**CONTRATOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – 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 de Desarrollo y los planes seccionales de desarrollo. En concordancia con lo anterior, 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 – Constitución Política – Artículo 355 – Ley 489 de 1998 – 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 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*.

**SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA – Régimen contractual – Capacidad contractual**

En ese orden de ideas, para dar respuesta a su pregunta referente a si una Sociedad de Economía Mixta puede suscribir un contrato de colaboración o un convenio de asociación, es importante precisar que, dado que las disposiciones analizadas señalan que pueden ser celebrados por cualquier Entidad Estatal “cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo”, las Sociedades de Economía Mixta serán competentes para celebrar este tipo de convenios en calidad de contratantes, siempre y cuando el Estado tenga una participación mayor al cincuenta por ciento (50%). Las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga una participación menor a dicho porcentaje, por tener un régimen exceptuado no se sujetaran a las reglas consagradas en el Decreto 092 de 2017, sino al derecho privado y a lo que disponga sus manuales de contratación.

[…]

Según lo expuesto, no es posible clasificar a las Sociedades de Economía Mixta como ESAL. En consecuencia, este tipo de sociedades no pueden suscribir contratos de colaboración o convenios de colaboración en calidad de contratista en el marco del Decreto 092 de 2007 que regula las contrataciones con ESAL.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Decreto 092 – Remisión**

La norma citada hace una remisión total a las normas establecidas en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011 en lo referente a los regímenes de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, por lo que estas serán aplicables a los contratos del artículo 355 de la Constitución Política y a los convenios de asociación.

Pues bien, dado que el peticionario indaga sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a las contrataciones celebradas en virtud del Decreto 092 de 2007, y conforme la remisión que hace el artículo 6 *ibidem* al EGCAP, en cada caso deberá estudiarse si se está en incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad.

Bogotá D.C., 6 de agosto de 2024.



Señor

**Luis Gabriel Mosquera**

Ciudad

**Concepto C-108 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Fundamento / TIPOS DE CONTRATOS – Constitución Política – Artículo 355 – Ley 489 de 1998 – Artículo 96 / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA – Régimen contractual – Capacidad contractual / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Decreto 092 – Remisión |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20240524005394 |

Estimado señor Mosquera:

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, así como lo establecido en la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 23 de mayo de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“[…]

¿Conforme a todo lo discurrido anteriormente, puede una entidad pública del orden de las Sociedades de Economía Mixta, ser parte contratista y/o participar en la contratación reglamentada por el Decreto 92 de 2017 para entidades privadas sin ánimo de lucro?” (SIC).

[…]

¿Conforme a todo lo discurrido anteriormente, puede un municipio contratar bajo la modalidad de contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (Decreto 92 de 2017), con una sociedad de economía mixta, de la cual el alcalde del respectivo municipio hace parte de su junta directiva; máxime, si al igual que el gerente de la sociedad son considerados conforme el Decreto 1674 de 2016, personas expuestas políticamente?”.

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 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. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Una Sociedad de Economía Mixta puede ser parte – tanto en calidad de contratante como de contratista – de una contratación regida por el Decreto 092 de 2017?, por ejemplo, ¿Un municipio puede contratar bajo el Decreto 092 de 2017 con una Sociedad de Economía Mixta?; ii) ¿Le aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP – a los contratos regidos por el Decreto 092 de 2017?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| 1. Sobre la pregunta acerca de si una Sociedad de Economía Mixta puede suscribir los contratos regulados en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 092 de 2017, debe precisarse que, tal circunstancia dependerá de si la Entidad Estatal actúa en calidad de contratante o de contratista, conforme se procede a exponer.   Por un lado, dado que el artículo 355 de las Constitución Política de Colombia, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 092 de 2017 señalan que los contratos de colaboración y los convenios de asociación pueden ser celebrados por cualquier Entidad Estatal “cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo”, las Sociedades de Economía Mixta serán competentes para celebrar este tipo de convenios en calidad de contratantes, siempre y cuando el Estado tenga una participación mayor al cincuenta por ciento (50%). Las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga una participación menor a dicho porcentaje, por tener un régimen exceptuado no se sujetaran a las reglas consagradas en el Decreto 092 de 2017, sino al derecho privado y a lo que disponga sus manuales de contratación.  Por otro lado, deberá analizarse si las Sociedades de Economía Mixta pueden actuar en este tipo de contratos en condición de contratista – como el caso que señala en su escrito, referente a si un municipio puede celebrar un contrato de colaboración o convenio de asociación regido por el Decreto 092 de 2017 con una Sociedad de Economía Mixta –. Al respecto, de manera clara el texto constitucional en su artículo 355, expresa que los convenios celebrados por las Entidades Estatales para impulsar programas o actividades de interés público acordes con los planes nacional y seccionales de desarrollo *únicamente* pueden suscribirse con ESAL. Asimismo, el artículo 3 del Decreto 092 de 2017 establece la exigencia de la reconocida idoneidad de las personas sin ánimo de lucro. De estas disposiciones se concluye, aspectos sustanciales que debería tener el contratista de querer postularse a un proceso de selección como son: a) impulsar actividades de interés público conforme al Plan Nacional de Desarrollo o los planes seccionales y; b) que la naturaleza jurídica del contratista sea sin ánimo de lucro.  Teniendo en cuenta que no es posible clasificar a las Sociedades de Economía Mixta como ESAL, este tipo de sociedades no pueden suscribir contratos de colaboración o convenios de colaboración en calidad de contratista en el marco del Decreto 092 de 2007 que regula las contrataciones con ESAL. Como se explicará a lo largo de este concepto, las contrataciones reguladas por el Decreto 092 de 2017, exigen que uno de los extremos de la relación tenga la calidad de ESAL, de lo contrario no podrán sujetarse a las normas establecidas en el mismo.  Se concluye así que, no es posible que un municipio contrate bajo la modalidad de contratación reglamentada en el Decreto 092 de 2007 con una Sociedad de Economía Mixta porque como se ha indicado este tipo de sociedades desde su constitución si tienen intención de competir con el privado en actividades propiamente lucrativas, a diferencia del fin que persigue una ESAL.   1. El artículo 6 del Decreto 092 de 2017 dispone que, las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia dicho decreto. Así las cosas, la norma citada hace una remisión total a los regímenes de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecido en el EGCAP.   Pues bien, dado que el peticionario indaga sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a las contrataciones celebradas en virtud del Decreto 092 de 2007, y en virtud de la remisión que hace el artículo 6 ibídem al EGCAP, en cada caso deberá estudiarse si se está en incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad consagradas en las normas, como es el caso del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* 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 de Desarrollo y los planes seccionales de desarrollo[[1]](#footnote-2). En concordancia con lo anterior, 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.
* 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*.
* De un lado, los *contratos de colaboración o 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.
* 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”[[3]](#footnote-4). En estos convenios – al igual que en los contratos de colaboración antes explicados – 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.
* Ahora bien, teniendo en cuenta las consideraciones que realiza en su consulta, es importante aclarar que los negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017 “[…] son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el estatuto de contratación y [, como tal,] no hacen parte del sistema de compra pública. […][[4]](#footnote-5). 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”[[5]](#footnote-6). Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[6]](#footnote-7):

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

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

* De acuerdo con lo 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. Al respecto, 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]

* Lo anterior se justifica en que la principal característica de las ESAL es la ausencia de lucro, es decir, las ganancias o beneficios económicos no están destinados a repartirse en favor de los miembros ni de terceros, sino que permanecen dentro de la entidad incrementando su patrimonio. Con todo, las ESAL pueden participar en igualdad de condiciones en Procesos de Contratación regidos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en los documentos del proceso. De esta manera, ni los contratos del artículo 355 de la Constitución Política ni los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 generan utilidades para la ESAL, pues en dicho caso se trataría de un contrato en el que se debe remunerar al contratista por los servicios prestados, el cual, por eso mismo, tiene un régimen legal distinto.
* Visto lo precedente, en atención al problema jurídico número uno planteado en el presente concepto, referente a si una Sociedad de Economía Mixta puede suscribir los contratos regulados en el artículo 355 de las Constitución Política de Colombia, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 092 de 2017, debe precisarse que, tal circunstancia dependerá de si la Entidad Estatal actúa en calidad de contratante o de contratista, conforme se procede a exponer.
* Por un lado, si se analiza desde la posibilidad de que la Sociedad de Economía Mixta suscriba un contrato de colaboración o un convenio de asociación en calidad de contratante se tiene que, el artículo 355 Constitucional señala que: “*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” [Énfasis fuera del texto original]. De conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1996, los *convenios de asociación* pueden ser celebrados por cualquier Entidad Estatal “cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo”. En este sentido, serán competentes para celebrar este tipo de convenios todas las entidades enlistadas en el artículo 2° del EGCAP. Finalmente, el artículo 3 del Decreto 092 de 2007 establece 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 Política” [Énfasis fuera del texto original].
* Teniendo en cuenta lo señalado en las disposiciones citadas es menester precisar la naturaleza jurídica de las Sociedades de Economía Mixta. El artículo 97 de la Ley 489 de 1998 define a las Sociedades de Economía Mixta como organismos autorizados por la ley, constituidos como sociedades comerciales, con aportes de capital público y privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.
* En este sentido, la misma Ley, en los artículos 38 y 68, clasifica a las Sociedades de Economía Mixta como entidades descentralizadas por servicios, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio[[7]](#footnote-8), que pueden ser del orden nacional, departamental o municipal, según su órgano de creación[[8]](#footnote-9). Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencias C-736 del 19 de septiembre de 2007, C-118 del 14 de noviembre de 2018 y C-306 del 10 de julio de 2019, han considerado que las sociedades estudiadas, desde una perspectiva constitucional, se caracterizan por los siguientes rasgos:

“i) pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, como manifestación de la descentralización por servicios. Así mismo, ii) están sujetas al control fiscal, financiero, de gestión y de resultados en cabeza de la Contraloría General de la República. Por otra parte, iii) se someten al control político, que ejerce directamente el Congreso de la República. Además, iv) en el caso de las sociedades de economía mixta del orden nacional, le corresponde al Congreso de la República su creación o autorización mediante ley. En cambio, v) en el caso de los órdenes departamental y municipal, esta misma facultad se les reconoce a las asambleas y concejos. Adicionalmente, vi) a todas las sociedades de economía mixta les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180- 3, 292 y 323 de la Constitución Política. A lo anterior debe agregarse que, vii) en materia presupuestal, las sociedades de economía mixta quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto. De otro lado, viii) en materia contable, quedan vinculadas a las reglas de contabilidad oficial. Además, ix) se rigen por el derecho privado, en virtud de la naturaleza de las actividades que desarrollan”.

* Resulta importante resaltar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, las Sociedades de Economía Mixta están sometidas a un régimen jurídico compuesto por un conjunto normativo de derecho público y de derecho privado; el primero, derivado directamente de la Constitución Política y referido a aspectos como su creación, autorización, organización y funcionamiento internos. Y el segundo destinado a regir el desarrollo de la actividad económica de cada sociedad.
* Ahora bien, conviene analizar el régimen aplicable para los actos y contratos que celebran estas entidades. Al respecto, el literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, señala que son Entidades Estatales las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)[[9]](#footnote-10). Actualmente, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 previó que las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) y sus filiales que cuenten con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) estarán sometidas al EGCAP, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales[[10]](#footnote-11). En otras palabras, el legislador estableció que las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), cuando se encuentran en competencia con el sector privado o público, nacional o internacional o desarrollan su actividad en mercados regulados estarán sometidos al derecho privado.
* En ese orden de ideas, para dar respuesta a su pregunta referente a si una Sociedad de Economía Mixta puede suscribir un contrato de colaboración o un convenio de asociación, es importante precisar que, dado que las disposiciones analizadas señalan que pueden ser celebrados por cualquier Entidad Estatal “cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo”, las Sociedades de Economía Mixta serán competentes para celebrar este tipo de convenios en calidad de contratantes, siempre y cuando el Estado tenga una participación mayor al cincuenta por ciento (50%). Las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga una participación menor a dicho porcentaje, por tener un régimen exceptuado no se sujetaran a las reglas consagradas en el Decreto 092 de 2017, sino al derecho privado y a lo que disponga sus manuales de contratación.
* Por otro lado, deberá analizarse si las Sociedades de Economía Mixta pueden actuar en este tipo de contratos en condición de contratista – como el caso que señala en su escrito, referente a si un municipio puede celebrar un contrato de colaboración o convenio de asociación regido por el Decreto 092 de 2017 con una Sociedad de Economía Mixta –. Al respecto, de manera clara el texto constitucional en su artículo 355, expresa que los convenios celebrados por las Entidades Estatales para impulsar programas o actividades de interés público acordes con los planes nacional y seccionales de desarrollo *únicamente* pueden suscribirse con ESAL. Asimismo, el artículo 3 del Decreto 092 de 2017 establece la exigencia de la reconocida idoneidad de las personas sin ánimo de lucro. De estas disposiciones se concluye, aspectos sustanciales que debería tener el contratista de querer postularse a un proceso de selección como son: a) impulsar actividades de interés público conforme al Plan Nacional de Desarrollo o los plane seccionales y; b) que la naturaleza jurídica del contratista sea sin ánimo de lucro.
* En este punto, es menester señalar que, las ESAL se encuentran reguladas principalmente en el Código Civil –entre otras normas que se armonizan con él–, y definitivamente 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[[11]](#footnote-12). La ausencia de ánimo de lucro es la característica determinante de estas organizaciones, tanto que de allí toman su nombre general y, por eso mismo, la diferencia fundamental con las sociedades comerciales, como es el caso de las Sociedades de Economía Mixta, la cuales están constituidas como sociedades comerciales que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial con fines lucrativos, onerosos y conmutativos que pueden incluir empresas de servicios y empresas comerciales con aportes de capital público y privado.
* Según lo expuesto, no es posible clasificar a las Sociedades de Economía Mixta como ESAL. En consecuencia, este tipo de sociedades no pueden suscribir contratos de colaboración o convenios de colaboración en calidad de contratista en el marco del Decreto 092 de 2007 que regula las contrataciones con ESAL.
* Como se ha explicado a lo largo de este concepto, las contrataciones con ESAL, exigen que uno de los extremos de la relación tenga la calidad de entidad sin ánimo de lucro, de lo contrario no podrán sujetarse a las normas establecidas en el Decreto 092 de 2007. Se concluye así que, no es posible que un municipio contrate bajo la modalidad de contratación reglamentada en el Decreto 092 de 2007 – con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad – con una Sociedad de Economía Mixta porque como se ha indicado este tipo de sociedades desde su constitución si tienen intención de competir con el privado en actividades propiamente lucrativas.
* En todo caso, al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda de acuerdo a la conveniencia del objeto a contratar y el interés general, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de casos particulares corresponde a la entidad contratante que debe adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.
* Para resolver el segundo problema jurídico, es importante tener en cuenta que la Constitución Política de 1991 establece tres (3) regímenes de contratación. El *primero* se fundamenta en la competencia prevista en el inciso final del artículo 150 superior, por el cual se faculta al Congreso de la República para expedir un EGCAP. El *segundo* se relaciona con la posibilidad de crear regímenes especiales, caso en el cual la Constitución los exceptúa directamente, como sucede con las universidades públicas y el Banco de la República –artículos 69 y 371 ibidem–, o permite que la ley defina el régimen jurídico de determinados órganos del Estado, como en el caso de las entidades descentralizadas por servicios –artículo 210 ibidem– y las empresas de servicios públicos domiciliarios –artículo 365 ibidem–. *Finalmente*, el citado artículo 355 establece el régimen de los contratos con las ESAL, el cual –además de extenderse a los *convenios de asociación* en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998– se desarrolló a través del Decreto 092 de 2017.
* Los primeros dos regímenes se caracterizan por la exhaustiva regulación de la actividad contractual. Los contratos sometidos al EGCAP, aunque se rigen por el derecho público, permiten la aplicación del derecho civil y comercial en los casos previstos en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Así mismo, pese a la aplicación de las normas comunes sobre obligaciones y contratos en las entidades del régimen exceptuado, deben respetar los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entre otras materias –artículo 13 de la Ley 1150 de 2007–, en armonía con los respectivos manuales de contratación. Ahora bien, frente a la regulación sumaria de los *contratos del artículo 355 de la Constitución* y los *convenios de asociación*, el artículo 6 del Decreto 092 de 2017 dispone lo siguiente:

“Artículo 6°. Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto”.

* La norma citada hace una remisión total a las normas establecidas en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011 en lo referente a los regímenes de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, por lo que estas serán aplicables a los contratos del artículo 355 de la Constitución Política y a los convenios de asociación.
* Pues bien, dado que el peticionario indaga sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a las contrataciones celebradas en virtud del Decreto 092 de 2007, y conforme la remisión que hace el artículo 6 *ibidem* al EGCAP, en cada caso deberá estudiarse si se está en incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 489 de 1998: Artículo 38, 68, 96 y 97. * Ley 489 de 1998: Artículo 96. * Decreto 092 de 2017: Artículo 1 y 2. * 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. * Corte Constitucional. Sentencia C-287 del 18 de abril de 2012. * Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf> |

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, C-058 del 6 de mayo de 2024, C-061 del 9 de mayo de 2024, C-141 del 29 de julio de 2024.

Así mismo, explicó los convenios de asociación entre Entidades Públicas y particulares regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, entre otros, en los conceptos 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-055 del 28 de enero 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-416 del 30 de junio 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 30 de noviembre de 2020, C-758 del 4 de enero de 2021, C-057 del 10 de marzo de 2021, C-379 de 26 de julio de 2021, C-524 de 13 de otubre de 2021, C-594 del 28 de otubre de 2021, C-609 del 29 de otubre de 2021, C-638 del 15 de diciembre de 2021, C-670 de 28 de diciembre de 2021, C-051 del 7 de marzo de 2022, C-145 del 28 de marzo de 2022, C-274 del 05 de mayo de 2022, C-292 del 11 de mayo de 2022, C-273 del 6 de mayo de 2022, C-560 de 7 de septiembre de 2022, C-771 del 29 de diciembre de 2022, C-041 del 12 de abril de 2023, C-132 del 12 de abril de 2023, C-259 del 4 de julio de 2023, C-351 del 6 de septiembre de 2023, C-418 del 10 de octubre de 2023, C-045 del 24 de abril de 2024, C-071 del 28 de mayo de 2024, C-096 del 27 de junio de 2024, C-115 del 16 de julio de 2024, C-073 del 22 de julio de 2024, entre otros.

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 invitamos a 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>

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,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cielo Victoria González Meza  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. [↑](#footnote-ref-2)
2. Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que “Artículo 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. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-4)
4. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047. [↑](#footnote-ref-5)
5. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047. [↑](#footnote-ref-6)
6. 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-7)
7. Ley 489 de 1998, artículo 38, numeral 2, literal f, y artículo 68, numeral 2: “Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas”. [↑](#footnote-ref-8)
8. Así lo establece la Constitución Política, en el artículo 150, numeral 7, así como en el artículo 300, numeral 7 y en el artículo 313, numeral 6. [↑](#footnote-ref-9)
9. Ley 80 de 1993, artículo 2, literal a): “Artículo 2o. de la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

   1o. Se denominan entidades estatales:

   a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles

   […]”. [↑](#footnote-ref-10)
10. Ley 1150 de 2007. Artículo 14: “Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes. [↑](#footnote-ref-11)
11. TORRENTE BAYONA, César y, BUSTAMANTE, Luis Eduardo. “Las entidades sin ánimo de lucro”. Tercera edición. Cámara de Comercio de Bogotá. 2000, p. 33. Los autores manifiestan que: “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” y, por lo tanto, “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-12)