**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto y 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. 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 ejecutan obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Sistema de Compra Pública. Solo cuando se reúnan estas condiciones es procedente celebrar contratos de colaboración. Adicionalmente se requiere de autorización previa expresa del representante legal de la entidad estatal.

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Convenios de asociación – Objeto y alcance**

[…] 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» .

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

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contratos de colaboración – Actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana – Suspensión provisional**

De conformidad con la decisión tomada por el Consejo de Estado en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A, dentro del proceso con radicado No. 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62.003), el inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, se encuentra afectado por una medida de suspensión provisional, por lo que lo allí dispuesto no es aplicable actualmente. En ese sentido, estando suspendida la referida disposición y pendiente la decisión final del Consejo de Estado que confirme o descarte su legalidad, no resulta posible establecer su alcance.

**ESAL – Noción – Características**

Las ESAL, dentro de las que se encuentran las fundaciones, las corporaciones o asociaciones, entre otras, cumplen con diversas e importantes funciones en la sociedad en procura del bien general, operando como «articuladoras de las funciones estatales que se llevan a cabo gracias a la iniciativa y con recursos privados; o como la unión de ciudadanos en la búsqueda de un bienestar común» .

Estas son definidas como «personas jurídicas que se constituyen por la voluntad de asociación o creación de otras personas (naturales o jurídicas) para realizar actividades en beneficio de los asociados o de terceras personas o de la comunidad en general y no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros» . Las ESAL, pues, no tienen la naturaleza jurídica de empresa sino de «instituciones cuyo actuar no trae consigo un beneficio del que se pueda disponer para fines personales. Así, con ellas se alude a entidades de carácter asociativo o fundacional que no pretenden obtener un beneficio de su actividad, para lo que establecen la adecuada política de precios, o que, si eventualmente lo obtienen, lo dedican íntegramente a la misma actividad sin fin de lucro» . En tales términos, la ausencia de un fin de lucro, y la no realización de actividades mercantiles –por regla general– y el reparto de utilidades como elementos característicos de las ESAL.

**ESAL – Personería jurídica – Artículo 355 superior**

[…] la conceptualización de las ESAL involucra su calidad de personas jurídicas, con independencia de las formalidades establecidas para su reconocimiento. Por ello, esa calidad constituye un elemento esencial para su existencia y para la realización de los fines altruistas o de utilidad común que persiguen, en la medida que las dota de la autonomía necesaria para actuar de manera independiente de quienes convergen en su creación, separando la gestión de los asuntos personales de los de la ESAL.

De acuerdo con lo anterior, la personalidad jurídica de las ESAL, más allá de la formalidad a la que esté sometida su reconocimiento, es una cuestión que determina la posibilidad de que una entidad que predique no tener ánimo de lucro pueda asociarse con entidades estatales a luz de lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política. En ese sentido, si bien el artículo 355 superior se refiere únicamente a la posibilidad de suscribir contratos de colaboración o de interés público con «entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, establece de manera expresa la posibilidad de que entidades estatales se asocien «con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación […] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política».

Bogotá D.C., **01/12/2020 Hora 10:32:15s**

**N° Radicado: 2202013000011832**

Señor

**Jamie Mcgregor Arango Castañeda**

Palmira, Valle del Cauca

**Concepto C – 689 de 2020**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto y alcance / CONTRATACIÓN CON ESAL – Convenios de asociación – Objeto y alcance / CONTRATACIÓN CON ESAL – Contratos de colaboración – Actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana – Suspensión provisional / ESAL – Noción – Características / ESAL – Personería jurídica – Artículo 355 superior |  |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta # 4202013000009427 |  |

Estimado señor Arango,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 16 de octubre de 2020, 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.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas:

«[…] 1) ¿La frase o expresión «Entidades privadas» contenida en el Decreto 092 de 2017 debe entenderse necesariamente como sinónimo de «personas jurídicas» o «entes privados con personería jurídica»? ¿O esta expresión también incluye a los entes desprovistos de personalidad jurídica que son propiedad de personas naturales, como puede suceder en el caso de establecimientos educativos?

2) ¿Puede una entidad pública realizar convenios administrativos con personas naturales propietarias de establecimientos educativos, en particular, instituciones de educación para el trabajo y el desarrollo humano, en aplicación de la Ley 1150 de 2007 o el Decreto 092 de 2017, para contribuir o participar en el programa de ayudas o créditos educativos contenidos en el Plan de Desarrollo?

3) En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, ¿es posible hacer uso de la modalidad de selección de contratación directa para dichos convenios con personas naturales como en el caso de ser el contratista «entidad sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad» (Decreto 092 de 2017) o entidades públicas (Ley 1150 de 2007)?

4) ¿Cuál es el alcance de actividades artísticas, culturales y deportivas del Artículo 4 del Decreto 092 de 2017?

5) ¿En el marco del Artículo 4 del Decreto 092 de 2017 es necesario realizar un proceso de selección competitivo para vincular las Instituciones que desean participar o contribuir en el programa de ayudas y créditos educativos contenido en el Plan de Desarrollo?

6) ¿Por qué el Artículo 4 del Decreto 092 de 2017 hace referencia a personas naturales cuando solo contempla la contratación con «entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad»?

7) ¿Los convenios para la vinculación de instituciones de educación superior o educación para el trabajo y desarrollo humano a los programas de ayudas o créditos educativos pueden entenderse comprendidos dentro de la definición de actividades artísticas, culturales y deportivas establecida en el Artículo 4 del Decreto 092 de 2017?

8) ¿Los entes territoriales en el marco de programas de ayudas o becas pueden contratar bajo las normas de derecho privado con personas naturales propietarias de establecimientos educativos? […]».

1. **Consideraciones**

Para responder las inquietudes planteadas se desarrollarán las siguientes temáticas: i) los artículos 355 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998; ii) ámbito de aplicación del Decreto 92 de 2017; iii) las ESAL, su calidad de personas jurídicas y la facultad de asociarse con entidades de la rama ejecutiva; iv) suspensión provisional de algunas normas del Decreto 92 de 2017; y v) contratos interadministrativos, concepto y régimen jurídico aplicable.

 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-081 del 3 de marzo de 2020, C-070 del 4 de marzo de 2020, C-094 del 4 de marzo de 2020, C-416 del 3 de julio de 2020, C-483 del 6 de agosto de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, entre otros. Igualmente, abordó la definición, las características y la regulación de los contratos interadministrativos en los conceptos con radicado: C-023 del 13 de febrero de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C-227 del 7 de abril de 2020 y C-637 del 28 de octubre de 2020. Algunas de las consideraciones entonces expuestas se retoman a continuación.

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

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[[1]](#footnote-1).

Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96[[2]](#footnote-2), 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.

El Gobierno nacional, 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[[3]](#footnote-3).

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 ejecutan obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Sistema de Compra Pública. Solo cuando se reúnan estas condiciones es procedente celebrar contratos de colaboración. Adicionalmente se requiere de autorización previa 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»[[4]](#footnote-4).

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[[5]](#footnote-5). 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.

**2.2. Las ESAL, su calidad de personas jurídicas y la facultad de asociarse con entidades de la rama ejecutiva**

En el marco de la gestión del interés general y la promoción de las cuestiones públicas, han surgido, al lado del Estado, cierto tipo de organizaciones *infra estatales* que «paulatinamente han sido objeto de reconocimiento de personalidad jurídica propia, con el fin de proteger intereses especiales, dentro del conjunto de los intereses generales a cargo del Estado, y de asegurar la posibilidad de actuación independiente y directa»[[6]](#footnote-6).

 Para este tipo de entidades, la personalidad jurídica constituye un presupuesto de utilidad para la realización de sus fines. En efecto, tal calidad las convierte de manera directa en sujetos de aplicación del derecho, con independencia de quienes convergen en su creación o representación. Mediante el reconocimiento de su personalidad se les dota de autonomía en la gestión de las actividades que desarrollan para la consecución de los fines que son la razón de ser de las entidades *infra estatales*, que coadyuvan al Estado en la realización de propósitos de naturaleza altruista o que incumben al interés general. A este fenómeno obedecen las ESAL.

Las ESAL, dentro de las que se encuentran las fundaciones, las corporaciones o asociaciones, entre otras, cumplen con diversas e importantes funciones en la sociedad en procura del bien general, operando como «articuladoras de las funciones estatales que se llevan a cabo gracias a la iniciativa y con recursos privados; o como la unión de ciudadanos en la búsqueda de un bienestar común»[[7]](#footnote-7).

Estas son definidas como «personas jurídicas que se constituyen por la voluntad de asociación o creación de otras personas (naturales o jurídicas) para realizar actividades en beneficio de los asociados o de terceras personas o de la comunidad en general y no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros»[[8]](#footnote-8). Las ESAL, pues, no tienen la naturaleza jurídica de empresa[[9]](#footnote-9) sino de «instituciones cuyo actuar no trae consigo un beneficio del que se pueda disponer para fines personales. Así, con ellas se alude a entidades de carácter asociativo o fundacional que no pretenden obtener un beneficio de su actividad, para lo que establecen la adecuada política de precios, o que, si eventualmente lo obtienen, lo dedican íntegramente a la misma actividad sin fin de lucro»[[10]](#footnote-10). En tales términos, la ausencia de un fin de lucro, y la no realización de actividades mercantiles –por regla general– y el reparto de utilidades como elementos característicos de las ESAL[[11]](#footnote-11).

 Las ESAL, de vieja data, se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico colombiano, y si bien actualmente carecen de un estatuto o reglamentación unívoca, lo cierto es que este tipo de entidades siempre han estado ligadas al concepto de *persona jurídica.* Así se desprende del título XXVI del libro primero del Código Civil, en cuyo artículo 633[[12]](#footnote-12) no solo se asume la teoría de la ficción para establecer la posibilidad de que un ente ejerza derechos y obligaciones independientes de sus constituyentes o asociados, sino que da a las corporaciones y fundaciones de beneficencia pública el carácter de personas jurídicas.

En vigencia del artículo 636 del Código Civil[[13]](#footnote-13), el surgimiento de la personería jurídica de las ESAL se daba en virtud del acto del Estado en el cual se aprobaban los correspondientes estatutos tras verificarse su no contrariedad con la moral y las buenas costumbres. Dicha disposición sometía «los estatutos de las corporaciones a la aprobación del poder ejecutivo quien los examina al momento de conceder a aquellas personalidad jurídica, es decir en el momento en que la corporación nace a la vida jurídica como sujeto de derechos y de deberes civiles»[[14]](#footnote-14).

Dicho régimen de reconocimiento, ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, fue derogado por los artículos 40, 42 y 43 del Decreto ley 2150 de 1995[[15]](#footnote-15), que cambió el acto de reconocimiento del Código Civil por otra formalidad consistente en la constitución mediante escritura pública o documento privado y el posterior registro del instrumento ante la cámara de comercio con competencia en el correspondiente ámbito territorial, momento a partir del cual las ESAL se constituyen como personas distintas de sus miembros o fundadores individualmente considerados.

 Los artículos 40, 41, 42, 43, 44 y 45 del Decreto ley 2150 de 1995 fueron objeto de la acción pública de inconstitucionalidad, en el marco de la cual fueron analizados por la Corte Constitucional, quien constató su exequibilidad y conformidad con la habilitación legal conferida al Gobierno Nacional para expedir tal reglamentación[[16]](#footnote-16). Al resolver el asunto la Corte manifestó:

Todo lo concerniente al régimen de las personas jurídicas compete al legislador y, por supuesto, la determinación acerca del momento en el cual surgen ellas como entes distintos de los fundadores o asociados es algo que únicamente se perfila en cada sistema jurídico según las reglas que la ley juzgue dignas de consagrar, con arreglo a valores y principios que orientan la actividad del legislador. En ese orden de ideas, depende de la ley la determinación de las formalidades necesarias para que se entienda nacida la persona jurídica así como para su transformación y extinción. El principio que define si las personas jurídicas lo son a partir de la decisión unilateral del Estado plasmada en acto administrativo, desde el acuerdo de voluntades de los particulares, o desde el registro público del mismo, no es anterior a la ley sino que tiene origen en ella, salvo que una de tales opciones se acoja directamente por la Carta Política, como ocurre entre nosotros con los sindicatos o asociaciones de trabajadores y empleadores, según el artículo 39 C.P., a cuyo tenor su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

Las disposiciones sub-examine, dentro del criterio de eliminar trabas y requisitos a la libre voluntad de asociación de las personas, escogen -modificando el régimen vigente- el sistema del registro de la persona jurídica de Derecho Privado ante la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio principal de aquella. En otros términos, se suprime el acto de reconocimiento expreso y positivo del Estado, cambiando la forma de constitución de dichas entidades por la escritura pública o el documento privado, libremente otorgados por los creadores de las mismas, con la obligación posterior de proceder a su registro para dar paso a la personalidad jurídica correspondiente[[17]](#footnote-17).

 Conforme explica la Corte, la regla general en cuanto la conformación de entidades sin ánimo de lucro, consiste en que las mismas pueden constituirse mediante escritura pública o documento privado, y que el surgimiento de su personalidad jurídica se da a partir del registro de tal instrumento. No obstante, dicha regla general no está exenta de tratamientos especiales respecto de ciertos tipos de ESAL, tal como se desprende del artículo 45 del Decreto ley 2150 de 1995. Dentro de estas excepciones encontramos, por ejemplo, las instituciones privadas de educación superior que de conformidad con el artículo 98 de la Ley 30 de 1992[[18]](#footnote-18), deben ser personas jurídicas «sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones, fundaciones o instituciones de economía solidaria», estando atribuida la competencia para reconocer su personalidad jurídica al Ministerio de Educación[[19]](#footnote-19).

 Conforme a las consideraciones normativas, jurisprudenciales y doctrinarias analizadas, resulta evidente que la conceptualización de las ESAL involucra su calidad de personas jurídicas, con independencia de las formalidades establecidas para su reconocimiento. Por ello, esa calidad constituye un elemento esencial para su existencia y para la realización de los fines altruistas o de utilidad común que persiguen, en la medida que las dota de la autonomía necesaria para actuar de manera independiente de quienes convergen en su creación, separando la gestión de los asuntos personales de los de la ESAL.

 De acuerdo con lo anterior, la personalidad jurídica de las ESAL, más allá de la formalidad a la que esté sometida su reconocimiento, es una cuestión que determina la posibilidad de que una entidad que predique no tener ánimo de lucro pueda asociarse con entidades estatales a luz de lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política. En ese sentido, si bien el artículo 355 superior se refiere únicamente a la posibilidad de suscribir contratos de colaboración o de interés público con «entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, establece de manera expresa la posibilidad de que entidades estatales se asocien «con personas jurídicas particulares,  mediante la celebración de convenios de asociación […] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política».

 Así pues, la posibilidad de suscribir convenios de asociación o contratos de colaboración –también conocidos como *de interés público*–, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 355 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998, se encuentra restringida a que el particular involucrado se trate de una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro. Esto se refleja en el Decreto 92 de 2017, cuyo contenido ha merecido el siguiente análisis por parte de la doctrina, en lo relativo al tema que aquí interesa:

Se calificó especialmente al contratista, pues solo puede tener la condición de tal la persona jurídica sin ánimo de lucro con reconocida idoneidad, es decir, la ESAL. *De entrada, quedó por fuera del campo de aplicación la contratación de interés público con personas jurídicas con ánimo de lucro y las personas naturales*.

Se descarta de plano que una sociedad comercial pueda participar en los contratos de interés público, pues, está motivada por la obtención de una ganancia o utilidad y carecería de capacidad jurídica para concurrir en la celebración de estos contratos –no tener ánimo de lucro–. Lo propio puede precisarse también de las personas naturales, a quienes se les cerró el paso para participar en esta modalidad especial de contratación.

[…]

Con este régimen de contratación del artículo 355, el contratista solo puede ser una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro (ESAL). Ahora bien, la opción de dotar de capacidad jurídica a las ESAL para contratar bajo esta especifica modalidad de contratación, como lo advierte la doctrina, surge para cumplir con el propósito de “[…] permitir que ciertos sujetos de derecho privado que desarrollan actividades beneméritas en el campo científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humana, puedan recibir apoyo estatal”[[20]](#footnote-20).

En línea con las consideraciones trascritas, el profesor Rodríguez Tamayo, tras analizar el contenido del inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, relativo a la posibilidad de contratar directamente «actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales», sostiene que constituye una contrariedad con el precepto constitucional del artículo 355, en la medida que conforme a este el sujeto contratista en el marco de dicha normativa siempre deberá ser una ESAL con la suficiente idoneidad[[21]](#footnote-21).

En ese sentido, la alusión a personas naturales constituye un yerro en el que se incurrió al momento de expedir la reglamentación contenida en el Decreto 92 de 2017. Así lo manifestó el Consejo de Estado al pronunciarse sobre la medida de suspensión provisional solicitada respecto del artículo 4 de dicha norma, quien manifestó que «el Gobierno Nacional se equivocó al hablar –en la norma enjuiciada– de actividades que solo pueden “… desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas …”, pues, según la materia, el decreto únicamente está dirigido a reglamentar la contratación con las “entidades sin ánimo de lucro”»[[22]](#footnote-22).

 En conclusión, las ESAL son personas jurídicas que en desarrollo de su objeto social persiguen la realización de fines altruistas o relacionados con el interés general, y que por tanto pueden coadyuvar al Estado en el logro de sus cometidos. Conforme a esto, las ESAL, siempre que cuenten con personalidad jurídica conferida a la luz de las normas que les resulten aplicables, en principio, se encuentran habilitadas para asociarse o contratar con el Estado de conformidad con los artículos 355 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998, regulados por el Decreto 92 de 2017. Dicha normativa que solo permite que las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público suscriban contratos de colaboración o convenios de asociación con personas jurídicas sin ánimo de lucro, y no con personas naturales.

**2.3. Suspensión provisional de algunas normas del Decreto 92 de 2017**

El Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A, estudió la solicitud de suspensión provisional del inciso 2 del artículo 1, literales a y c del artículo 2, inciso 5 del artículo 2, inciso 2 del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 92 de 2017[[23]](#footnote-23).

**2.3.1. Las disposiciones suspendidas provisionalmente**

La *primera* norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 92 de 2017, el cual establece que la interpretación de las expresiones que se encuentran en mayúsculas en el Decreto 92 de 2017 se harían de conformidad con la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública[[24]](#footnote-24). Esa Corporación señaló que esta disposición, así como el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 92 de 2017[[25]](#footnote-25), exceden la potestad reglamentaria, que está exclusivamente asignada al Presidente de la República, toda vez que la esencia de la facultad reglamentaria es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable. Por ello, el Presidente no la puede delegar en una entidad como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que a través de una guía reglamente los vacíos de un Decreto. Al respecto señala:

En efecto, dejar espacios «vacíos» para que Colombia Compra Eficiente defina el alcance y la interpretación de ciertas expresiones y dicte las «pautas» y «criterios» para desarrollar la materia reglamentada no es otra cosa que delegar la reglamentación, pues materialmente se le encomienda a otra autoridad administrativa la labor de completar el ejercicio reglamentario que hizo el Gobierno Nacional o, cuando menos, se le encomienda la tarea de complementar una reglamentación insuficiente que hizo la autoridad competente, tarea que no puede ser asignada por el Presidente de la República a ningún otro organismo o entidad de la administración (distinto del Gobierno Nacional), puesto que, sin duda, quien estaría concurriendo materialmente en tal caso a reglamentar la norma constitucional sería la autoridad delegataria y no el competente para ello, según lo dispuesto por el constituyente.

En virtud de este análisis, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el inciso 2 del artículo primero y el inciso 2 del artículo 3, lo que significa que los contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro no tienen que aplicar la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente.

La *segunda* norma que analizó el Consejo de Estado fue el literal a), del artículo 2, del Decreto 92, que establece que únicamente se podrá contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro cuando el objeto corresponda directamente con los planes de desarrollo y busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana[[26]](#footnote-26).

En relación con esta norma, encontró que el literal a) del artículo 2 establece dos condiciones contrarias al artículo 355 de la Constitución Política: primero, que el objeto tenga que estar «directamente» en los planes de desarrollo –nacional o territorial, cuando la norma constitucional establece que el objeto debe ser «acorde» con el plan nacional o seccional de desarrollo, lo que implica que el objeto del contrato no debe estar explícitamente en el plan de desarrollo sino que se encuentre en armonía con este. En relación con lo anterior, el auto del Consejo de Estado señala:

El aparte acusado exige que el objeto del contrato corresponda directamente a los programas contenidos en los diferentes planes de desarrollo, pero ello, así concebido, es propio de los procesos de selección a los que deben someterse los contratos ordinarios de la administración pública; al respecto, recuérdese que los contratos referidos en el mencionado artículo 355 no están sometidos a la lógica de los contratos ordinarios, pues tienen como finalidad impulsar los programas y actividades de interés público que desarrollen las entidades sin ánimo de lucro, para lo cual únicamente se exige que sean acordes con los que, a su vez, estén contemplados en los correspondientes planes de desarrollo.

Así mismo, el Consejo de Estado consideró que el literal a) del artículo 2, al establecer que los programas y actividades de interés público deben buscar la promoción de los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o de indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, limita el ámbito de aplicación que establece el artículo 355 de la Constitución Política. Al respecto expresa:

Una limitación del anterior calado implica, sin duda, establecer una condición no prevista en la norma constitucional reglamentada. Esta última solo establece una restricción y es que la «causa» del contrato tenga como finalidad «… impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo», mientras que, por su parte, la norma acusada limita la celebración de tales contratos a que tengan como objeto la promoción de las actividades enunciadas anteriormente [letra a, art. 2 ibidem]. Si la norma constitucional restringe sólo la causa o la finalidad del contrato, quiere decir ello que, independientemente de su objeto, puede celebrarse en cualquier modalidad, siempre y cuando –claro está– su causa sea «acorde» con los planes de desarrollo, que es, en últimas, el propósito de la norma constitucional.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el literal a), por lo cual el objeto de los contratos debe ser acorde con los planes nacionales o seccionales de desarrollo, y no necesariamente estar previstos directamente en ellos, además no solo se pueden celebrar contratos para los objetos específicos señalados en el Decreto 92 de 2017.

En *tercer* lugar, el Consejo de Estado examinó el literal c) y el inciso 5 del artículo 2 del Decreto[[27]](#footnote-27), señalando que contraría la norma constitucional al condicionar que los contratos solo se pueden celebrar cuando no exista oferta en el mercado, sometiendo su celebración a que, de existir oferta, la contratación con las entidades sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo. Lo anterior considerando que se desconocería la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro, que implica que ellas no participan en el mercado de bienes y servicios de la misma forma que las demás sociedades. En este sentido, el Consejo de Estado manifestó:

El propósito de garantizar la libre competencia en el mercado –como se advierte de la lectura del acto acusado– no se ajusta a la finalidad de la norma constitucional en cita, pues desconoce que las entidades sin ánimo de lucro no participan en el mercado de bienes y servicios como lo hacen las demás y, por la misma razón, no se les pueden aplicar las reglas de selección contenidas en el Estatuto General de la Contratación Pública. Las entidades a las cuales la norma constitucional busca apoyar son entidades que (i) no tienen ánimo de lucro y (ii) desarrollan programas y actividades de interés público con reconocida idoneidad. No son, entonces, entidades creadas para competir en el mercado.

Así las cosas, se suspendió provisionalmente el literal c) y el inciso 5º del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, razón por la cual los procesos de contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro no quedan condicionados a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios, ni a que la ESAL garantice la mejor oferta y la optimización de los recursos públicos. Lo anterior atendiendo a que esas condiciones son propias de la contratación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y no del régimen jurídico especial que establece el artículo 355 de la Constitución Política.

La *cuarta* norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, el cual hace referencia a la posibilidad de contratar directamente cuando el objeto del contrato esté relacionado con actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que únicamente pueden ejecutar determinadas personas jurídicas o naturales[[28]](#footnote-28). Para la Sala, esta norma vulnera el principio de igualdad, por establecer un privilegio para determinadas personas jurídicas o naturales que ejecuten únicamente las actividades allí previstas, contratándolas sin realizar un proceso competitivo. El Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

Puestas así las cosas, el despacho no encuentra motivo alguno para que se prescinda del proceso de selección cuando se identifique que el programa o actividad de interés público es ofrecido por más de una persona –natural o jurídica– simple y llanamente porque el objeto del proceso de contratación corresponda a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica. Esta razón, por tanto, es suficiente para concluir que el Gobierno Nacional le otorgó un tratamiento privilegiado a quienes desarrollen tales actividades (artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica) lo cual resulta claramente violatorio de la igualdad que debe gobernar este tipo de procedimientos contractuales. No se entiende, entonces, cuál es la razón para que se le asigne un tratamiento distinto a la contratación con este tipo de actividades (artísticas, culturales, deportivas y de promoción a la diversidad étnica) frente a las actividades de interés público de otra naturaleza.

Por consiguiente, se suspendió provisionalmente el inciso final del artículo 4, por violar el principio de igualdad, por lo tanto, la contratación para la ejecución de actividades y programas de interés público debe realizarse a través de un proceso competitivo para escoger a la entidad sin ánimo de lucro.

Por último, en *quinto* lugar, el Consejo de Estado analizó la solicitud de suspensión del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, que reglamenta los convenios de asociación que prevé el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Concluyó que el análisis de esta norma debe realizarse a profundidad para establecer si efectivamente existe una contradicción normativa que implique que se afectó la competencia del legislador, en consecuencia negó la solicitud de suspensión provisional, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia.

**2.3.2. Régimen aplicable luego del auto de suspensión provisional**

De conformidad con el auto se suspensión provisional, la contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 92 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional. Por lo tanto, las entidades públicas que desean celebrar contratos de interés público, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, deberán contratar con ESAL de reconocida idoneidad, como ya se dijo, realizando un proceso competitivo, y teniendo en cuenta, se insiste, las siguientes características: i) no se debe condicionar el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco debe condicionar a que la contratación con las ESAL garantice la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo; iii) el objeto del contrato debe estar acorde con el plan nacional o seccional de desarrollo; iv) no se puede condicionar únicamente que las actividades o programas correspondan exclusivamente a promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, por lo que basta con cumplir el anterior numeral (iii); y v) el contrato no establezca una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la entidad, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato.

Ahora, si se pretende realizar un *convenio de asociación* con ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 92 de 2017.

Para los convenios de asociación, como se dijo, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL debe estar sujeto a competencia, salvo en aquellos casos en que una entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio[[29]](#footnote-29), y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%.

**2.4. Contratos interadministrativos. Concepto y régimen jurídico aplicable**

Teniendo en cuenta que las preguntas del peticionario se relacionan con la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos, es necesario conceptualizar este tipo de negocios jurídicos y el régimen jurídico aplicable.

En relación con la tipología de convenio interadministrativo, conviene señalar que fue creado en la Ley 80 de 1993, y aunque no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[30]](#footnote-30).

 De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto. Es claro que una entidad estatal de Ley 80 de 1993 bien puede celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley, deba adelantarse un procedimiento susceptible de pluralidad de oferentes[[31]](#footnote-31). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que conste por escrito[[32]](#footnote-32). Por ello, si ambas partes son entidades estatales, pueden celebrar convenios interadministrativos porque las disposiciones que regulan esta tipología hacen referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación, que deben ser entidades estatales o de derecho público.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C–671 de 2015, ̶ en control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1773 de 2015, «Por el cual se autoriza la celebración de convenios administrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de algunas entidades territoriales» ̶ expresó sobre la naturaleza de los convenios interadministrativos, que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública».

Así las cosas, atendiendo a la literalidad de las normas enunciadas, no cabe una interpretación diferente[[33]](#footnote-33), pues, de acuerdo con lo anotado, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, ya que comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable para celebrar los contratos interadministrativos. No obstante, la Ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa, cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. Por ello, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso en el que sea posible la participación de una pluralidad de interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa, pues, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, por la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

**3. Respuesta**

«[…] 1) ¿La frase o expresión «Entidades privadas» contenida en el Decreto 092 de 2017 debe entenderse necesariamente como sinónimo de «personas jurídicas» o «entes privados con personería jurídica»? ¿O esta expresión también incluye a los entes desprovistos de personalidad jurídica que son propiedad de personas naturales, como puede suceder en el caso de establecimientos educativos?

2) ¿Puede una entidad pública realizar convenios administrativos con personas naturales propietarias de establecimientos educativos, en particular, instituciones de educación para el trabajo y el desarrollo humano, en aplicación de la Ley 1150 de 2007 o el Decreto 092 de 2017, para contribuir o participar en el programa de ayudas o créditos educativos contenidos en el Plan de Desarrollo?

3) En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, ¿es posible hacer uso de la modalidad de selección de contratación directa para dichos convenios con personas naturales como en el caso de ser el contratista «entidad sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad» (Decreto 092 de 2017) o entidades públicas (Ley 1150 de 2007)? […]»

En virtud de lo dispuesto en los artículos 355 superior, 96 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 092 de 2017, resulta posible que las entidades estatales suscriban convenios de asociación o contratos de colaboración con ESALES de reconocida idoneidad. Dicha contratación, de conformidad con la referida normativa, solo podrá hacerse respecto de ESALES que tengan personería jurídica reconocida de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento.

En ese sentido, comoquiera que las normas aludidas se refieren exclusivamente a ESALES y personas jurídicas, no resulta jurídicamente válido que entidades estatales suscriban convenios de asociación o contratos de colaboración con personas naturales o entidades desprovistas de personería jurídica. Más aún cuando de conformidad con las consideraciones expuestas en el numeral 2.2, la personalidad jurídica es un elemento esencial para que las ESAL puedan desarrollar sus cometidos y gestionar sus intereses de manera independiente a los de las personas naturales o jurídicas que las crean.

De otra parte, se hace necesario señalar que los convenios interadministrativos son acuerdos en los que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales, por lo que esta modalidad no aplica para celebrar contratos con particulares.

«[…] 4) ¿Cuál es el alcance de actividades artísticas, culturales y deportivas del Artículo 4 del Decreto 092 de 2017?

5) ¿En el marco del Artículo 4 del Decreto 092 de 2017 es necesario realizar un proceso de selección competitivo para vincular las Instituciones que desean participar o contribuir en el programa de ayudas y créditos educativos contenido en el Plan de Desarrollo?

6) ¿Por qué el Artículo 4 del Decreto 092 de 2017 hace referencia a personas naturales cuando solo contempla la contratación con «entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad»?

7) ¿Los convenios para la vinculación de instituciones de educación superior o educación para el trabajo y desarrollo humano a los programas de ayudas o créditos educativos pueden entenderse comprendidos dentro de la definición de actividades artísticas, culturales y deportivas establecida en el Artículo 4 del Decreto 092 de 2017? […]»

De conformidad con la decisión tomada por el Consejo de Estado en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A, dentro del proceso con radicado No. 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62.003), el inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, se encuentra afectado por una medida de suspensión provisional, por lo que lo allí dispuesto no es aplicable actualmente. En ese sentido, estando suspendida la referida disposición y pendiente la decisión final del Consejo de Estado que confirme o descarte su legalidad, no resulta posible establecer su alcance.

«[…] 8) ¿Los entes territoriales en el marco de programas de ayudas o becas pueden contratar bajo las normas de derecho privado con personas naturales propietarias de establecimientos educativos? […]».

De conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»[[34]](#footnote-34). Por ello, la Agencia no tiene atribuciones para resolver casos particulares y concretos.

 Al respecto, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos.

 Sin embargo, en aras de garantizar al máximo el derecho de petición, conviene recordar, en términos generales, que los entes territoriales son entidades estatales en los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, por lo que la contratación que desarrollen, por regla general, está sometida al régimen previsto en dicha ley y sus normas complementarias.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual  |

1. 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-1)
2. «Articulo 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». [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)
4. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. TAFUR GALVIS, Álvaro. Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el Estado, 5ta edición, Editorial Ibañez, 2017, Bogotá, pp. 44. [↑](#footnote-ref-6)
7. VÉLEZ DE NICHOLLS, Lina, Prologo en Entidades sin ánimo de lucro: Asociaciones, fundaciones y corporaciones, por Beatriz Elena Villegas De Bedout, Adriana Melo White, Diego Márquez Arango y Rodrigo Puyo Vasco, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, 2019, Medellín, pp 13-14. [↑](#footnote-ref-7)
8. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, ABC DE ESALES. Bogotá. 2013. Disponible en este link: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/8346/el%20abc%20de%20esales%202013%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. [↑](#footnote-ref-8)
9. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, concepto C-413 del 30 de junio de 2020, Radicado de entrada No. 4202013000004787, Radicado de salida No. 2202013000005617.

 [↑](#footnote-ref-9)
10. TAFUR GALVIS, Álvaro. Op. cit., pp. 53-61.

 [↑](#footnote-ref-10)
11. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-11)
12. Código Civil «Artículo 633. Definición de persona jurídica Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

»Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

»Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter». [↑](#footnote-ref-12)
13. Código Civil «Artículo 636. Reglamentos o estatutos de las corporaciones. Los reglamentos o estatutos de las corporaciones, que fueren formados por ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del poder ejecutivo de la Unión, quien se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres.

»Todos a quienes los estatutos de la corporación irrogaren perjuicio, podrán recurrir al poder ejecutivo ya citado, para que en lo que perjudicaren a terceros, se corrijan, y aun después de aprobados les quedará expedito su recurso a la justicia contra toda lesión o perjuicio que de la aplicación de dichos estatutos les haya resultado o pueda resultarles». [↑](#footnote-ref-13)
14. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil 29 de mayo de 1942. T. LIV, pp. 116. [↑](#footnote-ref-14)
15. Decreto ley 2150 de 1995 «Artículo 40.- Supresión del reconocimiento de personerías jurídicas. Suprímase el acto de reconocimiento de personería jurídica de las organizaciones civiles, las corporaciones, las fundaciones, las juntas de acción comunal y de las demás entidades privadas sin ánimo de lucro.

»Para la obtención de su personalidad, dichas entidades se constituirán por escritura pública o documento privado reconocido en el cual se expresará, cuando menos, lo siguiente:

»1. El nombre, identificación y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes

»2. El nombre.

»3. La clase de persona jurídica.

»4. El objeto.

»5. El patrimonio y la forma de hacer los aportes.

»6. La forma de administración con indicación de las atribuciones y facultades de quien tenga a su cargo la administración y representación legal.

»7. La periodicidad de las reuniones ordinarias y los casos en los cuales habrá de convocarse a reuniones extraordinarias.

»8. La duración precisa de la entidad y las causales de disolución.

»9. La forma de hacer la liquidación una vez disuelta la Corporación o Fundación.

»10. Las facultades y obligaciones del Revisor Fiscal, si es del caso.

»11. Nombre e identificación de los administradores y representantes legales.

»Las entidades a que se refiere este artículo, formarán una persona distinta de sus miembros o fundadores individualmente considerados, a partir de su registro ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica que se constituye.

»Parágrafo .- Con sujeción a las normas previstas en este capítulo, el Gobierno Nacional reglamentaría la forma y los plazos dentro de los cuales las personas jurídicas de derecho privado actualmente reconocidas se inscribirán en el registro que lleven las cámaras de comercio.

[…]

»Artículo 42º.- Inscripción de estatutos, reformas, nombramientos de administradores, libros, disolución y liquidación. Los estatutos y sus reformas, los nombramientos de administradores, los libros, la disolución y la liquidación de personas jurídicas formadas según lo previsto en este capítulo, se inscribirán en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica en los mismos términos, derechos y condiciones previstos para el registro de actos de las sociedades comerciales.

»Artículo 43.- Prueba de la existencia y representación legal. La existencia y la representación legal de las personas jurídicas de derecho privado a que se refiere este capítulo, se probará certificación expedida por la Cámara de Comercio competente, la cual llevará el registro de las mismas, con sujeción al régimen previsto para las sociedades comerciales y en los mismos términos y condiciones que regulan sus servicios». [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 190 de 1995 «Artículo 83. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que en el término de seis (6) meses, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, expida normas con fuerza de ley para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios, existentes en la Administración Pública. En ejercicio de dichas facultades no podrá modificar códigos, ni leyes estatutarias u orgánicas.

»Los presidentes de las Comisiones Primeras Constitucionales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes designarán, cada una, dos de sus miembros que colaboren con el Gobierno para el ejercicio de las facultades a que se refiere este artículo». [↑](#footnote-ref-16)
17. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-695 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ley 30 de 1992 «Artículo 98. Las instituciones privadas de Educación Superior deben ser personas jurídicas de utilidad común, sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones, fundaciones o instituciones de economía solidaria». [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 30 de 1992 «Artículo 99. El reconocimiento y la cancelación de la personería jurídica de las instituciones privadas de Educación Superior corresponden exclusivamente al Ministro de Educación Nacional»

Decreto 1075 de 2015 «**Artículo 2.5.5.1.1**.Solicitud.Para el reconocimiento de la personería jurídica de una institución de educación superior, el representante legal provisional de la misma deberá formular la solicitud escrita ante el Ministerio de Educación Nacional, acompañada de la documentación establecida en el artículo 100 de la Ley 30 de 1992, cuyos requisitos de contenido, forma y diligenciamiento son los consignados en este Título». [↑](#footnote-ref-19)
20. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio. Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro. Decreto 92 de 2017. Primera edición, Editorial Legis, 2017, Bogotá, pp. 3-4. [↑](#footnote-ref-20)
21. Op. cit. pp. 25. [↑](#footnote-ref-21)
22. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto de 6 de agosto de 2019. Exp. 62.003. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-22)
23. Se precisa que la suspensión provisional, de acuerdo con el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, es una medida cautelar que busca proteger y garantizar, de forma provisional, que la norma demandada no genere actos contrarios al ordenamiento jurídico, razón por la cual, para decretarla es necesario que la transgresión de las normas superiores invocadas surja de la comparación entre estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud. [↑](#footnote-ref-23)
24. Decreto 092 de 2017, artículo 1, inciso 2: «Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del presente decreto». [↑](#footnote-ref-24)
25. Decreto 092 de 2017, artículo 3, inciso 2: «La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para el efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de trasparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés». [↑](#footnote-ref-25)
26. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: «a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previsto en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana». [↑](#footnote-ref-26)
27. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: «Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos». [↑](#footnote-ref-27)
28. Decreto 092 de 2017, artículo 4: «[…] Las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos». [↑](#footnote-ref-28)
29. Decreto 1082, artículo 5: «[…] 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». [↑](#footnote-ref-29)
30. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-30)
31. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-31)
32. Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

[…]». [↑](#footnote-ref-32)
33. Código Civil: «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu». [↑](#footnote-ref-33)
34. «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

[...]

» 5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

[..]

»Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-34)