**CONTRATOS CON ESAL– Constitución – Artículo 355 – Fundamento**

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 – en adelante ESAL – con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las Entidades Públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

**TIPOS DE CONTRATOS – ESAL – Constitución Política – Artículo 355 – Ley 489 – Artículo 96**

El Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, expidió el Decreto 092 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los *contratos de colaboración* o de interés público, con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política – a los cuales hace referencia en su consulta – 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 *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, de los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5.

De un lado, los *contratos de colaboración 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 o relacionado 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 esta 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.

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”.

**CONTRATOS CON ESAL – Objeto – Actividades – Planes de Desarrollo**

De lo expuesto, se concluye que, el constituyente previó como requisito para la suscripción de los contratos de interés público de que trata el artículo 355 de la Constitución Política que los programas o actividades que se pretendan promover por esa vía aparezcan incluidos en el plan de desarrollo respectivo y, por lo tanto, que resulten coherentes con dicho instrumento de planeación. En ese sentido, a juicio de esta Agencia, los convenios de colaboración deberán tener por objeto actividades relacionados con planes de desarrollo vigentes para el momento de celebración del contrato, es decir, que ya hayan surtido todo el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico. *Contrario sensu*, no podrán celebrarse convenios relacionados con actividades que constan en los proyectos de planes de desarrollo que se encuentren en trámite de aprobación.

**CONTRATOS CON ESAL – Objeto – Actividades – Funciones y cometidos**

[…] el interés perseguido con la contratación debe ser de carácter general o colectivo, materializado en los cometidos y funciones que le han sido asignados en el ordenamiento jurídico a la Entidad Estatal contratante. Así, en el caso de una entidad territorial se debe garantizar que los fines del convenio de asociación a celebrarse sean acordes con los fines y funciones asignados en la Constitución, leyes orgánicas y ordinarias correspondientes, al igual que en sus correspondientes planes de desarrollo. Además, si se trata de cualquier otra Entidad Estatal, deberá indagarse igualmente por su finalidad y competencia en las normas legales correspondientes, incluyendo sus actos de creación y los asimilables a los planes de desarrollo, para garantizar el cumplimiento de los mismos a través del convenio a celebrarse

**DECRETO 092 – Ámbito de aplicación**

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

[…] no todas las actividades que las Entidades Estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos del artículo 355 superior o convenios de asociación. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 092 de 2017 no es únicamente el carácter de las ESAL, sino el objeto del contrato o convenio que la entidad pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una ESAL no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación.

Bogotá D.C., 16 de julio de 2024

Texto

Descripción generada automáticamente

Señora

**Paula Remolina**

Ciudad

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C-115 de 2024** |
| **Temas:** | CONTRATOS CON ESAL – Constitución – Artículo 355 – Fundamento / TIPOS DE CONTRATOS – ESAL – Constitución Política – Artículo 355 – Ley 489 – Artículo 96 / CONTRATOS CON ESAL – Objeto – Actividades – Planes de Desarrollo / CONTRATOS CON ESAL – Objeto – Actividades – Funciones y cometidos / DECRETO 092 – Ámbito de aplicación |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta con radicado No. P20240531005715 |

Estimada señora Remolina:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 31 de mayo de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“¿Puede una entidad pública, a través de la contratación con Entidades Sin Ánimo de Lucro regulada en el Decreto 092 de 2017, ejecutar proyectos propios o de bienestar laboral?

¿Es viable celebrar un Convenio de Asociación con una entidad estatal para la ejecución de prestación de servicios de alquiler, logística o suministro de equipos u alimentación con ESAL cuya objeto está relacionado con la organización de eventos y recibe una apreciación económica con el desarrollo del convenio? celebrar este tipo de convenios iría en contravía de a Ley 489 de 1998, dado que se entiende que la IEs no se asocia con el Estado con el motivo meramente lucrativo de obtener utilidades, por el contrario, el convenio de asociación pretende alcanzar objetivos de interés público.

¿Es viable que la ESAL que suscribe el Convenio de Asociación realice por si misma la ejecución de las actividades del convenio en lugar de subcontratar, y como contratista ejecutora de las actividades pueda obtener un margen de utilidad o ganancia?

Se puede considerar que el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. y que Aquellos que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, deben adelantarse por cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1.993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos, en especial los de escogencia del contratista?”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas 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 la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. 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.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

1. **Problemas jurídicos planteados:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Qué objetos contractuales se pueden ejecutar a través de los contratos establecidos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y regulados en el Decreto 092 de 2017?
2. ¿La contratación de cualquier objeto contractual que una Entidad Estatal pretenda suscribir con una Entidad Sin Ánimo de Lucro – en adelante ESAL – se rige por el Decreto 092 de 2017 o lo que define la aplicación del referido Decreto es el objeto que se va a desarrollar y no el sujeto con el que se pretende celebrar el negocio jurídico?
3. ¿Aquellos contratos que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos que corresponden al giro normal de las funciones propias de la Entidad Estatal, aun cuando se suscriban con ESAL, deben sujetarse a la Ley 80 de 1993?
4. ¿Los contratos regulados en el Decreto 042 de 2017 pueden tener implícito un margen de utilidad o ganancia?
5. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| 1. El artículo 355 de la Constitución Política 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. Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las Entidades Públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.   El Gobierno Nacional, en desarrollo de lo anterior, expidió el Decreto 092 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los *contratos de colaboración* o de interés público, los cuales tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén acordes con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes seccionales de desarrollo; ii) los *convenios de asociación*, tienen como finalidad que la Entidad Estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocie con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley.   1. La aplicación del Decreto 092 de 2017 depende del objeto que se pretenda contratar, el cual debe ceñirse al desarrollo de programas o actividades de interés público que sean acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo o al adelanto conjunto de funciones y cometidos de la Entidad Estatal que lo celebra. En consecuencia, no basta con que el extremo de la relación contractual sea una ESAL para que sea procedente la aplicación del Decreto referido, pues en cada caso deberá revisarse el objeto que se pretenda ejecutar. 2. Los negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017 son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP, pues como se explicó en los numerales anteriores, el referido Decreto se circunscribe a los objetos descritos. De acuerdo con lo anterior, no todas las actividades que las Entidades Estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos del artículo 355 superior o convenios de asociación. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que, si la Entidad Estatal adquiere o se abastece de un bien, obra o servicio en un contrato conmutativo, aun cuando el proveedor sea una ESAL, debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el Decreto 092 de 2017. 3. Dado que los *contratos colaboración 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, no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Asimismo, en los *convenios de asociación* no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. Por lo tanto, los contratos regulados en el Decreto 092 de 2017 no pueden tener implícito un margen de utilidad o ganancia a favor de la ESAL. Aquellos contratos que generan una contraprestación directa a favor de la ESAL contratista se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación del EGCAP, por lo que deberán sujetarse a las reglas contenidas en aquel. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

1. 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[[1]](#footnote-2). Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998[[2]](#footnote-3) 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.
2. El Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, expidió el Decreto 092 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los *contratos de colaboración* o de interés público, con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y; ii) los *convenios de asociación*, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las Entidades Estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los *primeros* están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los *segundos* en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Así las cosas, es posible diferenciar, pues, los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, de los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5[[3]](#footnote-4).
3. De un lado, los *contratos colaboración 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 esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento.
4. Conforme lo anterior, una característica esencial de los convenios a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 Constitucional – contratos de colaboración – es que su objeto esté determinado por la realización de programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes seccionales de desarrollo[[4]](#footnote-5), los cuales se encuentran regulados en los artículos 339 a 344 de la Constitución Política. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha indicado que el objeto de estos convenios es el “desarrollo de actividades esencialmente benéficas, no como instrumento económico, sino con un propósito meramente asistencial y altruista, en el que, a diferencia del pasado, no se privilegia la arbitrariedad y unilateralidad del gasto público, sino que se exige un grado aceptable de reciprocidad por parte del beneficiario de la ayuda"[[5]](#footnote-6).
5. Para ilustrar lo anterior, se propone el siguiente ejemplo, si una Alcaldía municipal desea impulsar un programa de atención integral a los ancianos y quiere definir si puede recurrir o no a la contratación de interés público, deberá identificar primero si el desarrollo de esa actividad está incluido en el plan de desarrollo municipal o acorde con este. Si la respuesta es positiva, se tendrá por satisfecho el precitado requisito.
6. Respecto del objeto de los contratos de colaboración, el Consejo de Estado, en el auto del 6 de agosto de 2019, estudió el literal a), del artículo 2, del Decreto 092, que establece que únicamente se podrá contratar con ESAL cuando el objeto corresponda directamente con los planes de desarrollo y busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana[[6]](#footnote-7).
7. En relación con esta norma, encontró que el literal a) del artículo 2 establece dos (2) condiciones contrarias al artículo 355 de la Constitución Política: primero, que el objeto tenga que estar “directamente” en los planes de desarrollo –nacional o territorial– cuando la norma constitucional establece que el objeto debe ser “acorde” con el plan nacional o seccional de desarrollo, lo que implica que el objeto del contrato no debe estar explícitamente en el plan de desarrollo sino que se encuentre en armonía con este. En relación con lo anterior, el auto del Consejo de Estado explica que:

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

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

“Una limitación del anterior calado implica, sin duda, establecer una condición no prevista en la norma constitucional reglamentada. Esta última solo establece una restricción y es que la “causa” del contrato tenga como finalidad “… impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo”, mientras que, por su parte, la norma acusada limita la celebración de tales contratos a que tengan como objeto la promoción de las actividades enunciadas anteriormente [letra a, art. 2 ibidem]. Si la norma constitucional restringe sólo la causa o la finalidad del contrato, quiere decir ello que, independientemente de su objeto, puede celebrarse en cualquier modalidad, siempre y cuando –claro está– su causa sea “acorde” con los planes de desarrollo, que es, en últimas, el propósito de la norma constitucional”.

1. Por las anteriores razones, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el literal a), por lo cual el objeto de los contratos debe ser acorde con los planes nacionales o seccionales de desarrollo; y no necesariamente estar previstos directamente en ellos. Por lo demás, no solo se pueden celebrar contratos para los objetos específicos señalados en el Decreto 092 de 2017.
2. 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”[[7]](#footnote-8). 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”. En estos convenios – al igual que los contratos de colaboración – no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado.
3. De lo anterior se concluye que, el interés perseguido con la contratación debe ser de carácter general o colectivo, materializado en los cometidos y funciones que le han sido asignados en el ordenamiento jurídico a la Entidad Estatal contratante. Así, en el caso de una entidad territorial se debe garantizar que los fines del convenio de asociación a celebrarse sean acordes con los fines y funciones asignados en la Constitución, leyes orgánicas y ordinarias correspondientes, al igual que en sus correspondientes planes de desarrollo. Además, si se trata de cualquier otra Entidad Estatal, deberá indagarse igualmente por su finalidad y competencia en las normas legales correspondientes, incluyendo sus actos de creación y los asimilables a los planes de desarrollo, para garantizar el cumplimiento de los mismos a través del convenio a celebrarse[[8]](#footnote-9).
4. Ahora bien, respecto a los problemas jurídicos dos, tres y cuatro planteados por esta Agencia es importante señalar que, los negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017 “[…] son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el estatuto de contratación y [, como tal,] no hacen parte del sistema de compra pública. […]. De acuerdo con lo anterior, si la entidad estatal adquiere o se abastece de un bien, obra o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una [ESAL], debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el Decreto 092 de 2017”[[9]](#footnote-10). Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[10]](#footnote-11):

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

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

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

“Las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro han sido definas por la doctrina como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos que vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo, de manera que tienen como finalidad propia la satisfacción de intereses públicos y sociales.

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

1. Lo anterior se justifica en que la principal característica de las ESAL es la ausencia de lucro, es decir, las ganancias o beneficios económicos no están destinados a repartirse en favor de los miembros ni de terceros, sino que permanecen dentro de la entidad incrementando su patrimonio.
2. En ese sentido, aquellos contratos que generan una contraprestación directa a favor de la ESAL contratista y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la Entidad Estatal y, por lo tanto, se sujetan al EGCAP, es especial lo concerniente a las modalidades de escogencia del contratista.
3. Sin perjuicio de lo anterior, es menester resaltar que las ESAL pueden participar en igualdad de condiciones en Procesos de Contratación regidos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en los Documentos del Proceso. De esta manera, ni los contratos del artículo 355 de la Constitución Política ni los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 generan utilidades para la ESAL, pues en dicho caso se trataría de un contrato en el que se debe remunerar al contratista por los servicios prestados, el cual, por eso mismo, tiene un régimen legal distinto.
4. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Constitución Política: Artículo 355. * Ley 489 de 1998: Artículo 96. * Decreto 092 de 2017: Artículos 2, 4 y 5. * Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-324 de 2009. * Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-287 de 2012. * Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de febrero de 2005, con radicado No. 1626. * Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias> |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el régimen de los convenios de asociación regulados en el artículo 355 de la Constitución y en el Decreto 092 de 2017, entre otros, en los conceptos con radicado 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-379 del 26 de julio de 2021, C-548 del 05 de octubre de 2021, C-092 del 09 de marzo de 2022, C-106 del 30 de marzo de 2022, C-274 del 05 de mayo de 2022 y C-045 del 25 de abril de 2024[[11]](#footnote-12). Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le recomendamos consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>.

Por otro lado, le contamos que ampliamos hasta el 19 de julio de 2024 el periodo para recibir observaciones a los borradores de los próximas versiones de los documentos tipo para la contratación obras públicas de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación pública, selección abreviada y mínima cuantía, por lo que le invitamos a realizar sus comentarios a través del siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipo>.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí 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,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Cardenas Cabeza  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado No. 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, con radicado No. 4201913000008240, dictado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. [↑](#footnote-ref-2)
2. Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que “Art. 96. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

   Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”. [↑](#footnote-ref-3)
3. 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-4)
4. GÓMEZ Velásquez, Alejandro y DÍAZ Díez Cristian Andrés. *Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana.* Revista Derecho del Estad. Universidad Externado de Colombia.Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6151/8606#figures> [↑](#footnote-ref-5)
5. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-324 de 2009. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez. En igual sentido, véase Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-027 de 2016. [↑](#footnote-ref-6)
6. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal 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”. [↑](#footnote-ref-7)
7. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512, dictado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. [↑](#footnote-ref-8)
8. GÓMEZ Velásquez, Alejandro y DÍAZ Díez Cristian Andrés. *Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana.* Revista Derecho del Estad. Universidad Externado de Colombia.Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6151/8606#figures> [↑](#footnote-ref-9)
9. Cfr. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047. [↑](#footnote-ref-10)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y del Servicio Civil. Concepto del 24 de febrero de 2005. Radicado No. 1626. Consejera Ponente: Dra. Gloria Duque Hernández. [↑](#footnote-ref-11)
11. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-12)