**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Celebración y ejecución de programas y actividades de interés público reguladas – Finalidades**

La contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de que trata el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, reglamentada por el Decreto 092 de 2017, es una contratación especial que procede exclusivamente en los casos previstos en tales normas. En ese orden, la aplicación del Decreto 092 de 2017 está restringida a: (i) contrato de interés público o de colaboración, es decir la contratación con ESAL para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los respectivos planes de desarrollo y (ii) la contratación a la cual por expresa disposición del legislador le es aplicable este régimen, como el caso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Reglas – Diferentes – Contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios**

[…] El Decreto 092 de 2017 desarrolla las reglas para que las entidades estatales celebren los contratos a los que se refieren el artículo 355 de la Constitución Política y los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Esos negocios jurídicos son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y 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 entidad sin ánimo de lucro, debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el Decreto 092 de 2017. Por su parte, si la entidad estatal se asocia con una entidad sin ánimo de lucro para el desarrollo conjunto de actividades en relación con sus cometidos y funciones asignados por la Ley, la entidad estatal deberá celebrar el convenio de asociación previsto en el Decreto 092 de 2017.

**ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO – Posibilidad de participar en procesos de contratación regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

[…] 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 enunciadas anteriormente. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 092 de 2017 no es únicamente el carácter de las entidades sin ánimo de lucro sino 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. De acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional, en sentencia C-287 del 18 de abril de 2012, sobre el ánimo de lucro de las ESALES ha sostenido: “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”. Lo anterior se justifica toda vez 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. En consecuencia, las entidades sin ánimo de lucro 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.

Bogotá D.C., **21/08/2019 Hora 11:35:38s**

**N° Radicado: 2201913000006047**

Señor **Ciudadano** Ciudad

**Radicación:** Respuesta a consulta # 4201912000004710

**Temas:** Entidades sin ánimo de lucro. Contratación estatal.

**Tipo de asunto consultado:** Posibilidad de que una ESAL suscriba contratos estatales onerosos

generando utilidades

Estimado señor,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente - responde su consulta del 15 de julio de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011.

* **PROBLEMA PLANTEADO**

“¿Es posible que las entidades sin ánimo de lucro suscriban contratos de consultoría, prestaciones de servicios, compraventa o suministro, obra pública, etc.; aun cuando el negocio jurídico por naturaleza misma implica que existe ánimo de lucro? La consulta se realiza, debido a que muchas entidades contratan esas personas jurídicas "disfrazadas sin ánimo de lucro", para suscribir contratos onerosos que implican utilidad.”

* **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

La contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de que trata el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política[[1]](#footnote-1), reglamentada por el Decreto 092 de 2017[[2]](#footnote-2), es una contratación especial que procede exclusivamente en los casos previstos en tales normas.

En ese orden, la aplicación del Decreto 092 de 2017 está restringida a: (i) contrato de interés público o de colaboración, es decir la contratación con ESAL para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los respectivos planes de desarrollo y (ii) la contratación a la cual por expresa disposición del legislador le es aplicable este régimen, como el caso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998[[3]](#footnote-3).

Es así como el Decreto 092 de 2017 desarrolla las reglas para que las entidades estatales celebren los contratos a los que se refieren el artículo 355 de la Constitución Política y los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Esos negocios jurídicos son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y 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 entidad sin ánimo de lucro, debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el Decreto 092 de 2017. Por su parte, si la entidad estatal se asocia con una entidad sin ánimo de lucro para el desarrollo conjunto de actividades en relación con sus cometidos y funciones asignados por la Ley, la entidad estatal deberá celebrar el convenio de asociación previsto en el Decreto 092 de 2017.

En desarrollo de lo anterior, el H. Consejo de Estado[[4]](#footnote-4) mediante concepto No. 1911 del 25 de septiembre de 2008, señaló frente a la celebración y ejecución de programas y actividades de interés público reguladas por el artículo 355 de la Constitución Política lo siguiente:

En efecto, dichos contratos según lo dispuso el constituyente, se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte alianza de fuerzas, públicas y privadas, para logar un mismo propósito, donde en veces el sector público podrá aportar todo el dinero mientras la parte privada sin ánimo de lucro aportará la experiencia o el personal o las instalaciones o viceversa, según sea el caso. Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes o servicios, sino un convenio para colaborarse en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar. En consecuencia, cuando lo que el Estado busca es la adquisición de bienes y servicios para programas o actividades de interés general, se está en presencia de la excepción contemplada en el numeral primero del artículo 2º del decreto 777 de 1992 y se debe contratar en condiciones normales, esto es la ley 80 de 1993 y sus reformas; pero si lo que quiere es fomentar un programa o una actividad de interés general en alianza con un privado sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con aportes mutuos de cualquier naturaleza, se está en la posibilidad contemplada en el artículo 355 de la Carta y se puede contratar bajo unas especiales condiciones (...)

Ahora bien, 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 enunciadas anteriormente. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 092 de 2017 no es únicamente el carácter de las entidades sin ánimo de lucro sino 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.

De acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional[[5]](#footnote-5), en sentencia C-287 del 18 de abril de 2012, sobre el ánimo de lucro de las ESALES ha sostenido:

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.” (Negrilla por fuera del texto original)

Lo anterior se justifica toda vez 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.

En consecuencia, las entidades sin ánimo de lucro 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.

Finalmente, la promoción de la competencia es uno de los objetivos del sistema de compras y contratación pública, por lo cual es muy importante tener en cuenta que los requisitos habilitantes no son ni pueden ser una forma de restringir la participación en los procesos de contratación. El sistema de compras y contratación pública debe promover la participación de más proponentes y el crecimiento de la industria nacional de bienes y servicios y por eso los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales.

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

Atentamente,



Proyectó: German Santiago Neira Ruiz

1. (…) El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Por el cual se reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-2)
3. ARTICULO 96. CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PUBLICAS CON PARTICIPACION 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. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique Jose Arboleda Perdomo.

   Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00049-00 (1911). Bogotá, D. C., 25 de septiembre de 2008. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia C-287 del 18 de abril de 2012. Referencia: expediente D-8642. MP: María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-5)