**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Suscripción – Facultad – Sujetos**

[…] El Decreto 092 de 2017 entendió que las personas que pueden celebrar los contratos a los que se refiere el art. 355 son todas las que conforman la rama ejecutiva, porque el articulo 1 dispuso que “El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política”, es decir, que no solo pueden suscribir estos contratos el Gobierno sino en general la Administración pública.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Características**

[…] los convenios de asociación tienen las siguientes características: i) Primero, se resalta de la lectura del artículo e que, a diferencia de lo que sucede con los convenios de colaboración, los convenios de asociación pueden ser celebrados por entidades estatales, “cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo”; ii) segundo, los convenios de asociación se celebran para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales que concurren a su suscripción; iii) tercero, el convenio de asociación, al igual que el de colaboración, debe celebrarse con una ESAL de reconocida idoneidad; iv) cuarto, tal y como ocurre en los convenios de colaboración, las normas generales relativas a la contratación pública son de aplicación residual, solo para situaciones no reglamentadas en el Decreto 092 de 2017, como lo prevén los artículos 5 y 8 del mismo.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Instrucciones a Esal – Procedencia**

En los convenios de asociación, la entidad puede dar instrucciones a la ESAL, pues la normativa que regula estos convenios no lo prohíbe. Si bien, el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, normativa que regula los contratos de interés público, sí restringe la posibilidad de relaciones conmutativas, esta norma no aplica a los convenios de asociación.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Obligaciones – Conmutatividad**

En los convenios de asociación es posible la equivalencia de obligaciones entre las partes; y en virtud de esa conmutatividad las entidades darán instrucciones precisas sobre la ejecución de las actividades a las entidades privadas sin ánimo de lucro.

Bogotá D.C., **27/12/2019 Hora 16:46:51s**

# N° Radicado: 2201913000009721

Señor **Ciudadano** Ciudad

**Radicación:** Respuesta a la consulta # 4201912000007901

**Temas:** Convenios de asociación

**Tipo de asunto consultado:** Instrucciones en los convenios de asociación Cordial saludo

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – responde su consulta del 25 de noviembre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, en los siguientes términos.

# Problema planteado

“[¿]Puede una entidad estatal, en virtud del convenio de asociación, descrito en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, dar instrucciones precisas al asociado para desarrollar las actividades estatales, consagradas en la Constitución, teniendo en cuenta que no existe prohibición para ello, a contrario sensu, de los convenios de interés público?”.

# Consideraciones

El punto cardinal sobre el cual gravitan los convenios de colaboración es el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, el cual dispone cuanto sigue:

“Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

El constituyente decidió, sin ambages, que ninguna de las “ramas u órganos” del poder público otorgarán auxilios o donaciones en favor de terceros. Nótese una cuestión de suma importancia, la prohibición establecida es transversal desde una perspectiva orgánica, pues afecta a todas las entidades del Estado, sin importar si hacen parte de la rama ejecutiva, legislativa o judicial, de la organización fiscalizadora o de control -Contraloría General de la República, Auditoría General de la República, Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo-, de la organización electoral -Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil- o de los órganos autónomos -Banco de la República, Comisión Nacional del Servicio Civil, Corporaciones Autónomas Regionales y Universidades Oficiales-.

No obstante, el mismo constituyente habilitó al “Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal” a suscribir “contratos” con entidades sin ánimo de lucro

-ESAL- para impulsar programas de interés colectivo que estén “acordes” con el plan nacional o seccional de desarrollo. Así, es fundamental destacar que a diferencia de la prohibición antes descrita, la cual, se itera, afecta a todas las “ramas u órganos del poder público”, la habilitación conferida se limita, de manera concreta, al gobierno en sus niveles territoriales correspondientes -nacional, departamental, distrital y municipal-.

Ahora, es necesario reflexionar sobre el alcance de Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, El artículo 115 ofrece una definición, de conformidad con la cual: “[…] El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno […]”. De sujetarse estrictamente a esta disposición, se trata de un concepto especial, que no equivale al de Administración pública, pues los sujetos que conforman a aquel no se corresponden totalmente con los que conforman a esta; además, la mayoría de las entidades que integran a la Administración no pertenecen a aquel.

De admitirse el anterior sentido -es decir, la diferencia entre los dos conceptos-, la suscripción de los contratos del artículo 355 se limitaría a quienes forman parte del Gobierno -presidente y ministros o directores de departamento administrativo-, por lo tanto, ninguna otra entidad publica, por ejemplo una descentralizada del nivel central, o una territorial y sus descentralizadas, podría celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, sino que, por el contrario, los únicos autorizados serían el presidente, los ministros y los directores de departamento administrativo, pero además en forma conjunta, no individualmente, pues es reunidos que forman el Gobierno.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-910 del 31 de octubre de 2007, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, estudió la constitucionalidad del artículo 38, numeral 2, literal f –parcial–, de la Ley 489 de 1998, donde distinguió entre Gobierno y Administración Pública, señalando que el primero es la autoridad máxima de la Administración Pública, pero no todas las entidades que hacen parte de esta conforman el gobierno:

Este plexo de normas superiores exige a la Corte estudiar si es posible entender que la Constitución distingue entre los conceptos de Rama Ejecutiva, Gobierno y Administración Pública. Sobre el particular encuentra lo siguiente:

Del artículo 115 puede inferirse que Gobierno es la cabeza de la Rama Ejecutiva y está conformado de manera general por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos; no obstante, para “cada negocio particular”, el Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes constituyen el Gobierno. De esta manera, puede afirmarse que el Gobierno forma parte de la Rama Ejecutiva, como su cabeza, pero que no toda la Rama Ejecutiva conforma el Gobierno.

El concepto de “Gobierno” y su distinción frente a las nociones de “Rama Ejecutiva” o de “Administración Pública” obedece a la índole política de la función propiamente gubernamental; en esta esfera de funciones, el Gobierno ejerce la dirección u orientación de toda la Rama Ejecutiva o de la Administración Pública, es decir, traza los rumbos y las metas hacia los cuales debe dirigirse su actividad. En cambio, las funciones no gubernamentales sino simplemente ejecutivas o administrativas carecen de este acento político. Así por ejemplo, las funciones presidenciales de inspección vigilancia y control son funciones de naturaleza administrativa, ya que por no involucrar el señalamiento de políticas, no corresponden a actos de gobierno. Ahora bien, tal diferencia funcional repercute en la estructura orgánica estatal y determina la precisión constitucional que marca la distinción entre Gobierno y Rama Ejecutiva o Administración.

Según esta providencia, el concepto Gobierno hace referencia al órgano que tiene a cargo la dirección de la Administración pública, sin embargo, el Gobierno nacional solo está conformado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamento administrativo, en el ramo respectivo; así que las demás entidades de la Administración, entre ellas las del sector descentralizado, hacen parte de la rama ejecutiva pero no del Gobierno.

De conformidad con lo anterior, y aplicado al art. 355 de la Constitución, tendría que entenderse que estos contratos solo podría suscribirlos el presidente con los ministros y directores de departamento administrativo, además conjuntamente, por ser quienes constituyen el Gobierno nacional, según el artículo 115 de la Constitución.

En medio de esta dificultad, el Decreto 092 de 2017 entendió que las personas que pueden celebrar los contratos a los que se refiere el art. 355 son todas las que conforman la rama ejecutiva, porque el articulo 1 dispuso que “El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política”, es decir, que no solo pueden suscribir estos contratos el Gobierno sino en general la Administración pública.

Por la anterior razón, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, también entiende que la expresión “Gobierno” no debe entenderse en el sentido estricto del art. 115 de la Constitución Política, sencillamente porque no se adecúa a otras expresiones del artículo 355 de la Constitución Política ni a su finalidad, lectura que lo hace inoperante.

Además, no es posible entender que la expresión “Gobierno” del art. 115 de la Constitución, se aplique, por analogía, al nivel territorial, para concluir que el alcalde y el gobernador junto con el Secretario de Despacho respectivo, constituyan ese órgano. Definitivamente no existe un equivalente semejante a nivel territorial, pero si en gracia de discusión lo hubiera tampoco sería adecuado para aplicar el art. 355 de la Constitución.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-011 de 1994, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, expresó que la interpretación de las normas jurídicas le impone al operador jurídico no seguir el entendimiento que conduzca al absurdo o a ideas contrarias a la finalidad de la Ley, sino que se debe buscar “el sentido razonable de la disposición dentro de un contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática- finalísima”. En este sentido, la interpretación del artículo 355 de la Carta Política se debe hacer en relación con la finalidad de la norma, esto es, prohibir los auxilios y permitir la ejecución de actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo a través de la celebración de contratos con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, lo cual solo es posible si se entiende en sentido amplio, es decir, que todas las entidades que forman parte de la Administración Pública o Rama Ejecutiva pueden celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro, para la ejecución de actividades de interés público.

En este sentido, y para reforzar la idea que se viene comentando, téngase presente que el art. 355 también dice que los gobiernos departamental, distrital y municipal pueden celebrar estos contratos, lo que hace imposible entender que Gobierno solo corresponda a lo previsto en el art. 115, porque colide directamente con el art. 355 de la misma norma.

Se sigue de lo anterior que uno de los criterios fundamentales para determinar si se está o no en presencia de un convenio de colaboración es el orgánico, en la medida en que sólo las entidades que hacen parte del gobierno, en sus correspondientes niveles territoriales, esto es, nacional, departamental, distrital o municipal, podrán suscribir este tipo de acuerdos de voluntades. De hecho, valga resaltar, el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 sigue este mismo criterio, pues dispone que “Las Entidades estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del artículo 355 de la Constitución”.

Precisado lo anterior, procede entonces destacar algunas características particulares de los convenios de colaboración:

1. El artículo 2 del Decreto 092 de 2017 expresamente prevé como condición para la celebración de los convenios de colaboración que ellos “no comporte[n] una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta (…) para cumplir con el objeto del contrato”.
2. Este tipo de convenios sólo proceden para “impulsar programas y actividades de interés público “acordes” con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo”, como lo prevé el artículo 355 de la Constitución Política. (Negrilla fuera de texto)

Sobre este punto, es relevante mencionar que en la providencia de la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[[1]](#footnote-1), se suspendió provisionalmente el literal a) del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, según el cual la procedencia de los convenios de colaboración está condicionada a:

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

En efecto, en opinión del máximo tribunal de justicia de lo contencioso administrativo, la norma transcrita puede ser violatori[a] del artículo 355 de la Constitución Política, pues, en primer lugar, exige que los contratos con las entidades sin ánimo de lucro correspondan directamente a los programas y actividades previstos en los planes de desarrollo y, en segundo lugar, limita el objeto de tales contrataciones a unos objetos específicos (promoción de los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica, a pesar de que la norma reglamentada en modo alguno establece tal condicionamiento”.

1. Se deben suscribir con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, esto es, con aquellas que acrediten experiencia “adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación”, como lo señala el artículo 3 del Decreto 092 de 2017.
2. Si durante la etapa de planeación de este tipo de convenios se identifica que el programa o actividad acorde al interés público que se requiere desarrollar es ofrecido por más de una ESAL, se deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, como lo prevé el artículo 4 del Decreto 092 de 2017.

En este aspecto, es importante precisar que dicho proceso competitivo se debe adelantar incluso cuando el objeto “del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas”, pues el inciso final del artículo 4 del Decreto 092 de 2017, norma que autorizaba obviar el mismo, fue suspendido provisionalmente por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado[[2]](#footnote-2).

1. En virtud de lo previsto en el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, “la contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”.

Por su parte, “los convenios de asociación” están previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el cual dispone:

“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”. (Negrilla fuera de texto)

El Decreto 092 de 2017, en el artículo 5, reglamentó el convenio de asociación como aquel que celebran las entidades estatales con las entidades privadas sin ánimo de lucro para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones de la Ley. Asimismo, señala que no es necesario adelantar un proceso competitivo 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.

A su vez, si más de una entidad privada sin ánimo de lucro ofrece 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.

Finalmente, el Decreto 092 de 2017, de forma expresa, señala que los convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2°, y están regidos por los artículos 5°,6°,7° y 8° del mismo decreto.

De las normas descritas previamente, los convenios de asociación tienen las siguientes características: i) Primero, se resalta de la lectura del artículo e que, a diferencia de lo que sucede con los convenios de colaboración, los convenios de asociación pueden ser celebrados por entidades estatales, “cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo”; ii) segundo, los convenios de asociación se celebran para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales que concurren a su suscripción; iii) tercero, el convenio de asociación, al igual que el de colaboración, debe celebrarse con una ESAL de reconocida idoneidad; iv) cuarto, tal y como ocurre en los convenios de colaboración, las normas generales relativas a la contratación pública son de aplicación residual, solo para situaciones no reglamentadas en el Decreto 092 de 2017, como lo prevén los artículos 5 y 8 del mismo.

Ahora, usted pregunta: ¿en los convenios de asociación se pueden dar instrucciones precisas sobre la ejecución de las actividades? Para responder, es importante determinar si en los convenios de asociación existe una relación de conmutatividad entre las partes, o si por el contrario se prohíbe, como en los contratos de interés público regulados por el artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

El Código Civil, en el artículo 1498, define la conmutatividad cuando cada parte se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez. En el mismo sentido, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en la sentencia de Radicado No. 18.836 del 22 de junio de 2011, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa: define el contrato de conmutatividad como: “aquel que se celebra sobre la base de equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato”. En este sentido, la conmutatividad genera obligaciones y cargas contractuales equivalentes y recíprocas entre las partes.

Las normas que regulan el convenio de asociación, esto es, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 no prohíben la conmutatividad entre las partes, ni que la entidad dé instrucciones frente a la ejecución del contrato. Si bien el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 prohíbe una relación conmutativa entre las partes en los contratos de interés público; esta normativa no rige a los convenios de asociación, porque así lo determina, de forma expresa, el artículo 5 del mencionado Decreto.

Por otro lado, el convenio de asociación se regirá por lo previsto en la Ley 489 de 1998 y el Decreto 092 de 2017 en los casos que el objeto consista en el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley; por lo tanto, el criterio para establecer si un convenio celebrado entre entidades estatales y ESALES se rige por la Ley 80 de 1993 o el Decreto 092 de 2017 será el objeto del contrato, independientemente si el convenio de asociación tiene una relación de conmutatividad.

Conforme a lo anterior, en los convenios de asociación sí es posible la equivalencia de obligaciones entre las partes; y en virtud de esa conmutatividad las entidades darán instrucciones precisas sobre la ejecución de las actividades a las entidades privadas sin ánimo de lucro.

# Respuesta

Con base en las consideraciones expuestas en el numeral anterior, se procede a responder la pregunta formulada, no sin antes recordar que los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – son orientaciones de carácter general y no suponen la solución directa de controversias específicas o el análisis de actuaciones particulares de entidades estatales.

Según se expuso en el segundo acápite de este documento, en criterio de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – en los convenios de asociación, la entidad puede dar instrucciones a la ESAL, pues la normativa que regula estos convenios no lo prohíbe. Si bien, el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, normativa que regula los contratos de interés público, sí restringe la posibilidad de relaciones conmutativas, esta norma no aplica a los convenios de asociación.

Conforme a lo anterior, en los convenios de asociación es posible la equivalencia de obligaciones entre las partes; y en virtud de esa conmutatividad las entidades darán instrucciones precisas sobre la ejecución de las actividades a las entidades privadas sin ánimo de lucro.

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

Atentamente,



Proyectó: Sara Milena Núñez Aldana

1. Expediente 2018-00113-99 (62003) del 6 de agosto de 2019 y ponencia de Martín Bermúdez Muñoz. [↑](#footnote-ref-1)
2. Expediente 2018-00113-99 (62003) del 6 de agosto de 2019 y ponencia de Martín Bermúdez Muñoz. [↑](#footnote-ref-2)