**ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO – Definición**

[l]a Cámara de Comercio de Bogotá, en el «Documento ABC Entidades sin Ánimo de lucro», ha definido las ESAL como «las 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»[[1]](#footnote-1). Las entidades privadas sin ánimo de lucro, pues, no tienen la naturaleza jurídica de empresa sino de asociaciones que buscan la realización de un fin común y objetivos carentes de un contenido esencialmente patrimonial −fin de lucro y reparto de las utilidades−.

**ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO – Capacidad para contratar – Procesos de selección – Ley 80 de 1993 – Alcance**

Las ESAL tienen capacidad para contratar bajo las reglas del EGCAP al ser personas jurídicas. Concretamente, al ser personas consideradas legalmente capaces, en los términos del artículo 6 de la Ley 80 de 1993. En armonía con ello, el Decreto 092 de 2017 reguló un régimen especial de contratación; sin embargo, nada obsta para que las ESAL participen, en términos de igualdad con los demás oferentes, en los diferentes procesos contractuales que regula el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre que cumplan con los requisitos exigidos en cada proceso, donde competirán con los demás proponentes. En este orden de ideas, las ESAL no solo pueden contratar bajo las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017, sino que también pueden intervenir en procesos de selección regidos por las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, caso en el cual participan con las mismas reglas aplicables a los demás oferentes.

Las ESAL no están limitadas en su capacidad jurídica contractual para participar en procesos de selección sujetos a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En efecto, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 estableció que la capacidad para contratar con entidades estatales se predica, entre otras, de todas «las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes» y, como se indicó precedentemente, estas entidades son personas jurídicas que, por tanto, gozan de capacidad para contratar. Ahora bien, en caso de participar en procesos sujetos al estatuto referido, deberán cumplir con todos los requisitos exigibles en el proceso contractual, en igualdad de condiciones que los demás participantes.

**CONSTITUCIÓN DE** **ASOCIACIONES Y FUNDACIONES – Actividades propias –Entidades públicas – Participación de personas jurídicas particulares**

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 regula lo concerniente a los convenios de asociación y la constitución de asociaciones o fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de personas jurídicas de derecho privado. Esta norma consagra dos instituciones o mecanismos de colaboración en virtud de los cuales las entidades públicas pueden asociarse con personas jurídicas privadas para el cumplimiento de labores de interés público. Así, el precepto en mención establece que, con independencia de su naturaleza u orden administrativo, las entidades públicas podrán, con la observancia de los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de *i)* convenios de asociación o *ii)* la creación de personas jurídicas, en ambos casos con un objetivo común: el desarrollo de actividades que guarden relación con los cometidos y las funciones que la ley les haya asignado a las entidades públicas asociadas.

**CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE ASOCIACION Y CONVENIOS MIXTOS DE ORGANIZACIÓN – Definición – Diferencias – Participación de personas jurídicas particulares**

Los convenios administrativos de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 pueden ser temporales, de acuerdo a las actividades que pretendan desarrollarse entre la entidad y los particulares. Mientras, los convenios mixtos de organización se pretende la creación de organismos nuevos, como son las asociaciones y fundaciones de participación mixta. En esta línea, esta segunda institución que se consagra en el artículo 96 corresponde a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se constituyan entre entidades públicas y personas jurídicas particulares, las cuales de acuerdo con el inciso tercero estarán sujetas «a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común».

**ASOCIACIONES Y FUNDACIONES DE CARÁCTER MIXTO – Régimen jurídico – Participación mayoritaria del estado – Estatuto general de contratación de la administración pública**

En cuanto a su régimen jurídico, su naturaleza es de carácter mixto, toda vez que las personas jurídicas creadas en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se rigen por una parte por el Código Civil en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación, y por el otro, se encuentran sujetas a las reglas y principios generales de contratación, por encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993. La conexidad que debe existir entre las actividades de la persona jurídica de carácter mixto y las funciones de las entidades estatales que la integran, así como el carácter público de la participación de las entidades públicas, determinan su sujeción, en algunas materias, a las normas propias del derecho público, evitando que este tipo de entes se conviertan en un mecanismo de “simple traslado de recursos públicos a particulares.” […] En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-230 de 1995, al revisar la constitucionalidad del literal a) del ordinal 2º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993 , analizó el régimen aplicable a las asociaciones de carácter mixto desprovistas de ánimo de lucro que se constituyeron en vigencia del artículo 6º del Decreto ley 130 de 1976, y manifestó que era perfectamente viable someter las asociaciones que cuenten con una participación pública mayoritaria, a las reglas y principios de la contratación administración pública.

**ASOCIACIONES Y FUNDACIONES DE CARÁCTER MIXTO – Naturaleza jurídica – Participación mayoritaria del estado – Aportes – Entidades descentralizadas indirectas**

Ahora bien, para efectos de determinar la participación de las Entidades del Estado en estas asociaciones mixtas, se hace necesario remitir a lo expresamente dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el cual señala que en el acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá, entre otros aspectos, los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas, así como la participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad. Bajo esa perspectiva, el legislador diferenció dos (2) elementos importantes para el funcionamiento de estas asociaciones mixtas. Por un lado, los aportes realizados al momento de su constitución, los cuales determinan la participación de los asociados en la creación de la persona jurídica, y con ello la naturaleza jurídica y con ello el régimen jurídico de la entidad. Por otro lado, las contribuciones que se realizan para el sostenimiento y funcionamiento de la entidad sin ánimo de lucro. […] las asociaciones de carácter mixto con participación mayoritaria del Estado que se constituyan en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se consideran como entidades estatales, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuando los aportes realizados al momento de su constitución son superiores al 50%. Lo anterior, sin perjuicio de cualquier modificación posterior que se realice de dichos aportes y que impliquen un cambio en la participación de los socios, fundadores o constituyentes. Se precisa también que una corporación o fundación mixta con participación minoritaria del Estado adquiere la calidad de entidad pública sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuando la participación del Estado cambie y se torne mayoritaria, siendo igual o superior al 50%. Esta respuesta se fundamenta en el artículo 2.1, literal a), de la Ley 80 de 1993, al establecer que lo que interesa es determinar la participación mayoritaria del Estado, independiente si fue en su constitución o en un momento posterior. El cambio de régimen de contratación dependerá de una participación mayoritaria del Estado, sin importar el tiempo en que se presenta.

**CONTRATOS Y CONVENIOS ADMINISTRATIVOS – Noción – Criterio orgánico – Modalidad de selección**

[…] es interadministrativo 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 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

[…] En ese sentido, la calidad de interadministrativo de un contrato o convenio está determinada por los sujetos que intervienen en el negocio jurídico que la ley permite aplicar para su celebración, lo cual comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular.

[…] 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. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los 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, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades públicas.

**CONTRATOS Y CONVENIOS ADMINISTRATIVOS – Suscripción con entidades descentralizadas indirectas**

[E]n atención a lo dispuesto en el artículo 2-1, literal a) de la Ley 80 de 1993 solo son susceptibles de ser consideradas entidades estatales los entes descentralizados indirectos en los que exista una participación pública mayoritaria. De esta manera, las personas jurídicas producto de la asociación entre entidades públicas solo podrán ser consideradas entidades estatales a efectos de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en aquellos casos en los que la participación de las entidades estatales en los aportes que concurren a su creación sea igual o superior al cincuenta por ciento (%50). Por el contrario, las entidades descentralizadas indirectas en las que la participación del Estado sea minoritaria no constituyen entidades estatales en los términos del artículo 2-1 literal de la Ley 80 de 1993, por lo que están relevadas de dicho régimen. Con todo, debe destacarse que las entidades descentralizadas indirectas, al margen de la proporción de aportes públicos o privados que involucren, hacen parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva, razón por la que, en sentido amplio pueden ser consideradas como entes públicos. Esto significa que, a pesar de no estar sometidas al régimen general de contratación pública, las entidades descentralizadas indirectas con participación pública minoritaria son entidades del Estado, máxime aun considerando que la Ley 489 de 1998, las reconoce como parte de la Administración Pública.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Definición**

los convenios de asociación pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal «cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo», mientras que el artículo 355 superior establece que los contratos de colaboración podrán ser celebrados por «El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal». Respecto de lo que se debe entender por «Gobierno» en esta norma esta Agencia ha determinado que «la interpretación del artículo 355 de la Carta Política se debe hacer en armonía con su finalidad, esto es, prohibir los auxilios y permitir la ejecución de actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo, a través de la celebración de contratos con ESAL. Esta interpretación finalística supone una lectura de la norma en sentido amplio, es decir, de tal forma que se entienda que todas las entidades que forman parte de la Rama Ejecutiva pueden celebrar contratos con ESAL para la ejecución de actividades de interés público».



Bogotá D.C.,

Señor

**Jorge Horacio Guzmán Hermida**

jorge.guzman@alcaldianeiva.gov.co

 **Concepto C – 659 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO – Definición / ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO – Capacidad para contratar – Procesos de selección – Ley 80 de 1993 – Alcance / CONSTITUCIÓN DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES – Actividades propias –Entidades públicas – Participación de personas jurídicas particulares / CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE ASOCIACION Y CONVENIOS MIXTOS DE ORGANIZACIÓN – Definición – Diferencias – Participación de personas jurídicas particulares / ASOCIACIONES Y FUNDACIONES DE CARÁCTER MIXTO – Régimen jurídico – Participación mayoritaria del estado – Estatuto general de contratación de la administración pública / ASOCIACIONES Y FUNDACIONES DE CARÁCTER MIXTO – Naturaleza jurídica – Participación mayoritaria del estado – Aportes – Entidades descentralizadas indirectas / CONTRATOS Y CONVENIOS ADMINISTRATIVOS – Noción – Criterio orgánico – Modalidad de selección / CONTRATOS Y CONVENIOS ADMINISTRATIVOS – Suscripción con entidades descentralizadas indirectas / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Definición  |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta P20220831008676 |

Estimado señor Guzmán:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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, responde su consulta remitida el 01 de septiembre de 2022.

**1. Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta:

«1) ¿Que son entidades privadas sin ánimo de lucro?

2) Puede una Entidad Sin Ánimo de Lucro, específicamente una fundación con patrimonio conformado principalmente por aportes de socios benefactores (entidades públicas) de más del cincuenta (50%), participar en procesos competitivos reglamentados por el Decreto 092 de 2017.

3) A la luz del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, las fundaciones creadas con aportes públicos y/o privados se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común en todas las actuaciones contractuales?

4) Es posible que una Fundación con aportes de socios benefactores (entidades públicas) de más del cincuenta (50%) celebre contratos y convenios Interadministrativos?».

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[2]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Adicionalmente, es preciso advertir que los conceptos emitidos en ejercicio de la referida competencia consultiva reflejan las posiciones hermenéuticas de la Agencia sobre la aplicación de las normas generales sometidas a su consideración, desarrollando posturas sustentadas a partir del estudio de las diferentes fuentes del derecho existentes en la materia. En cualquier caso, estos conceptos tienen el alcance señalado por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015, el cual señala «[…] los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución». En términos generales, lo que se busca es que la opinión jurídica de la entidad sirva a los ciudadanos y a la administración pública para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, y como criterio de orientación para el cumplimiento de sus competencias legales, sin que tome partida por uno u otro, pues a la autoridad que emite el concepto no le compete resolver una controversia o prevenir una problemática, esto es, no le corresponde determinar quién tienen la razón en su interpretación normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes y, mucho menos, valida la del peticionario, ya que las competencias consultivas no lo permiten[[3]](#footnote-3).

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los límites de las atribuciones de la función consultiva atribuida a esta entidad, esto es, interpretando de manera general las normas relevantes, la Agencia absolverá los interrogantes formulados, previo análisis de los siguientes temas: i) Naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro – ESAL, ii) Naturaleza e implicaciones del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, iii) Naturaleza y régimen de las asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares, iv) Contratos y convenios administrativos y la suscripción con entidades descentralizadas indirectas, y v) Contratación con ESAL en el Decreto 092 de 2017. Los contratos de colaboración y los convenios de asociación.

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, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-478 de 8 de septiembre de 2021 y C-562 del 7 de septiembre de 2022. En los conceptos con radicado No. C-070 del 4 de marzo de 2020, reiterado y desarrollado en los conceptos identificados con radicado No. C-081 del 3 de marzo de 2020 C-094 del 4 de marzo de 2020, C-057 de 10 de marzo de 2021 y C-379 de 26 de julio de 2021, C-021 del 22 de febrero de 2022, C-075 del 10 de marzo de 2022, C-477 del 26 de julio de 2022, C-273 del 6 de mayo de 2022, entre otros, estudió los convenios de asociación del artículo 5 del del Decreto 092 de 2017; por lo que se reiteran dichas consideraciones y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro – ESAL**

Una de las formas de tradicionales desarrollar *empresas* y ejercer el comercio en Colombia, es a través del contrato de sociedad por medio del cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa, según el artículo 98 *ibidem*. En ese sentido, puede decirse que serán sociedades comerciales aquellas que ejecuten actos o empresas mercantiles, en los términos señalados en el artículo 100 del Código de Comercio[[4]](#footnote-4).Sin perjuicio de esto, el artículo 2 de la ley 590 de 2000, modificado por el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, define la *empresa* como toda unidad de explotación económica que realiza una persona natural o jurídica en actividades agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios[[5]](#footnote-5). Además, establece que estas se clasifican en micro, pequeña, mediana y gran empresa, de acuerdo con los criterios del número de trabajadores totales, el valor de ventas brutales anuales y el valor de activos totales.

En todo caso, para efectos de la presente, es preciso mencionar que el Libro Segundo del Código de Comercio no incluye a las corporaciones o asociaciones ni a las fundaciones, esto es, a las ESAL, en la enumeración de las sociedades comerciales. La razón de la exclusión, a nuestro juicio, es obvia: estas organizaciones no tienen fines comerciales, es decir, carecen de ánimo de lucro, por eso no forman un tipo o clase de sociedad comercial[[6]](#footnote-6). La norma que regula este tipo de corporaciones o asociaciones es el Código Civil –entre otras normas que se armonizan con él–, de lo que se sigue que no constituyen formas de sociedad comercial sino formas de organización civil, con fines esencialmente altruistas o de interés general, que se conforman entre personas que tienen como finalidad contribuir con su esfuerzo, y hasta con sus bienes, a ayudar a la comunidad[[7]](#footnote-7). La ausencia de ánimo de lucro es, entonces, la característica determinante de estas corporaciones u organizaciones, lo que explica su nombre, y la diferencia fundamental con las sociedades comerciales.

Que una ESAL no sea una forma de sociedad comercial se infiere igualmente de los requisitos que exige el artículo 98 del Código de Comercio, concretamente del previsto al final del inciso primero relacionado con su finalidad. En efecto, la norma en comento dispone: «[p]or el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, *con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social*» (Énfasis fuera de texto). Es del caso precisar que en el caso de las ESAL no se admite el reparto de utilidades, ni durante la existencia de la organización ni cuando se extinga, y en este aspecto, se insiste, radica la diferencia más apreciable entre unas y otras organizaciones, pese a que ambas se crean con libertad y al amparo del derecho fundamental de asociación, previsto en el artículo 38 de la Constitución Política y otras normas contenidas en tratados internacionales suscritos por Colombia.

De conformidad con lo anterior, una «fundación» o una «asociación o corporación», constituidas en los términos del Código Civil, no pueden asimilarse o identificarse con una «sociedad comercial», como uniformemente lo considera la doctrina y la jurisprudencia civil y comercial, en la medida en que esta última se crea con la finalidad de que sus socios repartan las utilidades obtenidas en desarrollo de la empresa o actividad social. Por el contrario, las fundaciones o asociaciones destinan su patrimonio a la consecución de un interés general y, como tal, no se percibe lucro, debiéndose reinvertir los excedentes monetarios que se presenten en la ESAL, al no ser viable su reparto entre los asociados.

Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia C-287 de 2012, reiteró que la diferencia existente entre las sociedades comerciales y las entidades privadas sin ánimo de lucro es que estas últimas no reparten sus utilidades entre los socios[[8]](#footnote-8). Así lo explicó en los siguientes términos:

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.

Igualmente, el Consejo de Estado expresó que la naturaleza jurídica de las ESAL es diferente a las sociedades mercantiles, toda vez que su objeto no está destinado a perseguir un lucro que pueda ser repartido entre sus asociados, sino que las ganancias se reinvierten en la entidad sin ánimo de lucro para el desarrollo de su objeto social[[9]](#footnote-9). En ese mismo sentido, la Cámara de Comercio de Bogotá, en el «Documento ABC Entidades sin Ánimo de lucro», ha definido las ESAL como «las 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»[[10]](#footnote-10). Las entidades privadas sin ánimo de lucro, pues, no tienen la naturaleza jurídica de empresa sino de asociaciones que buscan la realización de un fin común y objetivos carentes de un contenido esencialmente patrimonial −fin de lucro y reparto de las utilidades−. Debido a que las ESAL no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros, sino que su objeto está destinado a realizar una actividad de interés general sin esperar a cambio un reparto de ganancia en proporción a sus utilidades, surge el interrogante de si estas entidades tienen capacidad jurídica para participar en procesos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De conformidad con lo expuesto, se debe aclarar que es un equívoco concluir que las ESAL no sean personas jurídicas o que no tengan capacidad contractual, pues la capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujeto activos o pasivos de las relaciones jurídicas[[11]](#footnote-11). Para efectos de las relaciones contractuales en las que uno de los extremos de la relación sea una entidad estatal, la capacidad contractual es la facultad que se ostenta para celebrar contratos con una entidad estatal. En otras palabras, es: i) la capacidad de obligarse a cumplir el objeto del contrato y ii) de no estar incursa en inhabilidades o incompatibilidades que impidan la celebración del negocio.

Para efectos de la aplicación del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, la capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes[[12]](#footnote-12), así como otras formas asociativas. En efecto, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 establece que «[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes […]». De modo que, cuando se señala que las personas jurídicas tienen capacidad jurídica para contratar se hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, a las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.

Por tanto, es claro que las ESAL tienen capacidad para contratar bajo las reglas del EGCAP al ser personas jurídicas. Concretamente, al ser personas consideradas legalmente capaces, en los términos del artículo 6 de la Ley 80 de 1993. En armonía con ello, el Decreto 092 de 2017 reguló un régimen especial de contratación; sin embargo, nada obsta para que las ESAL participen, en términos de igualdad con los demás oferentes, en los diferentes procesos contractuales que regula el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre que cumplan con los requisitos exigidos en cada proceso, donde competirán con los demás proponentes. En este orden de ideas, las ESAL no solo pueden contratar bajo las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017, sino que también pueden intervenir en procesos de selección regidos por las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, caso en el cual participan con las mismas reglas aplicables a los demás oferentes.

Así, por ejemplo, si el proceso de selección en el que se pretende participar la ESAL es obligatorio estar inscrita en el RUP, por no tratarse de ninguno de los supuestos establecidos en el inciso 2 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[[13]](#footnote-13) –u otra norma que excepcionalmente exceptúe la exigencia del RUP–, al ser una persona jurídica que pretende celebrar un contrato con una entidad estatal, conforme lo establece el inciso primero del artículo citado, deberá encontrarse inscrita en el Registro Único de Proponentes. Lo anterior, pese a que cuando contrate bajo las reglas del Decreto 092 de 2017 no sea obligatorio estar inscrita en dicho registro.

De igual manera, deberá acreditar la experiencia a partir de las condiciones mínimas requeridas en el proceso de selección correspondiente, conforme lo establezca la entidad, cuya acreditación deberá realizarse de acuerdo con las características que se establezcan en el pliego de condiciones. A la misma conclusión se debe llegar respecto de los demás requisitos que se establezcan en cada proceso de selección.

Así las cosas, las ESAL no están limitadas en su capacidad jurídica contractual para participar en procesos de selección sujetos a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En efecto, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 estableció que la capacidad para contratar con entidades estatales se predica, entre otras, de todas «las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes» y, como se indicó precedentemente, estas entidades son personas jurídicas que, por tanto, gozan de capacidad para contratar. Ahora bien, en caso de participar en procesos sujetos al estatuto referido, deberán cumplir con todos los requisitos exigibles en el proceso contractual, en igualdad de condiciones que los demás participantes.

**2.2. Naturaleza e implicaciones del artículo 96 de la Ley 489 de 1998**

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 regula lo concerniente a los convenios de asociación y la constitución de asociaciones o fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de personas jurídicas de derecho privado[[14]](#footnote-14). Esta norma consagra dos instituciones o mecanismos de colaboración en virtud de los cuales las entidades públicas pueden asociarse con personas jurídicas privadas para el cumplimiento de labores de interés público.

Así, el precepto en mención establece que, con independencia de su naturaleza u orden administrativo, las entidades públicas podrán, con la observancia de los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de *i)* convenios de asociación o *ii)* la creación de personas jurídicas, en ambos casos con un objetivo común: el desarrollo de actividades que guarden relación con los cometidos y las funciones que la ley les haya asignado a las entidades públicas asociadas.

En este sentido, la doctrina plantea que en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se establecieron dos tipos de compromisos: *convenios* *administrativos de asociación* y *convenios mixtos de organización[[15]](#footnote-15).* Estos dos tipos de convenios son diferentes a lo dispuesto respecto al ejercicio de funciones administrativas por particulares dispuestos en los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998. La distinción radica en que el artículo 96 no implica una transferencia o asignación de funciones a sujetos de derecho privado, toda vez que se asocian de manera temporal o permanente para el cumplimiento de los fines de la función administrativa.

Así mismo, el artículo 96 de la Ley 1998 se diferencia con lo regulado en el artículo 95 de la misma ley, la cual autoriza a las entidades públicas que se asocien entre sí, con el propósito de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestación de servicios a su cargo, por medio de la suscripción de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

En cuanto al inciso segundo del artículo 95 de la citada Ley 489 de 1998, la Corte Constitucional observa que en él se dispone que las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, «se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género»[[16]](#footnote-16). De este modo, la distinción con el artículo 96 radica en que la creación de las personas jurídicas sin ánimo de lucro existe una participación de entidades y particulares para el cumplimiento de actividades administrativas, mientras en el artículo 95 de la misma ley las partícipes son solo las entidades.

Los *convenios administrativos de asociación* del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 pueden ser temporales, de acuerdo con las actividades que pretendan desarrollarse entre la entidad y los particulares. En contraste, con los *convenios mixtos de organización* se pretende la creación de organismos nuevos, como son las asociaciones y fundaciones de participación mixta, que son un tipo de entidades sin ánimo de lucro. En esta línea, esta segunda institución que se consagra en el artículo 96 corresponde a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se constituyan entre entidades públicas y personas jurídicas particulares, las cuales de acuerdo con el inciso tercero estarán sujetas «a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común».

El acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica en los términos señalados en la norma debe contener, como mínimo, los siguientes requisitos: *i)* los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes; *ii)* los compromisos y aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, atendiendo a las disposiciones presupuestales y fiscales aplicables; *iii)* la participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la persona jurídica; *iv)* la integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y particulares y; *v)* la duración de la persona jurídica y las causales para su disolución.

De acuerdo con estos requisitos, la constitución de personas jurídicas entre entidades públicas y personas jurídicas particulares se encuentra delimitada al desarrollo de actividades de interés público, que se enmarquen en aquellas propias de la naturaleza de las asociaciones civiles de utilidad común. Así mismo, estas deben relacionarse directamente con las funciones que la ley les haya asignado a las entidades públicas asociadas, de manera que esta figura es excepcional y limitada a su carácter esencial sin ánimo de lucro.

**2.3.** **Naturaleza y régimen de las asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares**

Para entender la naturaleza y régimen de las asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares, el inciso tercero del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone que «Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común».

En cuanto a su régimen jurídico, su naturaleza es de carácter mixto, toda vez que las personas jurídicas creadas en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se rigen por una parte por el Código Civil en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación y, por el otro, se encuentran sujetas a las reglas y principios generales de contratación, por encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993[[17]](#footnote-17). La conexidad que debe existir entre las actividades de la persona jurídica de carácter mixto y las funciones de las entidades estatales que la integran, así como el carácter público de la participación de las entidades públicas, determinan su sujeción, en algunas materias, a las normas propias del derecho público, evitando que este tipo de entes se conviertan en un mecanismo de «simple traslado de recursos públicos a particulares»[[18]](#footnote-18)*.*

Para comprender lo afirmado anteriormente, en especial, sobre la naturaleza, estructura de organización y régimen contractual de las asociaciones y fundaciones de participación mixta, se acude a la jurisprudencia constitucional, la cual ha tratado el tema en varias sentencias. Al respecto, la Sentencia C-949 de 2001 analizó el siguiente problema jurídico: ¿se vulnera el artículo [123](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr004.html#123) Constitucional cuando se establece que en tratándose de las asociaciones y fundaciones de participación mixta, sólo se consideran servidores públicos sus representantes legales y los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes, en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de estas? En esta decisión, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

*La ley permite a las asociaciones y fundaciones de participación mixta, someterse a la Ley 80 de 1993, con la precisión de que los funcionarios autorizados para suscribir contratos en su nombre, tienen la calidad de servidores públicos para esos efectos, pero para adelantar otras actividades ajenas a los procesos contractuales se someten al régimen de los particulares. Significa esto, que dichos funcionarios responden como servidores públicos en materia penal, disciplinaria y fiscal en el evento en que incurran en irregularidades en la gestión contractual*.

Las consideraciones que justifican atribuirle la calidad de servidores públicos a estos funcionarios no están relacionadas únicamente con el tema de la responsabilidad, sino también con la capacidad de contratación, en la medida en que si estas asociaciones y fundaciones de participación mixta manejan recursos públicos, su ejecución para los fines de la correspondiente entidad debe hacerse a través de la institución del contrato estatal.

No obstante, es claro que dichos funcionarios no podrían suscribir los respectivos contratos estatales como particulares, porque es bien sabido que una de las características esenciales del contrato estatal consiste en que uno de los extremos de la relación contractual esté representado por el Estado, y en nombre de él sólo pueden actuar personas que tienen la calidad de servidores públicos.

Por lo tanto, es razonable que tratándose de las asociaciones y fundaciones de participación mixta se le atribuya la calidad de servidor público a los representantes legales y funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas, pues es obvio que en virtud del acto de delegación estas personas comprometen contractualmente la respectiva entidad[[19]](#footnote-19) (énfasis fuera de texto).

Siguiendo con esta línea, también es necesario tener en cuenta la Sentencia C-671 de 1999, en la que se demandaron apartes de los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998*,* por presunta violación de los artículos 150 numeral 7º, 189 numeral 26, 209 210, 38, 71 y 103 de la Carta Política. Además, la Corte Constitucional analizó en esa oportunidad si tales normas quebrantan o no el artículo 355 de la Constitución por permitir el otorgamiento de auxilios con dineros públicos a entidades privadas. Dentro de lo explicado, se destaca lo expuesto en la revisión de constitucionalidad del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que si bien tiene un contenido diferente al artículo 96 de la misma ley en algunos aspectos, en ambas se regula la creación de corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, al tiempo que se establece que se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil. En efecto, la discusión gira entorno a determinar la naturaleza y el régimen jurídico de este tipo de entidades sin ánimo de lucro. Para dilucidar ese punto de derecho, la Corte Constitucional expresó:

[…] la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán las propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.

Así las cosas la disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa[[20]](#footnote-20).

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia C-230 de 1995, al revisar la constitucionalidad del literal a) del artículo 2.2 de la Ley 80 de 1993, analizó el régimen aplicable a las asociaciones de carácter mixto sin de ánimo de lucro que se constituyeron en vigencia del artículo 6º del Decreto Ley 130 de 1976. Manifestó que era perfectamente viable someter las asociaciones que cuenten con una participación pública mayoritaria a las reglas y principios de la contratación pública. Al respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

*La ley 80 de 1993 sometió a las corporaciones y fundaciones, en las cuales el Estado tenga una participación mayoritaria (art. 2o., ord. 1o, lit. a.), a las reglas y principios de la contratación de la administración pública y para ello las reconoció en el literal a) del ordinal 1 del art. 2 de dicha ley como entidades estatales.* Consecuencialmente se determinó en el fragmento normativo acusado que sus representantes y los funcionarios de determinados niveles en quienes se delegue la celebración de contratos tienen el carácter de servidores públicos. Es claro, que supuesto lo primero tenía que establecerse lo segundo, porque de otra manera no se lograría alcanzar el propósito práctico de vincular al régimen de responsabilidades a quienes obraran en nombre de tales fundaciones y corporaciones, lo cual se adecua a lo establecido en los arts. 6 y 123 de la C.P.

El encuadramiento de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como ya se dijo la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación.

[…]

 “Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos[[21]](#footnote-21) (Énfasis fuera de texto).

Ahora bien, para efectos de determinar la participación de las Entidades del Estado en estas asociaciones mixtas, se hace necesario remitir a lo expresamente dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el cual señala que en el acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá, entre otros aspectos, los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas, así como la participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad. Bajo esa perspectiva, el legislador diferenció dos (2) elementos importantes para el funcionamiento de estas asociaciones mixtas. Por un lado, los aportes realizados al momento de su constitución, los cuales determinan la participación de los asociados en la creación de la persona jurídica, y con ello la naturaleza y el régimen jurídico de la entidad. Por otro lado, las contribuciones que se realizan para el sostenimiento y funcionamiento de la entidad sin ánimo de lucro.

En ese sentido, para esta Subdirección las asociaciones de carácter mixto con participación mayoritaria del Estado que se constituyan en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se consideran como entidades estatales, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuando los aportes realizados al momento de su constitución son superiores al 50%. Lo anterior, sin perjuicio de cualquier modificación posterior que se realice de dichos aportes y que impliquen un cambio en la participación de los socios, fundadores o constituyentes.

Se precisa entonces que una corporación o fundación mixta con participación minoritaria del Estado adquiere la calidad de entidad pública sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuando la participación del Estado cambie y se torne mayoritaria, siendo igual o superior al 50%. Esta respuesta se fundamenta en el artículo 2.1, literal a), de la Ley 80 de 1993, al establecer que lo que interesa es determinar la participación mayoritaria del Estado, independiente si fue en su constitución o en un momento posterior. El cambio de régimen de contratación dependerá de una participación mayoritaria del Estado, sin importar el tiempo en que se presenta.

De esta manera, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 no puede interpretarse aisladamente con respecto a lo prescrito en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, la cual no hace una distinción de los momentos de los aportes, sino que lo que importa es la participación mayoritaria del Estado, para efectos de determinar la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por lo anterior, cabe destacar que estas asociaciones son una expresión de la descentralización administrativa, por cuanto hacen parte de las demás entidades de naturaleza especial creadas o autorizadas por la ley, las cuales se encuentran previstas en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998[[22]](#footnote-22).

También es importante anotar que el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 establece una definición de entidad estatal, la cual abarca no solo a las referidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, sino también a entidades referidas en otras disposiciones. Según esta definición constituyen entidades estatales: «Cada una de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan». Al tenor de esta definición, no solo constituyen entidades estatales las mencionadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, sino también las mencionadas en los artículos 10[[23]](#footnote-23), 14 y 24[[24]](#footnote-24) de la Ley 1150 de 2007.

A partir de lo expuesto, este tipo de organismos con participación mayoritaria del Estado tienen la calidad de entidades descentralizadas indirectas y son una forma de la descentralización por servicios. Esto en la medida que poseen una vinculación con el Estado, participando en el cumplimiento de actividades que involucran la consecución de los fines estatales, hasta el punto de que aquél –al asociarse con particulares– entrega bienes o recursos públicos a título de aporte. Por tanto, son destinatarias de la Ley 80 de 1993, pues el literal a) del artículo 2.1 prescribe que son entidades públicas, en los siguientes términos:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), *así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria*, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles (énfasis fuera de texto)

Por tanto, las fundaciones y corporaciones con participación mayoritaria de cualquier entidad del Estado tienen la calidad de entidades públicas sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración pública, independientemente de que los aportes hayan sido en el acto de constitución o en un momento posterior. Es decir, lo que interesa es que haya una participación mayoritaria del Estado para activar la aplicación del régimen contractual previsto en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. De lo anterior se desprende que, a este tipo de entidades sin ánimo de lucro, las cuales tienen la naturaleza de ser entidades descentralizadas indirectas, solo les aplicarán las normas de derecho civil, en cuanto a la constitución, organización y funcionamiento, conforme al artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

En todo caso debe aclararse que, el hecho de fundaciones y corporaciones con participación pública minoritaria no sean consideradas entidades estatales a luz del artículo 2-1 de la Ley 80 de 1993 no significa que no sean entidades estatales. Esto comoquiera que estas asociaciones son una expresión de la descentralización administrativa, por cuanto hacen parte de las demás entidades de naturaleza especial creadas o autorizadas por la ley, las cuales se encuentran previstas en los artículo 38, literal g)[[25]](#footnote-25) y 68 de la Ley 489 de 1998[[26]](#footnote-26), como parte de sector descentralizado por servicios. Esto significa que, estén o no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, nada obsta para que, en virtud de esa participación pública minoritaria, entidades descentralizadas indirectas puedan ser consideradas en sentido amplio como entidades estatales, considerando que el propio ordenamiento jurídico las ubica dentro de la estructura de la Administración Pública.

**2.4. Contratos y convenios administrativos y la suscripción con entidades descentralizadas indirectas.**

Sobre la tipología de convenios o contratos interadministrativos conviene precisar que, aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 se refiere como interadministrativa a aquella contratación entre entidades estatales[[27]](#footnote-27). De acuerdo con lo anterior, es interadministrativo 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 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

En concordancia con estos, La Corte Constitucional expresó en la Sentencia C-671 de 2015 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, 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**.**

En consideración a dicho criterio orgánico, esta Subdirección ha sostenido que, 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 en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 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[[28]](#footnote-28).

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 se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o en términos generales a los interadministrativos y no al convenio, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos […]», esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que «Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]»[[29]](#footnote-29).

Sin perjuicio de lo anterior, debe anotarse que cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia han establecido algunas diferencias o caracterización de los contratos interadministrativos frente a los convenios interadministrativos de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Por ejemplo, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 2019 expresó:

La Sala de Consulta y Servicio Civil[[30]](#footnote-30) de esta Corporación se ha referido a los *“convenios interadministrativos”* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *“puros”* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *“intercambio patrimonial”*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[[31]](#footnote-31) había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *“verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)”*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *“convenios interadministrativos”* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales[[32]](#footnote-32)[[33]](#footnote-33).

Es bueno destacar que, el artículo 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015 establece que los contratos y convenios que tengan la calidad de interadministrativos se contratan directamente. En ese sentido, llámese contrato o convenio, si se trata de un acuerdo de voluntades suscrito entre entidades estatales, podrá celebrarse de manera directa si los extremos de la relación contractual son entidades estatales.

Conforme a lo anterior, vale la pena reiterar que el ordenamiento jurídico, en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[34]](#footnote-34). Incluso, la Corte Constitucional fundamenta la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos de forma directa en la causal establecida en la Ley 1150 de 2007 respecto a los contratos interadministrativos[[35]](#footnote-35).

En desarrollo de lo anterior, se destaca que la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, pese a reconocer que se han realizado algunas distinciones jurisprudenciales en torno a los contratos y convenios interadministrativos, relacionados con el alcance de las obligaciones que los caracterizan, señala que no existe una definición legal que diferencie los conceptos de convenio o de contrato. En tal sentido, de acuerdo con las consideraciones expuestas en este numeral los asimila para efectos de aplicar las disposiciones que tangencialmente se refieren a uno u otro vocablo, por ejemplo, para la aplicación de la Ley de Garantías. En este sentido, la Circular, refiriéndose al parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, expresa:

Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos. Toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin, se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas.

No obstante, por vía jurisprudencial se ha establecido que en los contratos interadministrativos existe una contraprestación directa a favor de la entidad que ha entregado el bien o prestado el servicio a la Entidad contratante, habilitado para ello por su objeto legal como entidad ejecutora, como quiera que las obligaciones asignadas legalmente a aquella entidad pública están directamente relacionadas con el objeto contractual. Por su parte, en los convenios interadministrativos las entidades se asocian con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, sin que exista una contraprestación para ninguna de las entidades ni la prestación de un servicio a cargo de alguna de ellas y en favor de la otra parte del convenio.

En el contexto de la Ley de Garantías, las restricciones además de propender por la igualdad de los candidatos están encaminadas a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, lo cual se puede lograr a través de contratos o convenios. En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción de contratos y/o convenios, que para efectos de la Ley de Garantías tienen la misma connotación y propósito.

 Teniendo en cuenta lo anterior, es menester reiterar que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. Además, como se indicó en la Circular citada, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio. En tal sentido, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido se logre inferir que se le quiere otorgar un contenido en particular, pues como se expresó, el legislador utiliza estos conceptos de forma indistinta.

 Por lo tanto, el carácter interadministrativo de un convenio o contrato se encuentra determinado por el referido criterio orgánico, el cual exige que los extremos de la relación contractual sean entidades públicas, independientemente del régimen contractual al que estén sometidas. En ese sentido, los contratos o convenios entre entidades estatales tienen la calidad de interadministrativos, independientemente de que sean celebrados de manera directa o como consecuencia de un procedimiento con pluralidad de oferentes, o de que las entidades públicas que conforman los extremos de la relación contractual estén sometidas a regímenes distintos del de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, en atención a lo dispuesto en el artículo 2-1, literal a) de la Ley 80 de 1993 solo son susceptibles de ser consideradas entidades estatales los entes descentralizados indirectos en los que exista una participación pública mayoritaria. De esta manera, las personas jurídicas producto de la asociación entre entidades públicas solo podrán ser consideradas entidades estatales a efectos de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en aquellos casos en los que la participación de las entidades estatales en los aportes que concurren a su creación sea igual o superior al cincuenta por ciento (%50). Por el contrario, las entidades descentralizadas indirectas en las que la participación del Estado sea minoritaria no constituyen entidades estatales en los términos del artículo 2-1 literal de la Ley 80 de 1993, por lo que están relevadas de dicho régimen.

Con todo, debe destacarse que las entidades descentralizadas indirectas, al margen de la proporción de aportes públicos o privados que involucren, hacen parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva, razón por la que, en sentido amplio pueden ser consideradas como entes públicos. Esto significa que, a pesar de no estar sometidas al régimen general de contratación pública, las entidades descentralizadas indirectas con participación pública minoritaria son entidades del Estado, máxime aun considerando que la Ley 489 de 1998, las reconoce como parte de la Administración Pública.

 En virtud de lo anterior, considerando que la calidad de interadministrativo de un contrato o convenio no está determinada por la modalidad de selección o el régimen contractual de las partes, sino por el criterio orgánico que exige que ambos extremos de la relación contractual sean entidades públicas, nada obsta para que entidades descentralizadas indirectas suscriban este tipo de negocios jurídicos con otras entidades estatales.

**2.5. Contratación con ESAL en el Decreto 092 de 2017. Los contratos de colaboración y los convenios de asociación**

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 entidades privadas sin ánimo de lucro –ESAL– con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[36]](#footnote-36). 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[[37]](#footnote-37). Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

En desarrollo del artículo 355 de la Constitución, el Gobierno Nacional 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 2 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 092 de 2017[[38]](#footnote-38).

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 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 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»[[39]](#footnote-39). 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, los cuales 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 ni 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[[40]](#footnote-40). Sin embargo, comoquiera que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio debe buscar el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales involucradas, es necesario que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio coincidan de alguna de tal manera que, los cometidos funcionales de una y otra entidad se relacionen con el objeto del convenio.

Igualmente, considerando 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», las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento, en dinero, del valor del convenio para celebrarlo directamente, pues de lo contrario deberá adelantarse un proceso competitivo. 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»[[41]](#footnote-41).

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión total 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 92 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. Este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

Ahora bien, el Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A –Exp. 62.003–, estudió la solicitud de suspensión provisional[[42]](#footnote-42) 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 092 de 2017. No obstante, sobre esta última norma concluyó que el análisis de esta disposición 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 frente a la última disposición relacionada con los convenios de asociación, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia de fondo. Por tanto, 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, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, conviene precisar que mediante Auto del 15 de marzo de 2022[[43]](#footnote-43), el Consejo de Estado levantó la medida cautelar de suspensión provisional respecto del inciso 2 del artículo 1 y el inciso 2 del artículo 3, del Decreto 092 de 2007, por lo que surten en la actualidad efectos jurídicos[[44]](#footnote-44).

Como se explicó, en relación con los convenios de asociación, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, 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[[45]](#footnote-45), y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes en dinero iguales o superiores al 30%, ya que en este último evento también deberá adelantar un proceso competitivo. De hecho, en relación con la naturaleza y cuantía de los convenios, la norma anteriormente citada no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporten recursos en especie. En efecto, solo indica que en esos casos la entidad estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio.

Finalmente, sintetizando lo expresado en relación con los *convenios de* asociación, la finalidad de los aportes a que se refirió en consideraciones previas, están dirigidos concretamente a lograr la ejecución del convenio. 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. Así, si se pretende suscribir un *convenio de asociación* con una ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deben aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 92 de 2017. Como se estableció *supra*, este artículo dispone que el proceso para la escogencia de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia. Esto, salvo en aquellos casos en los que una ESAL manifieste su compromiso de aportar recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, siempre y cuando no existan otras ESALES que ofrezca aportes en monto igual o superior a dicho porcentaje, pues en este evento también se tendría que realizar un proceso competitivo. Finalmente, dada la regla concreta y específica establecida en la norma, si los aportes no son en dinero, sino únicamente en especie, esto es, bienes diferentes o no equivalente al dinero, no se dará aplicación a dicha regla y el proceso de selección será competitivo. Estas últimas consideraciones se profundizarán en el acápite siguiente.

**3. Respuesta**

«1) ¿Que son entidades privadas sin ánimo de lucro?»

Conforme a lo expuesto, la Cámara de Comercio de Bogotá, en el «Documento ABC Entidades sin Ánimo de lucro», ha definido a las ESAL como «las 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». Por lo tanto, las Entidades sin Ánimo de Lucro – ESAL -, son una forma de organización civil, con fines esencialmente altruistas o de interés general, que se conforman entre personas que tienen como finalidad contribuir con su esfuerzo, y hasta con sus bienes, a ayudar a la comunidad. La ausencia de ánimo de lucro es, entonces, la característica determinante de estas corporaciones u organizaciones, lo que explica su nombre, y la diferencia fundamental con las sociedades comerciales.

«2) Puede una Entidad Sin Ánimo de Lucro, específicamente una fundación con patrimonio conformado principalmente por aportes de socios benefactores (entidades públicas) de más del cincuenta (50%), participar en procesos competitivos reglamentados por el Decreto 092 de 2017»

Como se indicó en las consideraciones, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 establece que «[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes […]». De modo que, cuando se señala que las personas jurídicas tienen capacidad jurídica para contratar se hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, a las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.

Es claro que las ESAL tienen capacidad para contratar bajo las reglas del EGCAP al ser personas jurídicas. En armonía con ello, el Decreto 92 de 2017 que reguló un régimen especial de contratación, en en relación con los convenios de asociación, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, 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, y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes en dinero iguales o superiores al 30%, ya que en este último evento también deberá adelantar un proceso competitivo. De hecho, en relación con la naturaleza y cuantía de los convenios, la norma anteriormente citada no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporten recursos en especie. En efecto, solo indica que en esos casos la entidad estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio.

Por lo tanto, las ESAL independientemente de la participación de los asociados en la creación de la persona jurídica, no solo pueden contratar bajo las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017, sino que también pueden intervenir en procesos de selección regidos por las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, caso en el cual participan con las mismas reglas aplicables a los demás oferentes.

«3) A la luz del articulo 96 de la Ley 489 de 1998, las fundaciones creadas con aportes públicos y/o privados se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común en todas las actuaciones contractuales?»

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 regula lo concerniente a los convenios de asociación y la constitución de asociaciones o fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de personas jurídicas de derecho privado. En cuanto a su régimen jurídico, su naturaleza es de carácter mixto, toda vez que las personas jurídicas creadas en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se rigen por una parte por el Código Civil en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación.

En materia de contratación solo las fundaciones o asociaciones mixtas con participación pública superior al cincuenta por ciento (50%) son consideradas estatales de conformidad con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, por lo que solo estas se encuentran obligadas a desarrollar su gestión contractual aplicando dicho estatuto. En todo caso, independientemente de cuál sea el porcentaje de participación pública que involucren, todas las fundaciones o asociaciones mixtas deberán sujetarse a lo dispuesto en la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como al Decreto 92 de 2017, cuando participen en procedimientos regidos por estas normas.

«4) Es posible que una Fundación con aportes de socios benefactores (entidades públicas) de más del cincuenta (50%) celebre contratos y convenios Interadministrativos?»

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2-1, literal a) de la Ley 80 de 1993, las entidades descentralizadas indirectas y personas jurídicas en las que exista participación pública mayoritaria son consideradas entidades estatales, por lo que se encuentran obligadas a aplicar dicho estatuto. No obstante, debe destacarse que las entidades descentralizadas indirectas, al margen de la proporción de aportes públicos o privados que involucren, hacen parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva, razón por la que, en sentido amplio pueden ser consideradas como entes públicos. Esto significa que, a pesar de no estar sometidas al régimen general de contratación pública, las entidades descentralizadas indirectas con participación pública minoritaria también son entidades del Estado, máxime aun considerando que la Ley 489 de 1998, las reconoce como parte de la Administración Pública.

 En virtud de lo anterior, considerando que la calidad de interadministrativo de un contrato o convenio no está determinada por la modalidad de selección o el régimen contractual de las partes, sino por el criterio orgánico que exige que ambos extremos de la relación contractual sean entidades públicas, nada obsta para que entidades descentralizadas indirectas suscriban este tipo de negocios jurídicos con otras entidades estatales. Sin perjuicio de ello, le corresponderá a cada entidad estatal definir la conveniencia y viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato en particular.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén VargasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. 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-1)
2. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
3. Al respecto, el profesor Enrique José Arboleda Perdomo, al interpretar el artículo transcrito, expuso lo siguiente: «El artículo 28 regula los efectos jurídicos de los conceptos que emita la entidad como respuesta a las consultas que le formulen los particulares, ordenando que *no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*. De este mandato surgen las siguientes consideraciones:

 »La primera, que un concepto no es un acto administrativo de contenido particular pues en sí mismo no contiene una manifestación de la voluntad de la administración que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos vinculantes, en relación con el peticionario, con la autoridad que conceptúa y aún frente a terceros que pudieran estar interesados en la respuesta.

 »La segunda, que la forma como la administración actúa de manera vinculante para sí misma y para la Generalidad de las personas es el reglamento, no sólo a través de la potestad reglamentaria propia del presidente de la República coma sino a través de los demás reglamentos de la administración en el preciso marco de las competencias de cada organismo o entidad, por lo cual los conceptos emitidos no pueden suplir ni menos aún competir con los reglamentos.

»La tercera, que los conceptos no pueden interpretar la ley en el sentido de darle un alcance o proferir un sentido frente a otro posible, se limitan a explicar las competencias a cargo de la entidad y la forma de ejercerlas, con el fin de orientar a los particulares en el cumplimiento de sus deberes o el ejercicio de sus derechos». ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p.59. [↑](#footnote-ref-3)
4. «Artículo 100: Asimilación a sociedades comerciales - legislación mercantil. Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles serán civiles.

»Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil». [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 1450 de 2011. «Artículo 43. Definiciones de tamaño empresarial. El artículo 2° de la Ley 590 de 2000, quedará así:

»"Artículo 2°. Definiciones de tamaño empresarial. Para todos los efectos, se entiende por empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, en el área rural o urbana. Para la clasificación por tamaño empresarial, entiéndase micro, pequeña, mediana y gran empresa, se podrá utilizar uno o varios de los siguientes criterios:

»1. Número de trabajadores totales.

 »2. Valor de ventas brutas anuales.

 »3. Valor activos totales.

»Para efectos de los beneficios otorgados por el Gobierno nacional a las micro, pequeñas y medianas empresas el criterio determinante será el valor de ventas brutas anuales.

»Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional reglamentará los rangos que aplicarán para los tres criterios e incluirá especificidades sectoriales en los casos que considere necesario.

»Parágrafo 2°. Las definiciones contenidas en el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 continuarán vigentes hasta tanto entren a regir las normas reglamentarias que profiera el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el presente artículo"». [↑](#footnote-ref-5)
6. BARRERO BUITRAGO, Álvaro. Manual para el establecimiento de sociedades (4ta. ed.). Editorial Librería del Profesional. Bogotá. 2006. p. 21. Allí se lee, en relación con el requisito que deben cumplir las sociedades comerciales sobre el ánimo de lucro, lo siguiente: «esta característica viene a diferenciar a la sociedad mercantil de cualquier otra forma asociativa, pues para el comerciante la utilidad es primordial en sus actividades, no ocurriendo lo mismo para otras personas, donde el fin primordial no es obtener ganancias, como en el caso de las sociedades cooperativas». [↑](#footnote-ref-6)
7. TORRENTE BAYONA, César y BUSTAMANTE, Luis Eduardo. Las entidades sin ánimo de lucro (3ª Ed.). Editado por la Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá. 2000, p. 33. Allí se lee: «Las entidades sin ánimo de lucro son personas jurídicas, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente, con sujeción a las disposiciones legales y a sus propios estatutos. Nacen por voluntad de los asociados en virtud del derecho constitucional de asociación, o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la realización de fines altruistas o de beneficio comunitario; de lo que se infiere que no contemplan dentro de su objeto principal el desarrollo de actividades mercantiles.

»La ausencia de lucro es una de sus características fundamentales, lo cual significa que no existe el reparto de utilidades o remanentes generados en el desarrollo de sus objetivos, ni es viable el reembolso de los bienes o dineros aportados a la entidad […]». [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional. Sentencia C-287 de 2012. M.P. María Victoria Calle. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Providencia del 26 de octubre de 2009. Exp. No. 25000-23-27-000-2007-00160-01(17200). M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. [↑](#footnote-ref-9)
10. 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-10)
11. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 178 de 29 de abril de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente No. D-974. [↑](#footnote-ref-11)
12. «Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes». [↑](#footnote-ref-12)
13. Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes:

[…]

»No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.[…]». [↑](#footnote-ref-13)
14. «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.

»Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

»En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

»a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;

»b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;

»c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;

»d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;

»e) La duración de la asociación y las causales de disolución». [↑](#footnote-ref-14)
15. CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón. Los convenios de la administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual. Bogotá: Temis, 2020. p. 232. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 5 de febrero de 2015, expediente 76001-2331-000-2008-01176-01. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. [↑](#footnote-ref-17)
18. Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz. [↑](#footnote-ref-18)
19. Corte Constitucional. Sentencia C- 949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-19)
20. Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-20)
21. Corte Constitucional. Sentencia C- 230 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-21)
22. «ARTICULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, *las empresas oficiales de servicios públicos* y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

»Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

»PARAGRAFO 1o. De conformidad con el inciso segundo del artículo [210](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr006.html#210) de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

»PARAGRAFO 2o. Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

»PARAGRAFO 3o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993». [↑](#footnote-ref-22)
23. «Artículo 10. Tratamiento para las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales. Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares». [↑](#footnote-ref-23)
24. «Artículo 24. Del régimen contractual de las Corporaciones Autónomas Regionales. La contratación de las Corporaciones Autónomas Regionales incluida la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, se someterá al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen». [↑](#footnote-ref-24)
25. «**Artículo 38.-**Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional**.**La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, esta integrada por los siguientes organismos y entidades:

[…]

»2. Del Sector descentralizado por servicios:

[…]

»g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público […]». [↑](#footnote-ref-25)
26. «Articulo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, *las empresas oficiales de servicios públicos* y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

»Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.»Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

»Paragrafo 1o. De conformidad con el inciso segundo del artículo [210](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr006.html#210) de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

»Paragrafo 2o. Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

»Paragrafo 3o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993». [↑](#footnote-ref-26)
27. 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-27)
28. Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente–. Concepto C-762 del 6 de enero de 2021. Radicado No. RS20210106000041. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-29)
30. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar». [↑](#footnote-ref-30)
31. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *“obligacional”* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto». [↑](#footnote-ref-31)
32. [Referencia propia de la cita] «La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *“contratos interadministrativos”* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93». [↑](#footnote-ref-32)
33. En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: «La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)». (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. M.P. Álvaro Namén Vargas). [↑](#footnote-ref-33)
34. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Decreto 092 de 2017, que en su desarrollo hace referencia tanto a los «contratos» como a los «convenios». [↑](#footnote-ref-34)
35. A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos». (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos). [↑](#footnote-ref-35)
36. 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-36)
37. «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-37)
38. 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-38)
39. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-39)
40. «[…] dado que el Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación, las ESAL pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». (AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>). [↑](#footnote-ref-40)
41. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-41)
42. 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-42)
43. Consejo de Estado. Sala Plena. Auto del 15 de marzo de 2022. Consejera Ponente: Rocío Araujo Oñate. Expediente: 62.003. En esta decisión, en efecto, se decidió: «REVOCAR los numerales primero y tercero de la parte resolutiva del auto proferido el 6 de agosto de 2019, que suspendieron de manera provisional los efectos del inciso segundo del artículo 1 y del inciso segundo del artículo 3 del Decreto 92 de 2017, respectivamente, y en su lugar NEGAR la medida cautelar», y «CONFIRMAR LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los literales a) y c) del artículo segundo y el inciso quinto de la misma norma, así como del inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, por las razones expuestas». [↑](#footnote-ref-43)
44. En armonía con lo anterior, las siguientes son las conclusiones que dedujo esta Agencia en relación con los *contratos de colaboración*, tal como se expresa, por ejemplo, en el concepto C-529 del 11 de agosto de 2020: «En este orden de ideas, la contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 092 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, deben 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 se 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». [↑](#footnote-ref-44)
45. 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-45)