**ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO – Naturaleza jurídica – Capacidad para contratar**

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

[…]

[…]es claro que las ESAL tienen capacidad para contratar bajo las reglas del EGCAP al ser personas jurídicas 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 EGCAP, 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 EGCAP, caso en el cual participan con las mismas reglas aplicables a los demás oferentes.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Noción – Autonomía de la entidad – Aspectos que deben verificarse**

[…]los convenios de asociación “[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”. En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado.

[…]

[…]las Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia, la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas. Este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

[…]si se pretende la suscripción de un convenio de asociación con una ESAL para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deberán estas últimas, adicional a aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, verificar si la ESAL es de reconocida idoneidad, es decir, que dicha entidad sea adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y que cuente con la experiencia requerida para ello. Igualmente, según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3 ibidem, el objeto estatutario de la ESAL deberá permitirle el desarrollo del objeto que pretenda contratar la Entidad Estatal, esto, claramente, porque la capacidad para contratar de las personas jurídicas se circunscribe en lo expresado en su objeto social y su forma de creación.



Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]

Señora

**Maria Alexandra Murillo Díaz**

alexacontratacion2018@gmail.com

El Doncello, Caquetá

 **Concepto C-183 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ENTIDADES SIN ÁNIMO DELUCRO – Naturaleza jurídica – Capacidad para contratar / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Noción – Autonomía de la entidad – Aspectos que deben verificarse – Decreto 092 de 2017 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta No. P20230426003691  |

Estimada señora Murillo:

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, y dentro de los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta recibida el 25 de abril de 2023.

**1.** **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente petición de consulta:

“Una entidad privada, que en su certificado de existencia y representación legal está clasificada como una Entidad Sin Ánimo de Lucro, pero que en su RUT tiene otra responsabilidad 05- Impto. renta y compl. régimen ordinario, es decir, que no se encuentra en el régimen tributario especial, puede celebrar convenios de asociación o colaboración con entidades del Estado de conformidad con el Decreto 092 de 2017”. [sic]

**2.** **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal relacionados en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por la peticionaria– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo, se analizará i) la naturaleza jurídica de las Entidades Sin Ánimo de Lucro, en adelante ESAL y ii) la contratación con ESAL a la luz del Decreto 092 de 2017.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha analizado la contratación con ESAL, entre otros, 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 del 8 de febrero de 2021, C-057 del 10 de marzo de 2021, C-280 del 15 de junio de 2021, C-391 de 11 de agosto de 2021, C-560 del 1 de septiembre de 2021, -021 del 22 de febrero de 2022 y C-041 del 12 de abril de 2023. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta lo consultado.

**2.1. Naturaleza jurídica de las ESAL. Reiteración de línea**

Una de las formas tradicionales de desarrollar empresasy ejercer el comercio en Colombia, es a través del contrato de sociedad por medio del cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa, según el artículo 98 *ibidem.* En ese sentido, puede decirse que serán sociedades comerciales aquellas que ejecuten actos o empresas mercantiles, en los términos señalados en el artículo 100 del Código de Comercio[[2]](#footnote-3). Sin perjuicio de esto, el artículo 2 de la Ley 590 del 2000, modificado por el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, define la empresacomo toda unidad de explotación económica que realiza una persona natural o jurídica en actividades agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios[[3]](#footnote-4). Además, establece que estas se clasifican en micro, pequeña, mediana y gran empresa, de acuerdo con los criterios del número de trabajadores totales, el valor de ventas brutales anuales y el valor de activos totales.

 En todo caso, para efectos de la presente, es preciso mencionar que el Libro Segundo del Código de Comercio no incluye a las corporaciones o asociaciones ni a las fundaciones, esto es, a las ESAL, en la enumeración de las sociedades comerciales. La razón de la exclusión, a nuestro juicio, es obvia: estas organizaciones no tienen fines comerciales, es decir carecen de ánimo de lucro, por eso no forman un tipo o clase de sociedad comercial[[4]](#footnote-5). La norma que regula este tipo de corporaciones o asociaciones es el Código Civil –entre otras normas que se armonizan con él– de lo que se sigue que no constituyen formas de sociedad comercial sino formas de organización civil, con fines esencialmente altruistas o de interés general, que se conforman entre personas que tienen como finalidad contribuir con su esfuerzo, y hasta con sus bienes, a ayudar a la comunidad[[5]](#footnote-6). La ausencia de ánimo de lucro es, entonces, la característica determinante de estas corporaciones u organizaciones con las sociedades comerciales.

 Que una ESAL no sea una forma de sociedad, 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, 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 fiera 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 la 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 presente 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 ESAL es que estas últimas no reparten sus utilidades entre los socios[[6]](#footnote-7). Así lo explicó en los siguientes términos:

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

Igualmente, el Consejo de Estado expresó que la naturaleza jurídica de las ESAL es diferente a las sociedades mercantiles, toda vez que su objeto no está destinado a perseguir un lucro que pueda ser repartido entre sus asociados, sino que las ganancias se reinvierten en la ESAL para el desarrollo de su objeto social[[7]](#footnote-8). 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”[[8]](#footnote-9). Las ESAL, 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, en adelante EGCAP.

De conformidad con lo expuesto, se debe aclarar que es un equívoco concluir que las ESAL no sean personas jurídicas o que no tengan capacidad contractual, pues la capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujetos activos o pasivos de las relaciones jurídicas[[9]](#footnote-10). 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 impiden la celebración del negocio.

Para efectos de la aplicación del EGCAP, la capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes[[10]](#footnote-11), 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 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 EGCAP, 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 EGCAP, caso en el cual participan con las mismas reglas aplicables a los demás oferentes.

**2.2. Contratación con ESAL a la luz del Decreto 092 de 2017. Régimen de los convenios de asociación. Reiteración de línea**

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

Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998[[12]](#footnote-13) permite que las entidades públicas cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, puedan 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.

Parte del desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política se produjo mediante la expedición 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 las ESAL, con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo. Así las cosas, es importante resaltar que el factor que determina la aplicación del Decreto 092 de 2017 no es única y exclusivamente el carácter de las ESAL, sino también el objeto del convenio que la Entidad Estatal pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una ESAL 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 prevé las reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con las ESAL. Este regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público con el fin de impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las Entidades Estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem.* Es posible diferenciar, pues, los convenios de asociación, regulados en el artículo 5, de los contratos de colaboración, establecidos en el artículo 2.

Los contratos del artículo 355 de la Constitución Política tienen como objetivo 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 ESAL contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar esté 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 EGCAP. Sólo cuando se reúnan estas condiciones, es procedente celebrar contrato 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” [[13]](#footnote-14). En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. No obstante, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor toral del convenio.

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

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación 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 consorcio[[14]](#footnote-15). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio debe buscar el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales que la ley les asigna a las Entidades Estatales involucradas, es necesario que sus funciones legales coincidan de manera tal, que los cometidos funcionales de una y otra entidad se relacionen con el objeto del convenio.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los convenios de asociación “no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio”, las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el 30%, en dinero, del valor del convenio para celebrarlo directamente, pues de lo contrario deberá adelantarse un proceso competitivo. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben “asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse”[[15]](#footnote-16).

La noción “seleccionar de forma objetiva”, contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión total a las Ley 80 e 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es que la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las ESAL 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 como lo establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 de Decreto 092 de 2017.

En suma, las Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia, la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas. Este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

En ese orden, si se pretende la suscripción de un convenio de asociación con una ESAL para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deberán estas últimas, adicional a aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, verificar si la ESAL es de reconocida idoneidad, es decir, que dicha entidad sea adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y que cuente con la experiencia requerida para ello. Igualmente, según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3 *ibidem*, el objeto estatutario de la ESAL deberá permitirle el desarrollo del objeto que pretenda contratar la Entidad Estatal, esto, claramente, porque la capacidad para contratar de las personas jurídicas se circunscribe en lo expresado en su objeto social y su forma de creación[[16]](#footnote-17).

Finalmente, sintetizado lo expresado en relación con los convenios de asociación, la Entidad Estatal 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 del convenio. Así, si se pretende suscribir un convenio de asociación con una ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deben aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017. Como se indicó anteriormente, este artículo dispone que el proceso para la escogencia de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia. Esto, salvo en aquellos casos en los que una ESAL manifieste su compromiso de aportar recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, siempre y cuando no existan otras ESAL que ofrezcan aportes en monto igual o superior a dicho porcentaje, pues en este evento también se tendría que realizar un proceso competitivo. Finalmente, dada la regla concreta y específica establecida en la norma, si los aportes no son en dinero, sino únicamente en especie, esto es, bienes diferentes o no equivalente al dinero, no se dará aplicación a dicha regla y el proceso de selección será competitivo

**3. Respuesta**

“Una entidad privada, que en su certificado de existencia y representación legal está clasificada como una Entidad Sin Ánimo de Lucro, pero que en su RUT tiene otra responsabilidad 05- Impto. renta y compl. régimen ordinario, es decir, que no se encuentra en el régimen tributario especial, puede celebrar convenios de asociación o colaboración con entidades del Estado de conformidad con el Decreto 092 de 2017”. [sic]

De manera preliminar, es necesario tener en cuenta que esta entidad sólo es competente para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los participantes de la contratación estatal. Por ello, esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Como se expresó en el considerando de este concepto, el Decreto 092 de 2017 prevé las reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con las ESAL. Este regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público con el fin de impulsar programas actividades de interés público de acuerdo con el plan nacional o planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las Entidades Estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Respecto de los convenios de asociación, resulta a bien aclarar que las Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso de selección para la suscripción del mismo, esto, según lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017. Sin embargo, el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia, la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas.

 En ese orden, si se pretende la suscripción de un convenio de asociación o un contrato de colaboración con una ESAL para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deberán estas últimas, adicional a aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, verificar si la ESAL es de reconocida idoneidad, es decir, que dicha entidad sea adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y que cuenta con la experiencia requerida para ello. Igualmente, según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3 *ibidem,* el objeto de la ESAL deberá permitirle el desarrollo del objeto que pretenda contratar la Entidad Estatal, esto, claramente, porque la capacidad para contratar de las personas jurídicas se circunscribe en lo expresado en su objeto social y su forma de creación.

 En conclusión, corresponderá a las Entidades Estatales en el desarrollo de sus procesos de selección en el que pretendan la celebración de un convenio de asociación o un contrato de colaboración con una ESAL, determinar de conformidad con lo señalado en el Decreto 092 de 2017 y demás normas aplicables, las circunstancias en las que esto sea o no viable.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nasly Yeana Mosquera RivasAnalista T2–06 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Cárdenas CabezaContratista de la Subdirección de Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. “Artículo 100: Asimilación a sociedades comerciales - legislación mercantil. Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles serán civiles.

Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”. [↑](#footnote-ref-3)
3. Ley 1450 de 2011. “Artículo 43. Definiciones de tamaño empresarial. El artículo 2° de la Ley 590 de 2000, quedará así:

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

1. Número de trabajadores totales.

 2. Valor de ventas brutas anuales.

 3. Valor activos totales.

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

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

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

La ausencia de lucro es una de sus características fundamentales, lo cual significa que no existe el reparto de utilidades o remanentes generados en el desarrollo de sus objetivos, ni es viable el reembolso de los bienes o dineros aportados a la entidad […]”. [↑](#footnote-ref-6)
6. Corte Constitucional. Sentencia C-287 de 2012. M.P. María Victoria Calle. [↑](#footnote-ref-7)
7. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Providencia del 26 de octubre de 2009. Exp. No. 25000-23-27-000-2007-00160-01(17200). M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. [↑](#footnote-ref-8)
8. Cámara de Comercio de Bogotá, “ABC DE ESALES”. Bogotá. 2013. Disponible en este link: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/8346/el%20abc%20de%20esales%202013%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. [↑](#footnote-ref-9)
9. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 178 de 29 de abril de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente No. D-974. [↑](#footnote-ref-10)
10. “Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”. [↑](#footnote-ref-11)
11. Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 4201913000008240.  [↑](#footnote-ref-12)
12. “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-13)
13. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-14)
14. “[…] 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-15)
15. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-16)
16. EXPOSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, 1ra Ed., p.112. [↑](#footnote-ref-17)