CCE-DES-FM-17

**DECRETO 92 DE 2017 – Contratos del artículo 355 de la Constitución Política**

El Decreto 92 de 2017 desarrolló los contratos previstos en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, así como los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Teniendo en cuenta la consulta planteada, el análisis en esta ocasión se centrará en los contratos del artículo 355 de la Constitución Política de 1991 reglamentados en el Decreto 92 de 2017.

El artículo 355 de la Constitución Política proscribe cualquier tipo de donación por parte del Estado a personas de derecho privado, y dispone 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. El Gobierno Nacional reglamentará la materia».

**DECRETO 92 DE 2017 – Contratos de colaboración – Autorización a representante legal**

La autorización previa y expresa del representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir bajo esta modalidad, atiende a la importancia que implica la ejecución de un programa previsto en el Plan de Desarrollo para cualquier Entidad Estatal, lo cual, también define el motivo por el cual la Entidad Estatal debe utilizar el procedimiento especial del artículo 355 de la Constitución Política y no el Sistema de Compra Pública, independientemente de si existe solo una ESAL que pueda desarrollar el objeto del proceso o si existen varias ESAL que lo pueden hacer, indicando la necesidad de adelantar un proceso competitivo entre ellas, , por tal razón, dicha autorización debe acreditarse en los Documentos del Proceso.

**CONTRATOS DE COLABORACIÓN – Decreto 92 de 2017 – Suspensión provisional de algunos artículos – Aplicación actual**

De conformidad con el auto de suspensión provisional del 6 de agosto de 2019, emitido por el Consejo de Estado, la contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 92 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional, es decir, el segundo inciso del artículo 1; los literales a y c del artículo 2; el quinto inciso del artículo 2; el segundo inciso del artículo 3 y el inciso final del artículo 4.

Por lo tanto, las entidades públicas que desean celebrar contratos de interés público, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, deberán contratar con ESAL de reconocida idoneidad, teniendo en cuenta las siguientes características del proceso: i) no se debe condicionar el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco debe condicionar a que la contratación con las ESAL garantice la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo; iii) el objeto del contrato debe estar acorde con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo y no necesariamente estar previstos directamente en ellos; iv) no se puede condicionar únicamente que las actividades o programas correspondan exclusivamente a 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, por lo que basta con cumplir el anterior numeral (iii); v) el contrato no puede establecer una relación conmutativa, en la cual, haya una contraprestación directa a favor de la entidad, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato y vi) el representante legal debe autorizar de manera previa y expresa la contratación con ESAL a través del procedimiento especial establecido en el Decreto 92 de 2007, y acreditar tal circunstancia en los Documentos del Proceso.

****

Bogotá, 29 Octubre 2021

Señor

**ALEX ALBERTO ESTUPIÑAN GONZÁLEZ**

**BOGOTÁ D.C.**

**Concepto C – 609 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DECRETO 92 DE 2017 – Contratos del artículo 355 de la Constitución Política / DECRETO 92 DE 2017 – Contratos de colaboración – Autorización a representante legal / CONTRATOS DE COLABORACIÓN –- Decreto 92 de 2017 - Suspensión provisional de algunos artículos - Aplicación actual |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210827007760. |
|  |  |

Estimado señor Estupiñan:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 16 de septiembre de 2021.

1. **Problema planteado**

El peticionario planteó el siguiente problema:

En aplicación del decreto 092-2017 y teniendo en cuenta la suspensión provisional de algunos numerales e incisos del artículo segundo del mismo, se requiere saber y obtener claridad para determinar en que casos definidos en el decreto es necesario la expedición de una aprobación del representante legal de la Entidad Estatal para suscribir contratos en el marco de mencionada norma. Aplicaría la expedición de dicha autorización para el trámite del proceso competitivo.

1. **Consideraciones**

Para resolver los interrogantes formulados, esta dependencia analizará los siguientes temas: i) el artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 92 de 2017; y ii) el régimen aplicable luego del auto de suspensión provisional del Consejo de Estado.

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 92 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-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-364 de 26 de julio de 2021, C-379 de 20 de julio de 2021 y C- 537 del 27 de septiembre de 2021. Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1 El artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 92 del 2017**

El Decreto 92 de 2017 desarrolló los contratos previstos en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, así como los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Teniendo en cuenta la consulta planteada, el análisis en esta ocasión se centrará en los contratos del artículo 355 de la Constitución Política de 1991 reglamentados en el Decreto 92 de 2017.

El artículo 355 de la Constitución Política proscribe cualquier tipo de donación por parte del Estado a personas de derecho privado, y dispone 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. El Gobierno Nacional reglamentará la materia».

En desarrollo del mandato reglamentario señalado en esta disposición constitucional, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 92 de 2017, el cual dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las entidades privadas sin ánimo de lucro – ESAL. Tal como se mencionó, el Decreto regula dos 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, reglamentados en los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 92 de 2017; 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, reglamentados en el artículo 5 del Decreto 92 de 2007.

De esta manera, es posible diferenciar los convenios de asociación, regulados en el artículo 5, de los contratos de colaboración, establecidos en el artículo 2 del Decreto 92 de 2017. En efecto, el artículo 5 expresamente señala que los convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2 y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5o, 6o, 7o y 8o.

En complemento de lo anterior, es oportuno señalar que los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, acordes con los planes de desarrollo. Por este motivo, no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL. Ello, por cuanto el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento.

Para celebrar estos contratos y seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, según lo establecen los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 92 de 2017, la entidad 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; ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar esté dirigido 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 de la Administración Pública –en adelante EGCAP–; iii) que la ESAL sea de reconocida idoneidad, es decir, cuando «es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar. En consecuencia, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro le deberá permitir a esta desarrollar el objeto del Proceso de Contratación que adelantará la Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal»; iv) cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que se requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro, se deberá adelantar un proceso competitivo; y v) que se cuente con la autorización previa y expresa del representante legal de la entidad estatal para cada proceso contractual en particular.

La autorización previa y expresa del representante legal para cada contrato en particular que la entidad estatal planee suscribir bajo esta modalidad, atiende a la importancia que implica la ejecución de un programa que resulte acorde con el Plan de Desarrollo para cualquier entidad estatal. Lo anterior también define el motivo por el cual la entidad debe utilizar el procedimiento especial del artículo 355 de la Constitución Política y no el Sistema de Compra Pública, independientemente de si existe solo una ESAL que pueda desarrollar el objeto del proceso, o si existen varias ESAL que lo pueden hacer, indicando la necesidad de adelantar un proceso competitivo entre ellas.

Además, el requisito consistente en contar con la autorización previa y expresa por parte del representante legal y que esta conste en los Documentos del proceso, es una exigencia que se establece de forma precisa en los incisos finales del artículo 2 del Decreto 92 de 2017[[1]](#footnote-1). Además, como se advierte, el requisito se establece para cada contrato en particular que la entidad planee suscribir, siempre que se trate de uno de los *convenios de colaboración* regulados en el artículo 2 *ibidem*, por lo que la norma no distingue en el sentido de definir si aplica para procesos competitivos o no competitivos, por lo que aplicará en cualquiera de los supuestos. Sin embargo, cabe aclarar que dicha exigencia no aplicaría para los *convenios de asociación* de que trata el artículo 5 de dicho decreto, toda vez que como lo establece este último artículo «estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0092_2017.html#2)o y están regidos por el artículo [96](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998_pr002.html#96) de la Ley 489 de 1998 y los artículos [5](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0092_2017.html#5)o, [6](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0092_2017.html#6)o, [7](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0092_2017.html#7)o y [8](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0092_2017.html#8)o del presente decreto».

**2.2. Régimen aplicable luego del auto de suspensión provisional del Consejo de Estado**

El Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera –Expediente 62.003–, estudió la solicitud de suspensión provisional del segundo inciso del artículo 1; los literales a y c del artículo 2; el quinto inciso del artículo 2; el segundo inciso del artículo 3; el inciso final del artículo 4 y el artículo 5 del Decreto 92 de 2017.

 La primera norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 92 de 2017, el cual establece que la interpretación de las expresiones que se encuentran en mayúsculas en el Decreto 92 de 2017 se harían de conformidad con la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública. Esa Corporación señaló que esta disposición, así como el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 92 de 2017, exceden la potestad reglamentaria, que está exclusivamente asignada al Presidente de la República, toda vez que la esencia de la facultad reglamentaria es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable. Por ello, el Presidente no la puede delegar en una entidad como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que a través de una guía reglamente los vacíos de un Decreto. Al respecto señaló:

En efecto, dejar espacios «vacíos» para que Colombia Compra Eficiente defina el alcance y la interpretación de ciertas expresiones y dicte las «pautas» y «criterios» para desarrollar la materia reglamentada no es otra cosa que delegar la reglamentación, pues materialmente se le encomienda a otra autoridad administrativa la labor de completar el ejercicio reglamentario que hizo el Gobierno Nacional o, cuando menos, se le encomienda la tarea de complementar una reglamentación insuficiente que hizo la autoridad competente, tarea que no puede ser asignada por el Presidente de la República a ningún otro organismo o entidad de la administración (distinto del Gobierno Nacional), puesto que, sin duda, quien estaría concurriendo materialmente en tal caso a reglamentar la norma constitucional sería la autoridad delegataria y no el competente para ello, según lo dispuesto por el constituyente.

En virtud de este análisis, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el segundo inciso del artículo primero y el segundo inciso del artículo 3, lo que significa que los contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro no tienen que aplicar la «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.

La segunda norma que analizó el Consejo de Estado fue el literal a), del artículo 2, del Decreto 92, el cual establece que únicamente se podrá contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro 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 .

En relación con esta norma, encontró que el literal a) del artículo 2 establece dos 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 señala:

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.

Así mismo, 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.

En este orden de ideas, 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, además no solo se pueden celebrar contratos para los objetos específicos señalados en el Decreto 92 de 2017.

En tercer lugar, el Consejo de Estado examinó el literal c) y el inciso 5 del artículo 2 del Decreto, señalando que contraría la norma constitucional al condicionar que los contratos solo se pueden celebrar cuando no exista oferta en el mercado, sometiendo su celebración a que, de existir oferta, la contratación con las entidades sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo. Lo anterior, considerando que se desconocería la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro, lo cual implica que ellas no participan en el mercado de bienes y servicios de la misma forma que las demás sociedades. En este sentido, el Consejo de Estado manifestó:

El propósito de garantizar la libre competencia en el mercado –como se advierte de la lectura del acto acusado– no se ajusta a la finalidad de la norma constitucional en cita, pues desconoce que las entidades sin ánimo de lucro no participan en el mercado de bienes y servicios como lo hacen las demás y, por la misma razón, no se les pueden aplicar las reglas de selección contenidas en el Estatuto General de la Contratación Pública. Las entidades a las cuales la norma constitucional busca apoyar son entidades que (i) no tienen ánimo de lucro y (ii) desarrollan programas y actividades de interés público con reconocida idoneidad. No son, entonces, entidades creadas para competir en el mercado.

Así las cosas, se suspendió provisionalmente el literal c) y el inciso 5º del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, razón por la cual los procesos de contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro no quedan condicionados, como requisito obligatorio, a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios, ni a que la ESAL garantice la mejor oferta y la optimización de los recursos públicos. Esto, atendiendo a que esas condiciones son propias de la contratación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y no del régimen jurídico especial que establece el artículo 355 de la Constitución Política.

La cuarta norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, el cual hace referencia a la posibilidad de contratar directamente cuando el objeto del contrato esté relacionado con actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que únicamente pueden ejecutar determinadas personas jurídicas o naturales. Para la Sala, esta norma vulnera el principio de igualdad, por establecer un privilegio para determinadas personas jurídicas o naturales que ejecuten únicamente las actividades allí previstas, contratándolas sin realizar un proceso competitivo. El Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos.

Puestas así las cosas, el despacho no encuentra motivo alguno para que se prescinda del proceso de selección cuando se identifique que el programa o actividad de interés público es ofrecido por más de una persona –natural o jurídica– simple y llanamente porque el objeto del proceso de contratación corresponda a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica. Esta razón, por tanto, es suficiente para concluir que el Gobierno Nacional le otorgó un tratamiento privilegiado a quienes desarrollen tales actividades (artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica) lo cual resulta claramente violatorio de la igualdad que debe gobernar este tipo de procedimientos contractuales. No se entiende, entonces, cuál es la razón para que se le asigne un tratamiento distinto a la contratación con este tipo de actividades (artísticas, culturales, deportivas y de promoción a la diversidad étnica) frente a las actividades de interés público de otra naturaleza.

Por último, en quinto lugar, el Consejo de Estado analizó la solicitud de suspensión del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, que reglamenta los convenios de asociación que prevé el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Concluyó que el análisis de esta norma debe realizarse a profundidad para establecer si efectivamente existe una contradicción normativa que implique que se afectó la competencia del legislador. En consecuencia, negó la solicitud de suspensión provisional, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia.

 Sin perjuicio de los efectos del auto de suspensión provisional del 6 de agosto de 2019, la contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 92 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional, es decir, el segundo inciso del artículo 1; los literales a y c del artículo 2; el quinto inciso del artículo 2; el segundo inciso del artículo 3 y el inciso final del artículo 4.

 Por tanto, las entidades públicas que desean celebrar *contratos de interés público*, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, deberán contratar con ESAL de reconocida idoneidad, teniendo en cuenta las siguientes características del proceso: i) no se debe condicionar el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco debe condicionar a que la contratación con las ESAL garantice la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo; iii) el objeto del contrato debe estar acorde con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo y no necesariamente estar previstos directamente en ellos; iv) no se puede condicionar únicamente que las actividades o programas correspondan exclusivamente a 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, por lo que basta con cumplir el anterior numeral (iii); v) el contrato no puede establecer una relación conmutativa, en la cual, haya una contraprestación directa a favor de la entidad, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato y vi) el representante legal debe autorizar de manera previa y expresa la contratación con ESAL a través del procedimiento especial establecido en el Decreto 92 de 2007, y acreditar tal circunstancia en los Documentos del Proceso.

**3. Respuesta**

«En aplicación del decreto 092-2017 y teniendo en cuenta la suspensión provisional de algunos numerales e incisos del artículo segundo del mismo, se requiere saber y obtener claridad para determinar en que casos definidos en el decreto es necesario la expedición de una aprobación del representante legal de la Entidad Estatal para suscribir contratos en el marco de mencionada norma. Aplicaría la expedición de dicha autorización para el trámite del proceso competitivo».

Conforme a lo expuesto en torno a la suspensión provisional de las normas señaladas, esta Subdirección considera que la autorización previa y expresa del representante legal para cada contrato en particular que la entidad estatal planee suscribir bajo la modalidad establecida en los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 92 de 2007 con una ESAL de reconocida idoneidad, aplica independientemente de si existe solo una ESAL que pueda desarrollar el objeto del proceso o si existen varias ESAL que lo pueden hacer, indicando la necesidad de adelantar un proceso competitivo entre ellas. Esto, por cuanto el aparte del artículo 2 que se refiere a la autorización en mención, no fue suspendido por el Consejo de Estado en el Auto del 6 de agosto de 2019.

Además, el requisito consistente en contar con la autorización previa y expresa por parte del representante legal y que esta conste en los Documentos del proceso, es una exigencia que se establece de forma precisa en los incisos finales del artículo 2 del Decreto 92 de 2017[[2]](#footnote-2). Además, como se advierte, el requisito se establece para cada contrato en particular que la entidad planee suscribir, siempre que se trate de uno de los *convenios de colaboración* regulados en el artículo 2 *ibidem*, por lo que la norma no distingue en el sentido de definir si aplica para procesos competitivos o no competitivos, por lo que aplicará en cualquiera de los supuestos. Sin embargo, cabe aclarar que dicha exigencia no aplicaría para los *convenios de asociación* de que trata el artículo 5 de dicho decreto, toda vez que como lo establece este último artículo «estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0092_2017.html#2)o y están regidos por el artículo [96](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998_pr002.html#96) de la Ley 489 de 1998 y los artículos [5](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0092_2017.html#5)o, [6](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0092_2017.html#6)o, [7](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0092_2017.html#7)o y [8](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0092_2017.html#8)o del presente decreto».

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar FlórezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual ANCP -CCE (E) |

1. Decreto 92 de 2017: «Artículo 2o. procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. 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 y del presente decreto, siempre que el Proceso de Contratación reúna las siguientes condiciones:

[…]

»Estas Entidades Estatales pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del presente decreto, previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir bajo esta modalidad. El representante legal de la Entidad Estatal no podrá delegar la función de otorgar esta autorización.

»La Entidad Estatal deberá acreditar en los Documentos del Proceso la autorización respectiva». [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 92 de 2017: «Artículo 2o. procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. 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 y del presente decreto, siempre que el Proceso de Contratación reúna las siguientes condiciones:

[…]

»Estas Entidades Estatales pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del presente decreto, previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir bajo esta modalidad. El representante legal de la Entidad Estatal no podrá delegar la función de otorgar esta autorización.

»La Entidad Estatal deberá acreditar en los Documentos del Proceso la autorización respectiva». [↑](#footnote-ref-2)