**CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – 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.

**ESTATUTO GENERAL CONTRATACIÓN – Aplicación – Entidades Descentralizadas Indirectas con participación pública minoritaria**

En todo caso debe aclararse que, el hecho de que las entidades descentralizadas indirectas 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 como quiera 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 artículos 38, literal g) y 68 de la Ley 489 de 1998, 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.

[…] De conformidad con lo expuesto, 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 estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública 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.

También, 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 – Contratación con ESAL**

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con entidades privadas sin ánimo de lucro. 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 primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 ibidem. Es posible diferenciar, pues, los convenios de asociación, regulados en el artículo 5, de los contratos de colaboración, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

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. 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.

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». En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. El convenio de asociación no es conmutativo, por lo que la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes.

Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben asegurarse de que no haya otras entidades sin ánimo de lucro 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 entidad sin ánimo de lucro le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse.

[…] el Decreto 092 de 2017 solo hace referencia a entidades sin ánimo de lucro de naturaleza privada, algo que es palpable en los considerandos y articulado que conforman el mencionado reglamento autónomo. De esta manera, tanto el artículo 2 que regula los convenios de organización, como el 5 referente a convenios de asociación, se alude exclusivamente a «entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad».

Tal referencia excluyente a entidades privadas sin ánimo de lucro implica que el Decreto 092 de 2017 no contempló la posibilidad de que se celebren convenios de asociación o contratos de colaboración con entidades sin ánimo de lucro conformadas en virtud de lo dispuesto en los artículo 95 y 96 de Ley 489 de 1993, en la medida en que los socios y aportes que concurren a la conformación de estas asociaciones no permiten calificarlas como entidades privadas sin ánimo de lucro, independientemente de que no tengan fines lucrativos o de que estén sometidas a un régimen de derecho privado.

Bogotá D.C. 28 de noviembre de 2022



Señora

**Karen Adriana Duarte Mayorga**

Bogotá, D.C.

**Concepto C-727 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Noción – Criterio orgánico – Modalidad de selección / ESTATUTO GENERAL CONTRATACIÓN – Aplicación – Entidades Descentralizadas Indirectas con participación pública minoritaria / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Contratación con ESAL |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220921009489 |

Estimada señora Karen:

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 19 de septiembre de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta:

«[…] ¿Es jurídicamente viable la suscripción de un “convenio interadministrativo” entre entidades públicas y personas jurídicas sin ánimo de lucro que estén conformadas por entidades del estado y particulares?

¿Es jurídicamente viable que una persona jurídica sin ánimo de lucro conformada por entidades del estado y particulares, sin tener en cuenta el porcentaje de participación en dicha sociedad del capital público y el privado, se asimile en materia de contratación a una entidad pública?

¿Es jurídicamente viable que una persona jurídica sin ánimo de lucro conformada por entidades del estado y particulares, con porcentaje de participación de capital público inferior al 50%, del capital total de dicha persona jurídica, suscriba un convenio bajo la denominación de “convenio interadministrativo” con una entidad pública?

¿Es jurídicamente viable la suscripción de un convenio de asociación reglado por el Decreto 92 de 2017 entre entidades públicas y personas jurídicas sin ánimo de lucro que estén conformadas por entidades del estado y particulares?».

1. **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 concretos de todos los partícipes de la contratación estatal ni para asesorar procesos de contratación.

 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. 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.

 Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, desarrollando los siguientes temas: i) el criterio orgánico como elemento determinante de la contratación interadministrativa; ii) las entidades sin ánimo de lucro creadas a partir de la voluntad asociativa de entidades públicas. Naturaleza jurídica y régimen de contractual; y iii) contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estudió las figuras del contrato y el convenio interadministrativo, entre otros, en los conceptos: 4201913000004536 del 27 de julio de 2019, C−023 del 3 de febrero de 2020, C−702 del 11 de diciembre de 2020, C−097 de 23 de marzo de 2021, C−350 del 16 de julio de 2021, C−355 del 27 de julio de 2021, C−012 del 18 de febrero de 2022, C−387 del 15 de junio de 2022 y C−562 del 7 de septiembre de 2022. Así mismo, la Agencia se refirió al régimen de contratación de las entidades descentralizadas indirectas en el concepto C-486 del 13 de septiembre de 2021 y C−562 del 7 de septiembre de 2022. Adicionalmente, la Agencia se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, 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, C-021 del 22 de febrero de 2022 y C-624 del 28 de septiembre de 2022. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

**2.1. El criterio orgánico como elemento determinante de la contratación interadministrativa**

Los procedimientos contractuales mediante los cuales las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general se rigen por la normativa de contratación pública ―Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015―, que contiene los principios, reglas y procedimientos que regulan los contratos de las entidades estatales. Específicamente, el Estatuto General de Contratación de la Contratación Pública ―Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y normas complementarias― se aplica a las entidades estatales relacionadas en el artículo 2[[1]](#footnote-2), con lo cual se puede determinar quiénes deben cumplir los principios y obligaciones señalados en las normas citadas.

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[[2]](#footnote-3). 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. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[3]](#footnote-4).

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.

El literal c) del artículo 2-4 de la Ley 1150 de 2007, al referirse a la contratación interadministrativa establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del negocio jurídico tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes[[4]](#footnote-5). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo, lo que permite deducir que, si bien el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece como regla general la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, ello no quiere decir que esto sea lo que determine la carácter de interadministrativo de un contrato.

En ese orden, 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.

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[[5]](#footnote-6).

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 […]»[[6]](#footnote-7).

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[[7]](#footnote-8) 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[[8]](#footnote-9) 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[[9]](#footnote-10)[[10]](#footnote-11).

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[[11]](#footnote-12). 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[[12]](#footnote-13).

 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.

 En conclusión, 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.

**2.2. Las entidades sin ánimo de lucro creadas a partir de la voluntad asociativa de entidades públicas. Naturaleza jurídica y régimen de contractual.**

El ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra en gran medida determinado por lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Dicha norma, consta de tres numerales a través de los cuales se encarga de establecer lo que se entiende por entidades estatales, servidores públicos y servicios, en el contexto del referido cuerpo normativo. Al respecto, resulta particularmente relevante lo dispuesto en el literal a) del numeral 1, el cual reza lo siguiente:

**Artículo 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos.** Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

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]

 Conforme se aprecia, esta norma hace alusión a una serie de personas jurídicas públicas ubicadas en distintos órdenes y niveles de la Administración Pública, a efectos de predicar respecto a estas la calidad de entidades estatales. Dicha calidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 80 de 1993, en principio, implica que el régimen contractual aplicable a los sujetos referidos en la norma sea el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[13]](#footnote-14).

 De acuerdo con lo anterior, resulta claro que entidades como la Nación, los departamentos, municipios, establecimientos públicos y asociaciones de municipios, obedecen a la noción de entidades estatales establecida por el literal a) del artículo 2-1 de la Ley 80 de 1993, de lo que se colige que se encuentran regidas por régimen de contratación pública. En principio, lo mismo podría predicarse de entidades como las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al cincuenta por ciento (50%), las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista una participación pública mayoritaria.

 No obstante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 80 de 1993, la aplicabilidad del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a las empresas industriales comerciales del Estado, sociedades de economía mixta y entidades descentralizadas indirectas también está determinada por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Dicho precepto exceptúa a las referidas entidades de la aplicación del régimen contractual público en consideración a un criterio relativo al desarrollo de actividades comerciales en competencia con el sector privado o en mercados regulados. El texto de la norma es el siguiente:

Artículo 14. Modificado por la Ley 1474 de 2011, artículo 93. 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%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, *con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley.* Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes. [Énfasis fuera de texto]

 En esta medida, 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%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan. En contraste, el régimen contractual de los mencionados tipos de entidades cuando se encuentren en competencia o en mercados regulados es el propio de tales actividades, esto es, por regla general, el derecho privado. De acuerdo con la jurisprudencia, la exclusión de estas últimas del Estatuto General de Contratación se justifica en el principio de igualdad, ya que, si el Estado desarrolla actividades de los particulares, debe actuar no solo desprovisto de poderes exorbitantes sino también con la misma eficacia y eficiencia que los sujetos de derecho privado[[14]](#footnote-15).

 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[[15]](#footnote-16), 14 y 24[[16]](#footnote-17) de la Ley 1150 de 2007.

En cuanto a las entidades descentralizadas indirectas debe señalarse que, en virtud de la referencia genérica realizada a la misma por el literal a) del artículo 2-1 de la Ley 80 de 1993, es posible afirmar que son definidas como entidades estatales, por lo que se encuentran sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, conforme se desprende del texto del señalado literal, la calidad de entidad estatal en los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, solo aplica a las entidades descentralizadas indirectas en las que el estado tenga una participación mayoritaria. En ese sentido, las entidades descentralizadas indirectas en las que el Estado tenga una participación minoritaria no constituyen entidades estatales de conformidad con lo establecido en el artículo 2-1 de la Ley 80 de 1993, por lo que su contratación no está regida por dicho cuerpo normativo.

En todo caso, debe destacarse que, aunque el literal a) del artículo 2-1 de la Ley 80 de 1993 se refiera de manera expresa a las entidades descentralizadas indirectas, dicha categoría es aplicable a personas jurídicas de distinta naturaleza y régimen jurídico, creadas con la anuencia de entidades públicas. Contrario a lo que sucede con las entidades descentralizadas directas o de primer grado, las cuales son creadas por la ley, las entidades descentralizadas indirectas surgen como producto de la voluntad asociativa de entidades estatales, conocidas como entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado.

Con relación a la distinción entre entidades descentralizadas directas e indirectas, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha manifestado que: «Son entidades descentralizadas directas aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo; en tanto que las descentralizadas indirectas son las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal»[[17]](#footnote-18). En el mismo sentido, la doctrina nacional ha señalado que, entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado es el nombre que se ha dado en las personas jurídicas que nacen no de la ley, sino de la voluntad asociativa de los entes públicos[[18]](#footnote-19). Al respecto, el parágrafo del artículo 49 *ibídem* se refiere a las entidades descentralizadas indirectas, las filiales de empresas y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, señalando que su constitución debe realizarse con sujeción a lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, con la autorización del gobierno nacional, de tratarse de entidades de ese orden, o del gobernador o alcalde, tratándose de entidades del orden departamental o municipal.

La Ley 489 de 1998 en su artículo 94 regula la creación de sociedades como producto de la asociación entre empresas industriales y comerciales del Estado, así como entre estas y otras empresas de la misma naturaleza, otras entidades descentralizadas y/o entidades territoriales, estableciendo en su primer inciso que las sociedades que surjan de estas asociaciones se rigen por lo establecido en sus actos de creación y las disposiciones del Código de Comercio, con excepción de lo expresamente regulado en la disposición en comento. Esto es concordante con dispuesto en el numeral 4 del artículo 94, en el que se indica que: «El funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria». Adicionalmente, el numeral 5, se refiere al régimen especial de las filiales de empresas y comerciales del Estado creadas con participación de particulares, al consagrar que: «Las empresas filiales en las cuales participen particulares se sujetarán a las disposiciones previstas en esta ley para las sociedades de economía mixta».

Por su parte, el artículo 95 establece la posibilidad de crear personas jurídicas sin ánimo de lucro a partir de la asociación exclusiva entre entidades públicas, la cuales estarán sujetas a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las demás normas aplicables a las entidades sin ánimo de lucro. Así mismo, el artículo 96 regula posibilidad de que las entidades públicas se asocien con particulares para dar origen a personas jurídicas sin ánimo de lucro, 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. Según se desprende del texto de la norma, la constitución de personas jurídicas entre entidades públicas y personas jurídicas particulares se encuentra limitada al desarrollo de actividades de interés público, que se enmarquen en aquellas propias de la naturaleza de las asociaciones civiles de utilidad común.

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[[19]](#footnote-20) [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, 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.

En todo caso, debe precisarse 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%. Esto se fundamenta en el alcance explicado del 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. Esto significa que, estas entidades podrán estar sujetas a cambios en su régimen de contratación cuando se produzcan variaciones del aporte estatal, sin importar el tiempo en que se presenten.

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. Así pues, las personas jurídicas sin ánimo de lucro creadas de conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, al constituir entidades descentralizadas indirectas, son susceptibles de ser consideradas entidades estatales en los términos del artículo 2-1 literal a) de la Ley 80 de 1993, y en consecuencia, estar sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. No obstante, ello solo aplica respecto de aquellas que cuenten con una participación mayoritaria en cabeza de otras entidades públicas, por lo que las entidades descentralizadas indirectas en los que la participación del Estado es minoritaria, no se encontrarían sujetas al régimen de contratación de la Ley 80 de 1993.

En todo caso debe aclararse que, el hecho de que las entidades descentralizadas indirectas 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 entidades estatales. Esto como quiera 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 artículos 38, literal g)[[20]](#footnote-21) y 68 de la Ley 489 de 1998[[21]](#footnote-22), 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.

**2.3.** **Contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017**

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 sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[22]](#footnote-23).

Por otra lado, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998[[23]](#footnote-24) permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad[[24]](#footnote-25).

Parte del desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política se produjo a través del Decreto 092 de 2017, el cual tiene como objeto establecer la forma en que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal deben contratar con entidades sin ánimo de lucro, con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo. En este orden de ideas, es importante resaltar que el factor que determina la aplicación del Decreto 92 de 2017 no es única y exclusivamente el carácter de las entidad privada sin ánimo de lucro sino también el objeto del convenio que la entidad estatal 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, en los términos del referido decreto.

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con entidades privadas sin ánimo de lucro. 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 primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017[[25]](#footnote-26).

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 resulten acordes con 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 4 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 dirigida 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 –EGCAP–. 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 EGCAP.

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»[[26]](#footnote-27). En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio[[27]](#footnote-28). 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 comunes[[28]](#footnote-29).

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse «con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes». Dentro de estos elementos resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las entidades sin ánimo de lucro 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 «valor total del convenio». 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 total del eventual convenio. En este sentido, además de precisarse el monto del 30% que debe aportar la ESAL, se concluye que 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 entidades sin ánimos de lucro pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio[[29]](#footnote-30). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, la entidad sin ánimo de lucro, aporte en dinero al menos el treinta por ciento del valor en dinero del convenio para celebrarlo directamente.

Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben asegurarse de que no haya otras entidades sin ánimo de lucro 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 entidad sin ánimo de lucro 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.

En relación con el objeto de la consulta es preciso advertir que, el Decreto 092 de 2017 solo hace referencia a *entidades sin ánimo de lucro de naturaleza privada*, algo que es palpable en los considerandos y articulado que conforman el mencionado reglamento autónomo. De esta manera, tanto el artículo 2 que regula los convenios de organización, como el 5 referente a convenios de asociación, se alude exclusivamente a «entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad».

Tal referencia excluyente a *entidades privadas sin ánimo de lucro* implica que el Decreto 092 de 2017 no contempló la posibilidad de que se celebren convenios de asociación o contratos de colaboración con entidades sin ánimo de lucro conformadas en virtud de lo dispuesto en los artículo 95 y 96 de Ley 489 de 1993, en la medida en que los socios y aportes que concurren a la conformación de estas asociaciones no permiten calificarlas como entidades privadas sin ánimo de lucro, independientemente de que no tengan fines lucrativos o de que estén sometidas a un régimen de derecho privado.

Con todo, el hecho de que entidades sin ánimo de lucro creadas a partir de la voluntad asociativa de entidades públicas entre sí, o de estas con particulares, no se encuentren cobijadas por la regulación desarrollada por el Decreto 092 de 2017, no significa que no puedan celebrar contratos o convenios con entidades estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal. Esto como quiera que, estas entidades sin ánimo de lucro–a diferencia de las privadas– tienen el carácter hacen parte del Estado en calidad de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, por lo que podrían celebrar convenios o contratos interadministrativos, en los términos permitidos por la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015.

**3. Respuesta**

«[…] ¿Es jurídicamente viable la suscripción de un “convenio interadministrativo” entre entidades públicas y personas jurídicas sin ánimo de lucro que estén conformadas por entidades del estado y particulares?

¿Es jurídicamente viable que una persona jurídica sin ánimo de lucro conformada por entidades del estado y particulares, sin tener en cuenta el porcentaje de participación en dicha sociedad del capital público y el privado, se asimile en materia de contratación a una entidad pública?

¿Es jurídicamente viable que una persona jurídica sin ánimo de lucro conformada por entidades del estado y particulares, con porcentaje de participación de capital público inferior al 50%, del capital total de dicha persona jurídica, suscriba un convenio bajo la denominación de “convenio interadministrativo” con una entidad pública?»

De conformidad con lo expuesto, en atención a lo dispuesto en el artículo 2-1, literal a) de la Ley 80 de 1993 solo son susceptibles de ser considerados entidades estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública 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.

 También 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. Sin perjuicio de ello, le corresponderá a cada entidad estatal definir la conveniencia y viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado convenio o contrato interadministrativo, de acuerdo con lo establecido al respecto en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015.

«¿Es jurídicamente viable la suscripción de un convenio de asociación reglado por el Decreto 92 de 2017 entre entidades públicas y personas jurídicas sin ánimo de lucro que estén conformadas por entidades del estado y particulares?»

Conforme a lo expuesto en los argumentos, el Decreto 092 de 2017 tiene como objeto reglamentar la forma como las entidades estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contratan con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. En tal sentido, 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.

En todo caso, es preciso aclarar que el Decreto 092 de 2017 solo hace referencia a la celebración de los mencionados contratos y convenios por parte de entidades estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal con entidades privadas sin ánimo de lucro, sin hacer alusión expresa a las entidades sin ánimo de lucro creadas a partir de la voluntad asociativa de entidades públicas entre sí, o de estas con particulares. Esto implica que, las asociaciones conformadas en virtud de lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998 no se encuentran incluidas dentro del ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017, por lo que las mismas no podrían celebrar convenios de asociación con sujeción a dicho reglamento autónomo.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Fabiola Herrera Hernández Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Ley 80 de 1993: «Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

»1. Se denominan entidades estatales:

»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.

»b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos». [↑](#footnote-ref-2)
2. 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-3)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-4)
4. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-5)
5. Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente–. Concepto C-762 del 6 de enero de 2021. Radicado No. RS20210106000041. [↑](#footnote-ref-6)
6. 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-7)
7. [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-8)
8. [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-9)
9. [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-10)
10. 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-11)
11. 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-12)
12. 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-13)
13. Ley 80 de 1993: «Artículo 1o. Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales». [↑](#footnote-ref-14)
14. Al respecto, se ha pronunciado el Alto Tribunal de lo contencioso administrativo señalando que: «La razón de ser de la aplicación del régimen de derecho privado a estas entidades radica en la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores.

»Se trata pues, de que sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado.

»Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes». CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004. Exp. 12.342. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-15)
15. «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-16)
16. «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-17)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto 1291 de 2000. [↑](#footnote-ref-18)
18. VIDAL PERDOMO, Jaime y MOLINA BETANCUR, Carlos. Derecho Administrativo. Decimoquinta edición. 2019, Legis Editores. pp. 168-169. [↑](#footnote-ref-19)
19. Corte Constitucional. Sentencia C- 230 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-20)
20. «**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 personeria jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. […]». [↑](#footnote-ref-21)
21. «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)
22. 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. [↑](#footnote-ref-23)
23. «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-24)
24. 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».

 [↑](#footnote-ref-25)
25. 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-26)
26. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-27)
27. 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.[…]». [↑](#footnote-ref-28)
28. 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. [↑](#footnote-ref-29)
29. «[…] 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-30)