**CCE-DES-FM-17**

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Finalidad – Proceso competitivo – Aportes**

[…] 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 debe 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.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Suscripción con entidades privadas sin ánimo de lucro**

[…] la celebración de este tipo de convenios o contratos únicamente puede celebrarse con «entidades privadas sin ánimo de lucro». Lo anterior se deriva de la remisión que realiza el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al artículo 355 Superior, que solo se refiere a este tipo de entidades privadas, esto es, que no tengan ánimo de lucro.

Lo anterior igualmente se fundamenta en el contenido del artículo 5 del Decreto 092 de 2017 que, al desarrollar los convenios de asociación, en distintos lugares solo hace referencia a «entidades privadas sin ánimo de lucro», como los sujetos con quienes se pueden celebrar este tipo de convenios.

Bogotá D.C., **14/12/2020 Hora 19:14:29s**

**N° Radicado: 2202013000012007**

Señor **Ricardo S Bohórquez**

**Concepto C-724 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Finalidad – Proceso competitivo – Aportes / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Suscripción con entidades privadas sin ánimo de lucro |
| **Radicación:** | Respuesta consulta # 4202013000009875 |

espetado señor Bohórquez:

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente - responde su consulta del 29 de octubre de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5º del artículo 3º y por el numeral 8º del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011.

1. **Problemas planteados**

Usted plantea el siguiente interrogante: «¿Cual sería la modalidad de selección o procedimiento contractual, para que una entidad estatal celebre con una persona jurídica particular con ánimo de lucro, como por ejemplo, una sociedad por acciones simplificadas, un convenio de asociación con fundamento en el artículo 96 de la ley 489 de 1998?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, en los conceptos C-023 del 13 de febrero de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020 y C-594 del 7 de septiembre de 2020 –Radicados Nos. 4202012000000001, 4202012000000280, 2202013000008468 y 2202013000008469–, se pronunció sobre los procedimientos de selección y, en los conceptos C-220 y C-223 del 13 y el 29 de abril de 2020 estudió el alcance y aplicación del Decreto 092 de 2017. Así mismo, esta Agencia 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 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 y C-416 del 3 de julio de 2020 ─Radicados Nos. 2202013000001573, 4202012000000478, 4202013000000755 y 4202013000004854─. Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. El artículo 355 de la Constitución Política y los convenios de asociación y de colaboración**

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 de derecho privado. 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 092 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 de 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 2 del Decreto 092 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 092 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 reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 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 esté dirigido al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras, en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. Solo cuando se reúnan estas condiciones, y se cuente con la autorización previa y escrita del representante legal de la entidad estatal, es procedente celebrar contratos de colaboración.

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 debe 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.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse «con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes», elementos dentro de los que resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban. Dichos aportes pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

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, la unión temporal o el consorcio[[5]](#footnote-5). 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 092 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»[[6]](#footnote-6).

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, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

En suma, las 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, lo cual permite que este procedimiento pueda ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

**2.2. Celebración de convenios de asociación con Entidades Privadas Sin Ánimo de Lucro –ESAL–**

Teniendo en cuenta que el artículo 355 de la Constitución Política prohíbe que las entidades estatales decreten donaciones y concedan auxilios a personas de derecho privado, pero en el inciso segundo permite celebrar ciertos contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, los convenios a que se refieren los artículos 5 del Decreto 092 de 2017 y 96 de la Ley 489 de 1998 sólo pueden celebrarse con este tipo de personas jurídicas, esto es, sin ánimo de lucro. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-671 de 1999 se pronunció frente a la demanda de inexequibilidad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, destacando las siguientes consideraciones:

6.2.  De la misma manera, si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política", lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, *el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad*, pero «con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo», tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política.[[7]](#footnote-7) (destacado fuera de texto)

De lo anterior se deriva que la celebración de este tipo de convenios o contratos únicamente puede celebrarse con «entidades privadas sin ánimo de lucro». Lo anterior se deriva de la remisión que realiza el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al artículo 355 Superior, que sólo se refiere a este tipo de entidades privadas, esto es, que no tengan ánimo de lucro.

Lo anterior igualmente se fundamenta en el contenido del artículo 5 del Decreto 092 de 2017 que, al desarrollar los convenios de asociación, en distintos lugares solamente hace referencia a «entidades privadas sin ánimo de lucro», como los sujetos con quienes se pueden celebrar este tipo de convenios. En efecto, dicho artículo prescribe:

Artículo 5°. Asociación con *entidades privadas sin ánimo de lucro* para cumplir ac­tividades propias de las Entidades Estatales. Los convenios de asociación que *celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad* y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la *entidad sin ánimo de lucro* comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la *entidad sin ánimo de lucro* pueden ser propios o de cooperación internacional.

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

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

De conformidad con las consideraciones anteriores, los convenios de asociación sólo pueden celebrarse con entidades –personas jurídicas– sin ánimo de lucro, por lo que no es posible celebrar contratos, sometidos o bajo este régimen, con personas jurídicas con ánimo de lucro.

1. **Respuesta**

«¿Cual sería la modalidad de selección o procedimiento contractual, para que una entidad estatal celebre con una persona jurídica particular con ánimo de lucro, como, por ejemplo, una sociedad por acciones simplificadas, un convenio de asociación con fundamento en el artículo 96 de la ley 489 de 1998?».

No es posible a la luz del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, en concordancia con los artículos 209 y 355 de la Constitución Política, que una entidad estatal celebre convenios de asociación con una Sociedad por Acciones Simplificada, que será una persona jurídica con ánimo de lucro. En este sentido, únicamente se pueden celebrar convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, de conformidad con las disposiciones indicadas.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Donaldo César Ariza Argüelles  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Gestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector 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. 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-5)
6. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-671 del 9 septiembre de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra [↑](#footnote-ref-7)