No pueden pactarse por término indefinido, esto es, deben suscribirse por el plazo estrictamente necesario e indispensable, tal y como lo dispone el artículo 32, numeral 3º, inciso 2º, de la Ley 80 de 1993:

vi) Se rigen por las disposiciones civiles y comerciales que disciplinan el tipo negocial utilizado por la administración y las especiales previstas en dicho estatuto público contractual, según lo que se deriva de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993; y

vii) En estos contratos es potestativa la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

Con todo, el uso de esta figura contractual está directamente relacionado con las necesidades a satisfacer por parte de la entidad y, en cierta medida, con el principio de planeación, pues los estudios previos deben consignar con suficiencia las razones que justifican celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales.

Los segundos, son denominados *contratos de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión*[[8]](#footnote-9). Estos, según lo que establece el artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto 1082 de 2015, corresponden a «aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales». Son servicios de apoyo a la gestión todos aquellos servicios que involucren actividades requeridas para la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte, que puede ser de carácter técnico, operacional, o logístico, y que tiendan a satisfacer las necesidades relacionadas con la gestión administrativa o funcionamiento de entidad. La ejecución de esos contratos, entonces, no implica conocimientos profesionales.

Estos contratos, al igual que los *contratos propiamente dichos de prestación de servicios profesionales*, también pueden ser suscritos con uniones temporales o consorcios, se insiste, porque el artículo 6º de la Ley 80 de 1993 les dio a estas, capacidad contractual.

En criterio del Departamento Nacional de Planeación ─DNP─[[9]](#footnote-10), los *servicios de apoyo* implican actividades de naturaleza operativa, logística o asistencial. Las *actividades asistenciales*, para el DNP, se refieren al apoyo a «las tareas propias de la entidad o a las labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución realizadas por personas no profesionales ni comerciantes». Las *actividades operativas* son «las que con carácter ocasional, deban contratarse para el desarrollo de actividades propias de la entidad por personal no profesional». Y las *actividades logísticas* «son aquellas que emplean un conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de un servicio o evento específico».

Se trata, entonces, de una noción genérica que abarca a todos los «demás contratos de prestación de servicios»[[10]](#footnote-11). Sus características principales son: i) su objeto no es el desarrollo de actividades profesionales o especializadas, sino cualquier otra actividad identificable, requerida por la entidad estatal, que implica el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte; y es de carácter técnico, operacional o logístico, en los términos señalados en el párrafo precedente, según el caso. Y ii) está destinado a satisfacer necesidades de las entidades estatales en relación con su funcionamiento o gestión administrativa, sin que sean necesarios, en todo caso, los conocimientos profesionales o especializados para su ejecución. Estos últimos, como se señaló previamente, se reservan únicamente para el *contrato propiamente dicho de prestación de servicios profesionales*, pero no para los *contratos de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión*.

**2.2. Los artículos 355 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad −desde ahora ESAL−, en los conceptos del 30 de agosto y el 20 de diciembre de 2019 –radicados Nos. 2201913000006394 y 2201913000009467– y, recientemente, en los conceptos C-070, C-081 y C-094 de marzo del año 2020 –radicados Nos. 2202013000001578, 2202013000001573 y 2202013000001579–. En esta ocasión se reiteran dichas consideraciones jurídicas.

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[11]](#footnote-12).

Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96, permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad. En efecto, la referida norma establece lo siguiente:

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.

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.

Es del caso precisar que aunque la norma transcrita se refiere genéricamente a la noción «personas jurídicas particulares», lo cierto es que la celebración de los *convenios de asociación* que regula esa norma únicamente se pueden celebrar con ESAL. Esto es así porque el inciso segundo de la misma disposición establece que tales convenios «se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política», norma que le permite al «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» «cursivas propias». Es de resaltar que el artículo 355 de la Constitución fue desarrollado por el Decreto 92 de 2017, cuyo artículo 5 señala concretamente que los negocios jurídicos se deben celebrar únicamente con las ESAL.

Por otro lado, el Gobierno nacional, como ya se dijo, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución, expidió el Decreto 92 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público con el fin 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) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2º del Decreto 92 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 92 de 2017[[12]](#footnote-13).

Los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo recibirán, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 92 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, es decir que el programa o actividad a desarrollar este dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o ejecuta obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Sistema de Compra Pública. Solo cuando se reúnan estas condiciones será procedente la celebración de contratos de colaboración, de lo contrario se deberá aplicar las normas del estatuto de contratación pública, adicionalmente se requiere de previa autorización expresa del representante legal de la entidad estatal.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley»[[13]](#footnote-14).

En estos convenios 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. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

El convenio de asociación no es conmutativo, y por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes[[14]](#footnote-15).

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio[[15]](#footnote-16). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 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, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a 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 o las entidades deben asegurarse de 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 del Decreto 92 de 2017, deben «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 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»[[16]](#footnote-17).

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que «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 de cooperación». Así lo establece la «Guía para la Contratación con Entidades sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad», elaborado por esta entidad. Según dicha Guía, la «Entidad Estatal no está obligada a hacer un proceso competitivo, pero debe garantizar que hace una selección objetiva en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación». La entidad puede tomar la decisión de acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, incluso, al trámite que regula el artículo inciso 2 del artículo 2 del Decreto 92 de 2017.

En suma, de acuerdo con los criterios de la Guía antes mencionada, «[l]as Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017». En todo caso, «el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública».

Por otro lado, 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. Se precisa que las entidades estatales pueden pactar las condiciones de desembolso que sean más convenientes, pues el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone, sobre el convenio, que las partes «determinará[n] con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes». Con todo, la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, expedida por Colombia Compra Eficiente, recomienda 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». 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, 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.

Es importante aclarar que los negocios jurídicos que regula el Decreto 92 de 2017 «[…] son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el estatuto de contratación y[, como tal,] no hacen parte del sistema de compra pública. […] De acuerdo con lo anterior, si la entidad estatal adquiere o se abastece de un bien, obra o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una [ESAL], debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el Decreto 92 de 2017»[[17]](#footnote-18). Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[18]](#footnote-19):

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 acuerdo con lo anterior, no todas las actividades que las entidades estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 92 de 2017, así como la del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no es únicamente el carácter de las ESAL sino también el objeto del contrato o convenio que la entidad pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una entidad sin ánimo de lucro no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-287 del 18 de abril de 2012, en la que sostuvo lo siguiente:

Las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro han sido definas por la doctrina como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos que vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo, de manera que tienen como finalidad propia la satisfacción de intereses públicos y sociales.

*Sin embargo, el hecho que no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado*. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación. (Cursivas propias)

Lo anterior se justifica en que la principal característica de las ESAL es la ausencia de lucro, es decir, las ganancias o beneficios económicos no están destinados a repartirse en favor de los miembros ni de terceros, sino que permanecen dentro de la entidad incrementando su patrimonio. Con todo, las ESAL sí pueden participar en igualdad de condiciones en procesos de contratación regidos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en los documentos del proceso.

Los convenios de asociación no procuran utilidades para la ESAL, pues en dicho caso se trataría de un contrato en el que se debe remunerar al contratista por los servicios prestados, el cual, por eso mismo, tiene un régimen legal distinto.

1. **Respuestas**

i) «¿es viable jurídicamente la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión con un Consorcio o Unión Temporal, en el cual las partes se unen con el fin de complementar la experiencia e idoneidad necesaria para la ejecución del objeto contractual?»; y ii) «¿si el objeto del contrato esta (sic) determinado para desarrollar la actividades X y Z y la empresa "1" únicamente tiene experiencia en la actividad X, podría la empresa "1" conformar un Consorcio o Unión Temporal con la empresa "2", que tiene experiencia en la actividad Z, para desarrollar el objeto del contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión del que trata el literal h del numeral 4 del articulo (sic) 2 de la Ley 1150 del 2007?»

Los *contratos propiamente dichos de prestación de servicios profesionales* y los *contratos de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión* se pueden suscribir con personas naturales o jurídicas y también con consorcios o uniones temporales. Con todo, en el caso de los primeros, es necesario que el objeto del contrato esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales, en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En relación con los segundos, es necesario que el objeto del contrato sean servicios de apoyo a la gestión todos aquellos servicios que involucren actividades requeridas para la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte, que puede ser de carácter técnico, operacional, o logístico, y que tiendan a satisfacer las necesidades relacionadas con la gestión administrativa o funcionamiento de entidad.

Ahora bien, los *contratos propiamente dichos de prestación de servicios profesionales* y los *contratos de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión*, según el artículo 2, numeral 4, literal h, de la Ley 1150 de 2007, se suscriben por la modalidad de *contratación directa*. En esta modalidad la entidad tiene la libertad para configurar las bases del negocio jurídico a celebrar, con fundamento en lo cual puede decidir autónomamente, por un lado, si exige o no experiencia al contratista, por el otro, qué experiencia le exige y, finalmente, cómo se debe acreditar en aquellos casos en los que el contrato se vaya a suscribir con uniones temporales o consorcios. Tales criterios no están regulados en la ley ni el reglamento y por eso, se insiste, deben ser configurados por las entidades en cada caso concreto y de acuerdo con las particularidades del objeto del contrato a suscribir.

iii) «¿Es viable jurídicamente celebrar un convenio de asociación del que trata el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 entre una entidad pública y un particular que no tiene la condición de ESAL para ejecutar un programa establecido en el plan de desarrollo o plan sectorial de la entidad o actividades en relación con el cometido o funciones que le asigna la ley?»

De acuerdo con el artículo 355 de la Constitución, al que remite el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, los *convenios de asociación* solo se pueden suscribir con ESAL. Esto es así porque si bien es cierto que el mencionado artículo 96 se refiere genéricamente a la noción «personas jurídicas particulares», también lo es que el inciso segundo del mismo artículo establece que estos «se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política», esto es: «*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» (cursivas propias). Incluso, el artículo 5º del Decreto 92 de 2017, que desarrolla la citada norma constitucional, se refiere expresamente a los *convenios de asociación* celebrados entre ESAL y entidades estatales; pero no en general con personas naturales o jurídicas particulares.

iv) «¿tendría la entidad pública que adelantar un proceso competitivo para escoger al particular o podría realizar la contratación directamente?;

Teniendo en cuenta que no es posible suscribir el *convenio de asociación* con «un particular que no tiene la condición de ESAL», la entidad debe adelantar el proceso contractual de acuerdo con las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, si está sometida al mismo, o con fundamento en sus manuales internos de contratación, si no lo está. En ese sentido, de acuerdo con el objeto del contrato y atendiendo a las particularidades del proceso de contratación, la entidad debe elegir la modalidad de selección correspondiente.

v) «¿los aportes del particular podrían ser en especie?» y vi) «¿los aportes que realice la entidad publica (sic) pueden contemplar la retribución al particular por el desarrollo de dichas actividades».

Por sustracción de materia no hay lugar a responder estas preguntas, pues, como se dijo antes, los *convenios de asociación* únicamente se pueden suscribir con ESAL, es decir, que no se pueden firmar con personas naturales o jurídicas particulares.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos  Contratista |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Sentencia de unificación del 2 de diciembre de 2013, expediente No. 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719), M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa −acción de nulidad en contra del inciso 1° del artículo 1º del Decreto 4266 de 2010−. [↑](#footnote-ref-2)
2. Cfr. Fallo de diciembre 3 de 2007, expediente No. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715), M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio ─acción de nulidad en contra del Decreto 2170 de 2002─. [↑](#footnote-ref-3)
3. Allí se preguntó: si es viable jurídicamente celebrar un contrato de prestación de servicios para la organización de eventos de capacitación y el procedimiento de escogencia del contratista y en particular: «i) ¿Cuál es el procedimiento legal y contractual para iniciar los trámites de contratación respectivos?; ii) ¿Pueden considerarse los servicios de apoyo para la organización logística de los eventos de capacitación antes descritos, como prestación de Servicio de Apoyo a la Gestión?; y iii) ¿Para su contratación se puede aplicar el procedimiento dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, reglamentario de la Ley 80 de 1993?». Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de noviembre de 2005. Expediente 11001-03-06-000-2005-01693-00. Radicado interno 1693. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. [↑](#footnote-ref-4)
4. Expediente No. 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014). M.P. Dr. Carmelo Perdomo. [↑](#footnote-ref-5)
5. En el concepto del 6 de diciembre de 2017 –radicado No. 2201713000007357–, esta Subdirección consideró que: «la Ley 80 de 1993 reguló las formas de asociación denominadas uniones temporales y consorcios, con la finalidad de aunar esfuerzos para presentar conjuntamente una misma propuesta, y consecuentemente alcanzar un fin común que corresponde a la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato. 2. Estas asociaciones son un instrumento legal para fortalecer a aquellos proponentes que individualmente no alcanzan a cumplir con los requisitos de la oferta, ya sea por sus condiciones propias o porque teniendo las suficientes condiciones para ofertar pretenden mejorarlas y aumentarlas». [↑](#footnote-ref-6)
6. Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-7)
7. Gaceta del Congreso No. 75 de 1992. p. 16. [↑](#footnote-ref-8)
8. Sentencia de unificación del 2 de diciembre de 2013, expediente No. 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719), M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa −acción de nulidad en contra del inciso 1° del artículo 1º del Decreto 4266 de 2010−. [↑](#footnote-ref-9)
9. Concepto del 10 de marzo de 2011 «PRAP-CP – 20118010153521». [↑](#footnote-ref-10)
10. Sentencia de unificación del 2 de diciembre de 2013, expediente No. 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719), M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa −acción de nulidad en contra del inciso 1° del artículo 1º del Decreto 4266 de 2010−. [↑](#footnote-ref-11)
11. Sobre esta norma consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-12)
12. En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, se dijo: «[l]os convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017». [↑](#footnote-ref-13)
13. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-14)
14. Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, expedido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-15)
15. 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». [↑](#footnote-ref-16)
16. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-17)
17. Cfr. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047. [↑](#footnote-ref-18)
18. Concepto del 24 de febrero de 2005, con radicado No. 1626, C.P. Dra. Gloria Duque Hernández [↑](#footnote-ref-19)