

DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de contratos

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance

Los contratos del artículo 355 de la Constitución Política tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre ésta y la ESAL, 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 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar este dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación. Solo cuando se reúnan estas condiciones es procedente celebrar contratos del artículo 355 de la Constitución Política; de lo contrario, se aplicarán las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de asociación – Objeto – Alcance

De otro lado, los convenios de asociación “[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocian con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”. En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. El convenio de asociación no es conmutativo, y por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes.

ARTÍCULO 96 DE LA LEY 489 DE 1998 – ESAL



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

Aunque el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se refiere genéricamente a la noción "personas jurídicas particulares", lo cierto es que los *convenios de asociación* que regula esa norma únicamente pueden celebrarse con ESAL. Esto es así porque el inciso segundo de la misma disposición establece que tales convenios "se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política", norma que le permite al "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 de texto). Es de resaltar que el artículo 355 de la Constitución fue desarrollado por el Decreto 92 de 2017, cuyo artículo 5 señala concretamente que los negocios jurídicos se deben celebrar únicamente con las ESAL.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Naturaleza jurídica

En relación con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conviene señalar, acorde con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007, que aquellas son entidades descentralizadas por servicios, independientemente de la naturaleza y porcentaje de su capital. En otras palabras, aunque el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ser *oficiales, mixtas o privadas*, estas tres especies ingresan en la categoría de las *entidades descentralizadas por servicios*. Adicionalmente, debe recordarse que en dicha Sentencia el alto tribunal afirmó que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios *mixtas y privadas* son tipos especiales de entidades descentralizadas por servicios. Por lo demás, ni la Ley 489 de 1998 ni la Ley 142 de 1994 tipifican la existencia de empresas de servicios públicos solidarias, cooperativas o comunitarias que tenga la categoría de entidades privadas sin ánimo de lucro. En esta medida, las empresas de servicios públicos no son destinatarias del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, razón por la que no pueden celebrar convenios de asociación conforme al artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

ESQUEMAS ASOCIATIVOS TERRITORIALES – Definición – Entidades territoriales – Personas jurídicas – Capacidad contractual

El artículo 286 de la Constitución Política establece que "Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas". Además, dispone que "La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley". En desarrollo de este precepto normativo, la Ley 1454 de 2011, "por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones", regula los denominados esquemas asociativos territoriales, como mecanismos de cooperación entre aquellas entidades. En tal sentido, el artículo 10 de dicha Ley señala que "Constituirán esquemas asociativos territoriales las regiones administrativas y de planificación, las regiones de planeación y gestión, las asociaciones de departamentos, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, las provincias administrativas y de planificación, y las asociaciones de municipios".



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES – EGCAP – Esquemas asociativos territoriales – Fundamento

[...] el régimen contractual de los esquemas asociativos territoriales es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. Lo anterior se fundamenta en lo previsto en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que define como entidades estatales, sujetas a dicho Estatuto 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”. Así las cosas, el EGCAP establece que las personas jurídicas en las que el Estado tenga participación mayoritaria – como sucede, precisamente, en los esquemas asociativos territoriales– son entidades estatales, para efectos contractuales, razón por la cual se someten a dicho Estatuto.

Compartido por:



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20231010010934
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 10/10/2023 09:51:39



Señor

Daniel Alejandro Ramírez Cubillos

danielramire09@gmail.com

La Plata, Huila

Concepto C – 418 de 2023

Temas:

DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de contratos / CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance / CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de asociación – Objeto – Alcance / ARTÍCULO 96 DE LA LEY 489 DE 1998 – ESAL / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Naturaleza jurídica / ESQUEMAS ASOCIATIVOS TERRITORIALES – Definición – Entidades territoriales – Personas jurídicas – Capacidad contractual / PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES – EGCAP – Esquemas asociativos territoriales – Fundamento

Radicación:

Respuesta a consulta P20230831014686

Respetado señor Ramírez:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta realizada el 30 de agosto de 2023.

1. Problemas planteados

Usted realiza la siguiente pregunta: “Los Centros Provinciales de Gestión Agroempresarial, dada su naturaleza pública, pueden participar en procesos de selección bajo el régimen del Decreto 092 de 2017?” (SIC)

2. Consideraciones

De acuerdo con las facultades otorgadas por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”¹. Esto significa que no podemos pronunciarnos sobre casos particulares o sobre preguntas que no contengan dudas sobre la aplicación de una norma general en materia de contratación pública, así las cosas, en esta respuesta nos centraremos en la explicación normativa alrededor de su consulta. Con este objetivo se analizarán las diferencias entre los contratos del artículo 355 de la Constitución Política y los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, así como la posibilidad de suscribirlos únicamente con entidades privadas sin ánimo de lucro.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, con fundamento en el Decreto autónomo 092 de 2017, en particular en los Conceptos 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-057 del 18 de marzo de 2020, 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

¹ “Artículo 3º. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

[...] 5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.

“Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes: [...] 8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-364 de 26 de julio de 2021, C-379 de 20 de julio de 2021, C- 537 del 27 de septiembre de 2021, C-021 del 22 de febrero de 2022, C-236 del 27 de abril de 2022, C-273 del 6 de mayo de 2022, C-274 del 6 de mayo de 2022, C-291 del 18 de mayo de 2022, C-331 del 24 de mayo de 2022, C-477 del 26 de julio de 2022, C-550 del 31 de agosto de 2022, C-560 del 7 de septiembre de 2022, C-624 del 28 de septiembre de 2022, C-771 del 30 de diciembre de 2022, C-853 del 9 de diciembre de 2022 y C-259 del 4 de julio de 2023². Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

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 desarrollo³. 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 entidad⁴.

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: **i)** los

² 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>.

³ 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.

⁴ 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 aquellas 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".



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y **ii)** los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre ésta y la ESAL, 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 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar este dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación. Solo cuando se reúnan estas condiciones es procedente celebrar contratos del artículo 355 de la Constitución Política; de lo contrario, se aplicarán las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

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”⁵. En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. **El convenio de asociación no es conmutativo**, y por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los

⁵ Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes⁶.

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las **figuras asociativas autorizadas por la ley**, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio. Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación "no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio", las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, las ESAL, aporte al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse.

La noción "seleccionar de forma objetiva", contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión total a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación. Por ello, la entidad puede tomar la decisión de acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

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**

⁶ Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 2201913000008611.



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 comutativo 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 2017⁷. Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

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 pública⁸.

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. 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 entidad sin ánimo de lucro 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 definidas por la doctrina como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un

⁷ Cfr. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047.

⁸ Concepto del 24 de febrero de 2005, con radicado No. 1626, C.P. Dra. Gloria Duque Hernández



FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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. (Cursivas propias)

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.**

Aunque el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se refiere genéricamente a la noción "personas jurídicas particulares", lo cierto es que los *convenios de asociación* que regula esa norma únicamente pueden celebrarse con ESAL. Esto es así porque el inciso segundo de la misma disposición establece que tales convenios "se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política", norma que le permite al "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 de texto). Es de resaltar que el artículo 355 de la Constitución fue



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

desarrollado por el Decreto 92 de 2017, cuyo artículo 5 señala concretamente que los negocios jurídicos se deben celebrar únicamente con las ESAL.

En relación con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conviene señalar, acorde con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007⁹, que aquellas son entidades descentralizadas por servicios, independientemente de la naturaleza y porcentaje de su capital. En otras palabras, aunque el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ser *oficiales, mixtas o privadas*¹⁰, estas tres especies ingresan en la categoría de las *entidades descentralizadas por servicios*. Adicionalmente, debe recordarse que en dicha Sentencia el alto tribunal afirmó que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios *mixtas y privadas* son tipos *especiales* de entidades descentralizadas por servicios que, por tanto, no pueden encasillarse en las otras especies de entidades descentralizadas por servicios enlistadas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, es decir, que no cabe considerarlas, verbigracia, dentro de las sociedades públicas ni en las sociedades de economía mixta. En efecto:

[...] la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, *sino también una naturaleza jurídica especial*; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. *Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de*

⁹ Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰ En lo pertinente, dicho artículo señala:

"[...]"

14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares".



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.

[...]

[...] después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean "sociedades de economía mixta". A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad¹¹. (Énfasis fuera de texto).

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 establece que "Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, *deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado*" (Énfasis fuera de texto). Es decir que en tal evento esa es la *naturaleza* de la empresa de servicios públicos domiciliarios. Así lo reconoció la Corte Constitucional en un apartado del fallo que se viene comentando, pues "[...] el artículo 17 de la Ley en cita define así *la naturaleza jurídica* de las empresas de servicios públicos" (Énfasis fuera de texto). El Consejo de Estado también ha considerado, interpretando el mismo artículo, que las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden tener la *forma* de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades por acciones. Lo dijo, por ejemplo, para otorgarles a las empresas industriales y comerciales del Estado que prestaran servicios públicos domiciliarios el carácter de entidades públicas e indicar que, por tanto, eran sujetos pasivos de la contribución especial prevista en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006. En tal sentido, dicha corporación judicial indicó:

La Sala precisa que el acto acusado resolvió la consulta referida a una empresa de servicios públicos domiciliarios de naturaleza pública, toda vez que como se puso de presente se constituyó como empresa Industrial y Comercial del Estado, organismo que al tenor del artículo 38 de la Ley

¹¹ Sentencia C-736 de 2007.



FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

489 de 1998, hace parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del poder público.

Ahora, el artículo 19 ibídem enuncia como régimen jurídico de las empresas en mención, las reglas, entre otras, sobre la denominación, duración, aportes, mecanismos de constitución, registro, emisión, colocación de acciones, causales de disolución.

[...]

La Corte Constitucional en la sentencia C-318 de 1998 aludió al elemento subjetivo para determinar el contrato de obra pública a que se refiere la contribución en cuestión. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal (empresa industrial y comercial del Estado), y celebra un contrato de obra está en el supuesto de la descripción del hecho gravado que contempla el artículo 6º de la Ley 1106 de 2006¹².

En otras palabras, con fundamento en la jurisprudencia se concluyó que a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que, según el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, se conformaran como empresas industriales y comerciales del Estado se les tenía en cuenta esta naturaleza jurídica –la de empresas industriales y comerciales del Estado–, para hacerlas destinatarias de la contribución especial. También en un reciente concepto la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios recordó que el legislador permitió que las empresas de servicios públicos domiciliarios adoptaran la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, pero que el plazo para que esto se diera ya venció. En palabras de este organismo, “Los plazos legales para efectuar la transformación a que alude el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, de las entidades descentralizadas en Empresas Industriales y Comerciales del Estado, venció el 3 de enero de 1998, por lo que, a partir de tal fecha, aquéllas que no lo hicieron, debieron constituirse como sociedades por acciones; mientras que el término de transformación para la Nación y a las entidades territoriales (departamentos, municipios, distritos), que prestaban directamente los servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con el artículo 182 referido, venció el 11 de enero de 1996”¹³.

Por lo demás, ni la Ley 489 de 1998 ni la Ley 142 de 1994 tipifican la existencia de empresas de servicios públicos solidarias, cooperativas o comunitarias que tenga la categoría de entidades privadas sin ánimo de lucro. En esta medida, las

¹² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 1 de 2012. Consejero ponente: William Giraldo Giraldo. Expediente 17907.

¹³ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto C-766 de 2021.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

empresas de servicios públicos no son destinatarias del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, razón por la que no pueden celebrar convenios de asociación conforme al artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

Ahora bien, en lo que respecta a la naturaleza jurídica de "Los Centros Provinciales de Gestión Agroempresarial" es menester referirnos a **los esquemas asociativos territoriales**, como entidades territoriales que son, dentro de los cuales se subsumen las entidades objeto de consulta. Así pues, el artículo 286 de la Constitución Política establece que "Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas". Además, dispone que "La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y **provincias** que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley". En desarrollo de este precepto normativo, la Ley 1454 de 2011, "por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones", regula los denominados **esquemas asociativos territoriales, como mecanismos de cooperación entre aquellas entidades**. En tal sentido, el artículo 10 de dicha Ley señala que "Constituirán esquemas asociativos territoriales las regiones administrativas y de planeación, las regiones de planeación y gestión, las asociaciones de departamentos, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, **las provincias administrativas y de planeación, y las asociaciones de municipios**".

En cuanto a la constitución de los esquemas asociativos territoriales, el artículo 11 de la Ley en comento establece que "Las asociaciones de entidades territoriales se conformarán libremente por dos o más entes territoriales para prestar conjuntamente servicios públicos, funciones administrativas propias o asignadas al ente territorial por el nivel nacional, ejecutar obras de interés común o cumplir funciones de planeación, así como para procurar el desarrollo integral de sus territorios". En armonía con lo anterior, el artículo 17 del mismo cuerpo normativo señala, frente a la naturaleza de estos esquemas, que "Las asociaciones de departamentos, las provincias y las asociaciones de distritos y de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman". Por tal razón, el artículo 18 les reconoce capacidad contractual.

Dicho lo anterior, cabe señalar que el régimen contractual de los esquemas asociativos territoriales es el Estatuto General de Contratación de la Administración



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

Pública –en adelante EGCAP–. Lo anterior se fundamenta en lo previsto en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que define como entidades estatales, sujetas a dicho Estatuto 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”. Así las cosas, el EGCAP establece que las personas jurídicas en las que el Estado tenga participación mayoritaria –como sucede, precisamente, en los esquemas asociativos territoriales– son entidades estatales, para efectos contractuales, razón por la cual se someten a dicho Estatuto.

De otro lado, incluso de forma más precisa, el fundamento normativo respecto del régimen contractual de los esquemas asociativos territoriales se encuentra en el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, que, de forma clara, señala que se regirán por el EGCAP. En efecto, dicha disposición prescribe: “Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Por tanto, se concluye que el régimen contractual de estas entidades no es especial, puesto que, por mandato legal, se someten al EGCAP.

3. Respuesta

“Los Centros Provinciales de Gestión Agroempresarial, dada su naturaleza pública, pueden participar en procesos de selección bajo el régimen del Decreto 092 de 2017?” (SIC)

Como se expuso en las consideraciones, los convenios de asociación tienen como finalidad que la entidad estatal, **cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo**, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley. En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. **El convenio de asociación no es conmutativo, y por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes.**

De conformidad con lo anterior, 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. 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.**

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. 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 entidad sin ánimo de lucro no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación.

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.**

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica de “Los Centros Provinciales de Gestión Agroempresarial” es menester referirnos a los **esquemas asociativos**



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

territoriales, como entidades territoriales que son, **dentro de los cuales se subsumen las entidades objeto de consulta**. Así pues, el artículo 286 de la Constitución Política establece que “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas”. Además, dispone que “La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y **provincias** que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”. En desarrollo de este precepto normativo, la Ley 1454 de 2011, “por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, regula los denominados **esquemas asociativos territoriales, como mecanismos de cooperación entre aquellas entidades**. En tal sentido, el artículo 10 de dicha Ley señala que “Constituirán esquemas asociativos territoriales las regiones administrativas y de planificación, las regiones de planeación y gestión, las asociaciones de departamentos, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, **las provincias administrativas y de planificación**, y las asociaciones de municipios”.

En otras palabras, **teniendo en cuenta cada necesidad**, y de acuerdo con el objeto a contratar, los esquemas asociativos territoriales, como contratantes y destinatarios del EGCAP, deberán adelantar los diferentes procesos de selección, de acuerdo con el Estatuto General de Contratación, . Esto simplemente reitera la idea orientadora, en el sentido de que, al tratarse de entidades estatales sometidas al EGCAP, cuando fungen como contratantes, para seleccionar a sus contratistas deberán aplicar los procedimientos de selección establecidos para las entidades sometidas a dicho estatuto contractual. Así las cosas, para cumplir la finalidad atribuida a los esquemas asociativos territoriales, estos pueden emplear cualquiera de los procedimientos de selección de contratistas establecidos en el artículo 2 de la ley 80 de 1993, de acuerdo con las causales y criterios de procedencia de cada una de dichas modalidades de selección.

En todo caso, corresponde a cada entidad estatal realizar el correspondiente análisis para determinar si procede o no la celebración de un determinado contrato de asociación de acuerdo con la situación fáctica y jurídica particular del caso concreto, para lo cual las consideraciones expuestas en el presente concepto constituyen un instrumento orientador. Lo anterior en razón a que, 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



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

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,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Gabriel Alejandro Murcia Taboada
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Adriana Katerine López Rodríguez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE

