**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contratos – Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de asociación**

El Decreto [092 de 2017] regula dos (2) 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 están previstos en el artículo 5 ibídem.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Noción – Proceso competitivo**

[…] , 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.

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». Dentro de estos elementos 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. 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 entidad debe 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, conforme 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» .

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Régimen normativo – Articulación normativa**

En cuanto al régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación, a pesar de estar regulados de forma prevalente por el Decreto 092 de 2017, no se encuentran excluidos de la aplicación de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011. Esto dado que el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 dispone que también está sujeto a normas generales de la contratación pública, salvo lo expresamente regulado por el este reglamento .En concordancia con lo anterior, el artículo 6 del Decreto 092 de 2017 dispone que en la contratación con ESALES son aplicables las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011 . Por su parte, el artículo 7 consagra la aplicación de los principios de la contratación y normas presupuestales, refiriéndose de manera expresa a las normas relativas a la publicidad de la actividad contractual a través del SECOP. En ese sentido, la articulación normativa del Decreto 092 de 2017 con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispuesta por los artículos 6, 7 y 8 de aquel, hace que en la contratación de entidades estatales con ESALES sean aplicables figuras jurídicas reguladas en el EGCAP, a pesar de no estar expresamente previstas en el reglamento.

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Consorcios y uniones temporales – Aplicación – Procedencia – ESALES de naturaleza privada**

[A] pesar de que el Decreto 092 de 2017 no contempla la celebración de convenios de asociación entre entidades de la Rama Ejecutiva y contratistas plurales que obedezcan a las figuras asociativas, ello no significa que sean inaplicables estos mecanismos en la celebración de convenios de asociación. Esto dado que los consorcios y uniones temporales, al ser mecanismos asociativos regulados por los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993 , son figuras jurídicas aplicables en la contratación con ESALES, regulada de manera prevalente por el Decreto 092 de 2017, como se prevé en el numeral 16.9 de la Circular Externa Única expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente . Ahora, si bien es posible que los consorcios y uniones temporales celebren –en calidad de contratistas– convenios de asociación con entidades de la rama ejecutiva en sus distintos niveles, la suscripción debe ajustarse al Decreto 092 de 2017. En ese sentido, dado que tanto el artículo 96 de la Ley 489 como los artículos 1 y 5 del Decreto 092 aluden exclusivamente a la posibilidad de contratar entre entidades de la Rama Ejecutiva y entidades privadas sin ánimo de lucro¸ la celebración de acuerdos para conformar consorcios o uniones temporales en el marco de los convenios de asociación está supeditada a que estos estén integrados por ESALES. Esto excluye la posibilidad de consorcios y uniones temporales conformados por estas en concurrencia con otro tipo de entidades de naturaleza pública o privada.



Bogotá, 08 Febrero 2021

Señora

**Leidy Jhoana Posada Jiménez**

Envigado, Antioquia

 **Concepto C – 806 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATACIÓN CON ESAL – Contratos – Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de asociación / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Noción – Proceso competitivo / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Régimen normativo – Articulación normativa / CONTRATACIÓN CON ESAL – Consorcios y uniones temporales – Aplicación – Procedencia – ESALES de naturaleza privada |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20201223000828 |

Estimada señora Posada:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 23 de diciembre 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 la siguiente pregunta: «[…] ¿Puede una Entidad Pública de la Rama Ejecutiva del orden Municipal, sometida al Estatuto General de Contratación, acudir a la contratación con un consorcio conformado por una Entidad Privada sin Ánimo de Lucro y una Entidad Pública sin Ánimo de Lucro a través de la figura del Convenio de Asociación sin ofertas, siguiendo el procedimiento del Decreto 092 de 2017? […]».

**2.** **Consideraciones**

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 particular en los Conceptos 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020 y C-758 del 04 de enero de 2021. Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente:

**2.1. Contratos del artículo 355 de la Constitución Política y los convenios de asociación del artículo 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 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-2).

Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96, permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad[[2]](#footnote-3).

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 (2) 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 están previstos en el artículo 5 *ibidem*.

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. Esto 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 el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, la entidad debe adelantar –por regla general– un proceso competitivo para seleccionar la entidad contratista sin ánimo de lucro.

En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos. Por un lado, que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo. Por otra parte, que no exista 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. Lo anterior teniendo en cuenta 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–. Por ello, 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»[[3]](#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». Dentro de estos elementos 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.

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 entidad debe 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, conforme 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»[[4]](#footnote-5).

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede entenderse 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. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede 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.

Por tanto, 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 procedimiento 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. Esto permite que la selección sea análoga a otros procedimientos donde existe competencia, como la licitación pública.

**2.2. Régimen de los convenios de asociación y la posibilidad de celebrarlos con contratistas plurales**

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. En esta medida, 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, con entidades 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[[5]](#footnote-6). (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. Esto además se refleja en el ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017, pues el artículo 1 dispone que tiene como objeto «reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con *entidades privadas sin ánimo de lucro* y de reconocida idoneidad»[[6]](#footnote-7).

Igualmente, se fundamenta en el contenido del artículo 5 del Decreto 092 de 2017 que, al desarrollar los convenios de asociación, 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 privadas sin ánimo de lucro. Es decir, para efectos del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, no es posible la suscripción de estos convenios con personas naturales, sociedades comerciales ni personas de derecho público.

 En cuanto al régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación, a pesar de estar regulados de forma prevalente por el Decreto 092 de 2017, no se encuentran excluidos de la aplicación de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011. Esto dado que el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 dispone que también está sujeto a normas generales de la contratación pública, salvo lo expresamente regulado por el este reglamento[[7]](#footnote-8).

En concordancia con lo anterior, el artículo 6 del Decreto 092 de 2017 dispone que en la contratación con ESALES son aplicables las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011[[8]](#footnote-9). Por su parte, el artículo 7 consagra la aplicación de los principios de la contratación y normas presupuestales, refiriéndose de manera expresa a las normas relativas a la publicidad de la actividad contractual a través del SECOP[[9]](#footnote-10).

En ese sentido, la articulación normativa del Decreto 092 de 2017 con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispuesta por los artículos 6, 7 y 8 de aquel, hace que en la contratación de entidades estatales con ESALES sean aplicables figuras jurídicas reguladas en el EGCAP, a pesar de no estar expresamente previstas en el reglamento. Conforme a esto, a pesar de que el Decreto 092 de 2017 no contempla la celebración de convenios de asociación entre entidades de la Rama Ejecutiva y contratistas plurales que obedezcan a las figuras asociativas, ello no significa que sean inaplicables estos mecanismos en la celebración de convenios de asociación. Esto dado que los consorcios y uniones temporales, al ser mecanismos asociativos regulados por los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993[[10]](#footnote-11), son figuras jurídicas aplicables en la contratación con ESALES, regulada de manera prevalente por el Decreto 092 de 2017, como se prevé en el numeral 16.9 de la Circular Externa Única expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente[[11]](#footnote-12).

Ahora, si bien es posible que los consorcios y uniones temporales celebren –en calidad de contratistas– convenios de asociación con entidades de la rama ejecutiva en sus distintos niveles, la suscripción debe ajustarse al Decreto 092 de 2017. En ese sentido, dado que tanto el artículo 96 de la Ley 489 como los artículos 1 y 5 del Decreto 092 aluden exclusivamente a la posibilidad de contratar entre entidades de la Rama Ejecutiva y entidades privadas sin ánimo de lucro¸ la celebración de acuerdos para conformar consorcios o uniones temporales en el marco de los convenios de asociación está supeditada a que estos estén integrados por ESALES. Esto excluye la posibilidad de consorcios y uniones temporales conformados por estas en concurrencia con otro tipo de entidades de naturaleza pública o privada.

De acuerdo con esto, la contratación de entidades de la rama ejecutiva nacional, departamental o municipal, con otras entidades públicas es un asunto extraño a lo regulado por el Decreto 092 de 2017, el cual está dirigido a gobernar relaciones de colaboración y asociación entre el Estado y entidades privadas sin ánimo de lucro. Esto quiere decir que, la conformación de una estructura plural entre una entidad pública y una privada, no es aplicable a los convenios de asociación del Decreto 092 de 2017. Lo anterior en la medida que el ámbito de aplicación del reglamento establece unas claras limitaciones en cuanto a los sujetos, excluyendo la posibilidad de que las personas naturales –por no ser personas jurídicas–, las sociedades comerciales –por tener ánimo de lucro– y las entidades públicas –por no ser particulares– puedan celebrar los contratos del 355 superior o los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Esto sin perjuicio de que dos o más entidades de la Rama Ejecutiva, cuyos objetos misionales y funciones estén relacionados, concurran a la celebración de convenio de asociación con una o más ESALES, posibilidad a la que se ha aludido en los conceptos C-094 del 4 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020 y C-724 del 14 de diciembre de 2020–[[12]](#footnote-13). En ese sentido, lo que no está permitido es que una ESAL privada se asocie con una entidad de distinta naturaleza jurídica para conformar un contratista plural, en la medida en que el régimen de los convenios de asociación exige que dicho extremo de la relación contractual este conformado por *entidades privadas sin ánimo de lucro.*

**3. Respuesta**

«[…] ¿Puede una Entidad Pública de la Rama Ejecutiva del orden Municipal, sometida al Estatuto General de Contratación, acudir a la contratación con un consorcio conformado por una Entidad Privada sin Ánimo de Lucro y una Entidad Pública sin Ánimo de Lucro a través de la figura del Convenio de Asociación sin ofertas, siguiendo el procedimiento del Decreto 092 de 2017? […]».

Si bien es posible que los consorcios y uniones temporales celebren –en calidad de contratistas– convenios de asociación con entidades de la Rama Ejecutiva en sus distintos niveles, la conformación de proponente plural debe ajustarse al Decreto 092 de 2017. Dado que tanto el artículo 96 de la Ley 489 como los artículos 1 y 5 del Decreto 092 aluden exclusivamente a la posibilidad de contratar entre entidades de la rama ejecutiva y *entidades privadas sin ánimo de lucro*¸ la celebración de acuerdos para conformar consorcios o uniones temporales en el marco de los convenios de asociación está supeditada a que estos estén integrados por ESALES.

Por tanto, no es posible que una entidad de la rama ejecutiva del nivel municipal suscriba un convenio de asociación con un contratista plural conformado por una entidad sin ánimo de lucro de naturaleza privada y una entidad pública. Esto en la medida en que el régimen de los convenios de asociación exige que dicho extremo de la relación contractual este conformado por *entidades privadas sin ánimo de lucro*.

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



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP - CCE |

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-2)
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-3)
3. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-4)
4. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-5)
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-671 del 9 septiembre de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra [↑](#footnote-ref-6)
6. Decreto 092 de 2017 «Artículo 1°. Objeto. El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para 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.

»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-7)
7. Decreto 092 de 2017 «Artículo 8°. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto». [↑](#footnote-ref-8)
8. Decreto 092 de 2017 «Artículo 6°. Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto». [↑](#footnote-ref-9)
9. Decreto 092 de 2017 **«Artículo 7°**. Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y esta publicar en el SECOP, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desa­rrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos».

 [↑](#footnote-ref-10)
10. Ley 80 de 1993 «**Artículo 6o. De la capacidad para contratar.** Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

   »Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.

»Artículo 7o. de los consorcios y uniones temporales. Para los efectos de esta ley se entiende por:

»1. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

» 2. Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

»PARAGRAFO 1o. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

»Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

»PARAGRAFO 3o. En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios». [↑](#footnote-ref-11)
11. 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-12)
12. Al respecto, en el concepto C-724 del 14 de diciembre de 2020, esta Agencia manifestó lo siguiente: «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. 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»». Radicado de entrada No. 4202013000009875. Radicado de salida No. 2202013000012007. [↑](#footnote-ref-13)