



**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance**

Los contratos de colaboración tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. […]

**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».

**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.

Bogotá D.C., 07 de Diciembre de 2022

Señora

# Verónica De Vivero Acevedo

Ciudad

# Concepto C ‒ 853 de 2022

**Temas:** CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance – CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Definición ENTIDADES SIN

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

**Radicación:** Respuesta a consulta P20221025010769

Estimada señora De Vivero:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 25 de octubre del 2022.

# 1. Problema planteado

Usted realiza la siguiente pregunta:

«¿En los procesos de contratación por selección objetiva fundamentados en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 le es exigible a las ESALES la presentación del RUP?, Y si los indicadores financieros pueden ser tenidos en cuenta en dichos procesos de selección objetiva

»Ello atendiendo a que el artículo 10 del Decreto 092 establece la prohibición de exigir RUP a las ESALES»(SIC).



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **1** de **19** |





**2.Consideraciones.**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, con fundamento en el Decreto autónomo 092 de 2017, 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-364 de 26 de julio de 2021, C-379 de 20 de julio de 2021, C- 537 del 27 de septiembre de 2021, C-579 del 9 de noviembre de

2021 y C-021 del 22 de febrero de 2022.

Adicionalmente, esta entidad se pronunció respecto de la suspensión provisional de algunos contenidos del Decreto 092 de 2017, en el concepto No. 2201913000006512 del 3 de septiembre de 2019, cuyas consideraciones se reiteraron, entre otros, en los conceptos Nos. 2201913000006681 y 4201913000005551 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000006843 del 16 de septiembre de 2019,

2201913000009198 del 12 de diciembre de 2019, 2201913000009567 del 24 de diciembre de 2019, 2202013000001579 del 4 de marzo de 2020. Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

# Diferencias entre los contratos del artículo 355 de la Constitución Política y los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo1. Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 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

1 Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado No. 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, con radicado No. 4201913000008240.



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **2** de **19** |





jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad2.

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; 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 *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén 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 ésta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar este 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. Solo cuando se reúnan estas condiciones es procedente celebrar contratos del artículo 355 de la Constitución Política; de lo contrario, se aplicarán las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocie con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley»3. En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a

2 Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que «Art. 96. 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».

3 Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512.



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **3** de **19** |





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 convenio4. El convenio de asociación no es conmutativo, y por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes5.

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

Sin embargo, debe señalarse que el 30% señalado en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, que debe aportar la ESAL a efectos de poder celebrar el convenio sin acudir a un proceso competitivo, debe calcularse respecto del monto total de los recursos *en dinero* requeridos para la ejecución proyecto, el cual corresponderá al valor por el que se celebrará el *convenio de asociación*. En ese sentido, si, por ejemplo, para desarrollar un proyecto conjunto con una ESAL se requiere un total de $100.000.000, para poder celebrar el convenio de asociación sin proceso competitivo, la entidad estatal deberá asociarse con una ESAL dispuesta a aportar por lo menos una suma de $30.000.000, equivalente al 30% del que sería el valor del eventual convenio. De esta manera, los eventuales aportes en especie no podrán tenerse en cuenta para calcular el referido porcentaje, el cual debe ser en dinero.

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio6. Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con

4 Decreto 092 de 2017: «Artículo 5. *Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales.* Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la Ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.

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

»[…]».

5 Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 2201913000008611.

6 El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente explica que: «El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación».



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **4** de **19** |





los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, las ESAL, aporte al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente.

Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse.

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 ello, la entidad puede tomar la decisión de acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

Ahora bien, para la celebración de *contratos del artículo 355 de la Constitución*, cuando en la fase de planeación se determine que el programa a adelantarse es ofertado por más de una ESAL, las entidades estatales deberán adelantar procedimientos de contratación en los que se garanticen las tres fases definidas en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, así como los componentes de las mismas. Estas fases son: (i) *convocatoria*, que corresponde a la «definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas»; (ii) *plazo*, es decir, la «definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad», y (iii) *evaluación*, que implica la «evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto».

De otro lado, en cuanto a *convenios de asociación*, las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso,



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **5** de **19** |





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, por lo que este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

Es importante aclarar que los negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017 «[…] son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el estatuto de contratación y[, como tal,] no hacen parte del sistema de compra pública. […] De acuerdo con lo anterior, si la entidad estatal adquiere o se abastece de un bien, obra o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una [ESAL], debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el Decreto 092 de 2017»7. Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado8:

Como ya se indicó, el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. Aquellos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1.993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos, en especial los de escogencia del contratista.

Cuando el artículo 355 autoriza a las entidades estatales a celebrar contratos para «impulsar» programas y actividades de interés público, se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de éste el deber constitucional es no sólo impulsarlos sino cumplirlos, conforme las disposiciones contractuales vigentes, como sería por ejemplo, contratos de prestación de servicios o de obra pública.

De acuerdo con lo anterior, no todas las actividades que las entidades estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos del artículo 355 superior o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 092 de 2017 no es únicamente el carácter de las ESAL sino el objeto del contrato o convenio que la entidad pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una entidad sin ánimo de lucro no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-287 del 18 de abril de 2012, en la que sostuvo lo siguiente:

Las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro han sido definas por la doctrina como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos que vinculan un capital

7 Cfr. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047.

8 Concepto del 24 de febrero de 2005, con radicado No. 1626, C.P. Dra. Gloria Duque Hernández



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **6** de **19** |





a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo, de manera que tienen como finalidad propia la satisfacción de intereses públicos y sociales.

*Sin embargo, el hecho que no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado*. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación. (Cursivas propias)

Lo anterior se justifica en que la principal característica de las ESAL es la ausencia de lucro, es decir, las ganancias o beneficios económicos no están destinados a repartirse en favor de los miembros ni de terceros, sino que permanecen dentro de la entidad incrementando su patrimonio. Con todo, las ESAL pueden participar en igualdad de condiciones en procesos de contratación regidos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en los documentos del proceso. De esta manera, ni los contratos del artículo 355 de la Constitución Política ni los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 generan utilidades para la ESAL, pues en dicho caso se trataría de un contrato en el que se debe remunerar al contratista por los servicios prestados, el cual, por eso mismo, tiene un régimen legal distinto.

# Suspensión provisional de algunas normas del Decreto 092 de 2017

La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Auto del 6 de agosto de 2019 con radicado No. 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62.003)9, estudió la solicitud de suspensión provisional del inciso 2 del artículo 1, literales a y c del artículo 2, inciso 5 del artículo 2, inciso 2 del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 092 de 201710. Ahora bien, cabe precisar, previamente, que las decisiones adoptadas en el auto indicado fueron mantenidas en su mayoría en el reciente auto del 15 de marzo de 2022, de la Sala Plena del Consejo de Estado11, mediante el cual se resuelve el recurso de súplica frente al anterior auto que, como se explicará, suspendió provisionalmente varios apartes del Decreto 092 de 2017. En este sentido, en el último auto se levantó la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 1 y del inciso segundo del artículo 3, manteniendo en lo demás la suspensión provisional, como se precisará a continuación.

9 Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

10 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.

11 CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Auto del 15 de marzo de 2022. Exp. 11001-03-26-000-2018-00113-01 (62.003). C.P. Rocío Araújo Oñate.



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **7** de **19** |





La *primera* norma que estudió el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019 fue el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 092 de 2017, el cual establece que la interpretación de las expresiones que se encuentran en mayúsculas en el Decreto 092 de 2017 se harían de conformidad con la guía que expida por la Agencia Nacional de Contratación Pública12. Señaló que esta disposición, así como el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 201713, excedían la potestad reglamentaria, que estaba exclusivamente asignada al Presidente de la República, toda vez que la esencia de la facultad reglamentaria es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable, y el Presidente no la podía delegar en una entidad como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que a través de una guía reglamentara los vacíos de un Decreto. Al respecto señaló:

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

En virtud de este análisis, el Consejo de Estado, en el auto del 6 de agosto de 2019 suspendió provisionalmente el inciso 2 del artículo primero y el inciso 2 del artículo 3, lo que significaba que los contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro no tenían que aplicar la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente.

Sin embargo, mediante el auto del 15 de marzo de 2022 de la Sala Plena del Consejo de Estado, al que se hizo referencia en inicio de este acápite, se ordenó levantar la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 1 y del inciso segundo del artículo 3, al considerar la Alta Corporación que:

28. Contrario a la conclusión a la que se arribó en el auto suplicado, la Sala observa que de la simple confrontación de la norma no se advierte, prima facie, que lo ordenado en el inciso segundo del artículo 1, así como en el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017,

12 Decreto 092 de 2017, artículo 1, inciso 2: «Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del presente decreto».

13 Decreto 092 de 2017, artículo 3, inciso 2: «La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para el efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de trasparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés».



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **8** de **19** |





conlleve, per se, la delegación de la facultad reglamentaria directa de la Constitución, atribuida al Gobierno nacional en el artículo 355 superior.

En armonía con lo anterior, en relación con el inciso segundo del artículo primero del Decreto 092 de 2017, que establece que las expresiones utilizadas en el decreto con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública

– Colombia Compra Eficiente, el Consejo de Estado consideró procedente levantar la suspensión provisional, al considerar que:

35. En esa medida determinó el Gobierno nacional que para la interpretación del decreto que nos ocupa, las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– para su correspondiente aplicación, lo que implica una orientación tendiente a propiciar una integración normativa con definiciones que ya existen en el ordenamiento jurídico y que fundamentará la interpretación de dichas expresiones. En este orden de ideas, no existe habilitación a Colombia Compra Eficiente para crear definiciones normativas de estas expresiones, sino que de las que ya cuenta el ordenamiento jurídico realiza la guía. Por ello, no hay delegación de la competencia para crear el decreto constitucional que le compete al Gobierno nacional.

Además, en relación con el inciso segundo del artículo 3, que establece que la entidad estatal debe definir en los documentos del proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro, para lo que deberá tener en consideración los criterios establecidos en la guía que expida por Colombia Compra Eficiente, el Consejo de Estado también resolvió levantar la suspensión provisional, al considerar que el análisis sobre su validez se debe reservar para el momento en que se profiera la sentencia respectiva, pues, a su juicio, no resulta evidente que se haya delegado indebidamente el ejercicio de la potestad reglamentaria14.

Ahora bien, cabe precisar que mediante auto del 15 de marzo de 2022 la Sala Plena del Consejo de Estado únicamente levantó la suspensión provisional de las normas desarrolladas hasta este lugar, por lo que, en lo demás, se confirmó la decisión de suspensión provisional de los demás apartes del Decreto 019 de 2017 dictada en el auto del 6 de agosto de 2019, como se procede a explicar.

14 En el auto del 15 de marzo de 2022 se señalaron los siguientes argumentos para levantar la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017: «43. En suma, lo que advierte la Sala es que para establecer si el Gobierno nacional delegó indebidamente el ejercicio de la potestad reglamentaria directa de la Constitución, es necesario realizar un estudio de fondo, que es propio de la sentencia, pues de la literalidad de las normas confrontadas no surge que la expedición de la guía, con el alcance orientador y de interpretación señalado en las disposiciones demandadas, corresponda al ejercicio incompleto y trasladado de esa potestad, como lo razona el demandante, o si se trata de la asignación de una función o tarea, dentro de la amplia esfera de configuración normativa que confieren los reglamentos constitucionales autónomos, como lo entiende el Departamento Nacional de Planeación.

»44. Así pues, al no evidenciarse ab initio la infracción constitucional aducida en los términos del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, no existe fundamento jurídico para suspender provisionalmente los efectos del inciso segundo del artículo 1 y del inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017. En consecuencia, la Sala revocará dicha medida cautelar y la negará en relación con esas disposiciones». (CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Auto del 15 de marzo de 2022. Exp. 11001-03-26-000-2018-00113-01 (62.003).

C.P. Rocío Araújo Oñate).



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **9** de **19** |





La *segunda* norma que analizó el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019, fue el literal a), del artículo 2, del Decreto 092, que establece que únicamente se podrá contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro cuando el objeto corresponda directamente con los planes de desarrollo y busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana15. En relación con esta norma, encontró que el literal a) del artículo 2 establece dos condiciones contrarias al artículo 355 de la Constitución Política: primero, que el objeto tenga que estar «directamente» en los planes de desarrollo –nacional o territorial– cuando la norma constitucional establece que el objeto debe ser «acorde» con el plan nacional o seccional de desarrollo, lo que implica que el objeto del contrato no debe estar explícitamente en el plan de desarrollo sino que se encuentre en armonía con este. En relación con lo anterior, el auto del Consejo de Estado explica que:

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

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

Una limitación del anterior calado implica, sin duda, establecer una condición no prevista en la norma constitucional reglamentada. Esta última solo establece una restricción y es que la

«causa» del contrato tenga como finalidad «… impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo», mientras que, por su parte, la norma acusada limita la celebración de tales contratos a que tengan como objeto la promoción de las actividades

15 Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: «a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previsto en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana».



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **10** de **19** |





enunciadas anteriormente [letra a, art. 2 ibidem]. Si la norma constitucional restringe sólo la causa o la finalidad del contrato, quiere decir ello que, independientemente de su objeto, puede celebrarse en cualquier modalidad, siempre y cuando –claro está– su causa sea

«acorde» con los planes de desarrollo, que es, en últimas, el propósito de la norma constitucional.

Así las cosas, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el literal a), por lo cual el objeto de los contratos debe ser acorde con los planes nacionales o seccionales de desarrollo; y no necesariamente estar previstos directamente en ellos. Por lo demás, no solo se pueden celebrar contratos para los objetos específicos señalados en el Decreto 092 de 2017.

El Consejo de Estado, en el auto del 6 de agosto de 2019, en *tercer* lugar, examinó el literal c) y el inciso 5 del artículo 2 del Decreto16, señalando que contraría la norma constitucional al condicionar que los contratos solo se pueden celebrar cuando no exista oferta en el mercado, sometiendo su celebración a que, de existir oferta, la contratación con las entidades sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo, toda vez que se desconocería la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro que implica que ellas no participan en el mercado de bienes y servicios de la misma forma que las demás sociedades. En este sentido, el Consejo de Estado manifestó:

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

Por tanto, suspendió provisionalmente el literal c) y el inciso 5º del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, razón por la cual los procesos de contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro no quedan condicionados a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios, ni a que la ESAL garantice la mejor oferta y la optimización de los recursos públicos. Lo anterior, en la medida que estas condiciones son propias de la contratación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no del régimen jurídico especial que establece el artículo 355 de la Constitución Política.

16 Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: «Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos».



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **11** de **19** |





La *cuarta* norma que estudió el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019 fue el inciso final del artículo 4 del Decreto 092 de 2017, el cual hace referencia a la posibilidad de contratar directamente cuando el objeto del contrato esté relacionado con actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que únicamente pueden ejecutar determinadas personas jurídicas o naturales17. Para la Sala, esta norma vulnera el principio de igualdad, por establecer un privilegio para determinadas personas jurídicas o naturales que ejecutaran únicamente las actividades allí previstas, contratándolas sin realizar un proceso competitivo. El Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

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

Por consiguiente, suspendió provisionalmente el inciso final del artículo 4 por violar el principio de igualdad, de manera que la contratación de actividades y programas de interés público debe realizarse a través de un proceso competitivo para escoger a la entidad sin ánimo de lucro. En estos procesos, entonces, se debe acudir a los criterios aplicables a los otros negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017, particularmente las exigencias del artículo 2 *ibidem*. Incluso, habría que tener en cuenta las exigencias del inciso 2 del artículo 4 *íbídem*, siempre que se configuren los supuestos de aplicación de dicha normativa, esto es, siempre que exista más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad.

Por último, en *quinto* lugar, el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019 analizó la solicitud de suspensión del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, que reglamenta los convenios de asociación que prevé el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Concluyó que el análisis de esta norma debe realizarse a profundidad para establecer si efectivamente existe una contradicción normativa que implique que se afectó la competencia del legislador, en consecuencia negó la solicitud de suspensión provisional, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia.

17 Decreto 092 de 2017, artículo 4: «(…) Las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos».



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **12** de **19** |





De lo anterior se desprende que 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, deberán contratar con ESAL de reconocida idoneidad, como ya se dijo, realizando un proceso competitivo, y teniendo en cuenta lo siguiente: i) no debe condicionarse el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco debe condicionarse 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 puede condicionarse 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 debe establecer 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.

# Naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro – ESAL: capacidad para contratar en procesos de selección establecidos en el EGCAP

En Colombia, la empresa se forma a través de un 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 Comercio18.

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 comercial19. 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

18 «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».

19 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».



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **13** de **19** |





contribuir con su esfuerzo, y hasta con sus bienes, a ayudar a la comunidad20. 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 socios21. 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

20 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 […]».

21 Corte Constitucional. Sentencia C-287 de 2012. M.P. María Victoria Calle.



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **14** de **19** |





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 social22. 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»23. 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 equivocó 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 jurídicas24. 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 vigentes25

22 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.

23 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>.

24 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 178 de 29 de abril de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente No. D-974.

25 «Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes».



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **15** de **19** |



, 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 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 200726 –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 acuerdo con lo señalado en el artículo 10 *Ibidem*.

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

[…]

26 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.

[…].



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **16** de **19** |





conclusión se debe llegar respecto de los demás requisitos que se establezcan en cada proceso de selección.

Ahora, teniendo en cuenta el objeto de su petición, en relación con los «indicadores financieros» cabe indicar que, si una ESAL se inscribe en el RUP para participar en los procesos de la Ley 80 de 1993, se verá obligada a acreditar esos indicadores financieros mediante la información contenida en el Registro Único de Proponentes. No obstante, se aclara que, en los procesos regulados por el Decreto 092 de 2017 no es posible valorar «indicadores financieros», teniendo en cuenta la exclusión del RUP y la diferencia de estos indicadores con los cuales se mide la idoneidad de la ESAL, previstos en el artículo 4 *ibídem.*

En ese sentido, 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.

# 3.Respuesta

«¿En los procesos de contratación por selección objetiva fundamentados en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 le es exigible a las ESALES la presentación del RUP?, Y si los indicadores financieros pueden ser tenidos en cuenta en dichos procesos de selección objetiva

»Ello atendiendo a que el artículo 10 del Decreto 092 establece la prohibición de exigir RUP a las ESALES»(SIC).

De conformidad con lo expuesto, se puede concluir que, la noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en el Decreto 092 de 2017, 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 ello, la entidad puede tomar la decisión de acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017. Por lo tanto, las ESAL pueden participar en igualdad de condiciones en procesos de contratación regidos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en los documentos del proceso.



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **17** de **19** |



De igual forma, 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 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 200727 –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 acuerdo con lo señalado en el artículo 10 *Ibidem*.

En relación con los «indicadores financieros» cabe indicar que, si una ESAL se inscribe en el RUP para participar en los procesos de la Ley 80 de 1993, se verá obligada a acreditar esos indicadores financieros mediante la información contenida en el Registro Único de Proponentes. No obstante, se aclara que, en los procesos regulados por el Decreto 092 de 2017 no es posible valorar «indicadores financieros», teniendo en cuenta la exclusión del RUP y la diferencia de estos indicadores con los cuales se mide la idoneidad de la ESAL.

Es decir que, 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.

[…]

27 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.

[…].



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **18** de **19** |





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

Atentamente,



Elaboró: María Claudia de la Ossa Bobadilla

 Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Melissa Fernández Reinoso

 Analista 2-T2 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio

 Subdirectora de Gestión Contractual



|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Versión: | 02 | Código: | **CCE-PQRSD-FM-08** | Fecha: | 28 de septiembre de 2022 | Página **19** de **19** |