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

**TIPOS DE CONTRATOS – Artículo 355 – Constitución – 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*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

De un lado, 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 esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la ESAL contratista.

De otro lado, los *convenios de asociación* “[…] [t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Ley 489 – Artículo 96 – Entidad Estatal**

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse “con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”, elementos dentro de los que resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al treinta por ciento (30%), o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Aporte económico de la ESAL – Mecanismo de recaudo**

Ahora bien, respecto al recaudo de los aportes, debe señalarse que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en la “Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, señaló que: “[…] la exigencia de recursos en dinero se puede cumplir con instrumentos financieros, jurídicos y contables que sean transables y que tengan liquidez suficiente para ser equivalentes al dinero”. Sin embargo, debe insistirse en que la entidad será autónoma en definir el mecanismo que le parezca más conveniente para el recaudo de los recursos económicos. Además, dichos recursos deberán comprometerse en actividades orientadas a la ejecución de los objetivos comunes de la asociación con la respectiva Entidad Pública, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

**ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES – Autorización contratos – Facultad Gobernador**

Teniendo en cuenta la consulta planteada, de acuerdo a la interpretación sistemática de las disposiciones analizadas y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el artículo 300, numeral 9, constitucional, se concluye que en cada caso deberá revisarse si existe o no norma especial que exigiera una autorización previa de la Asamblea Departamental dirigida al gobernador para suscribir contratos estatales. Tratándose de los convenios de asociación a los que hace referencia en su consulta, en principio el Decreto 092 de 2017 no consagra la exigencia de esa autorización por parte de la Asamblea Departamental. Los incisos tercero y cuarto del artículo 2 del Decreto citado exigen que las Entidades Estatales cuenten con "previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir bajo esta modalidad", facultad de autorización que, al tenor de la norma, el representante legal no podrá delegar. Además, dispone que dicha autorización deberá acreditarse en los documentos de proceso.

Bogotá D.C., 28 de mayo de 2024.



Interfaz de usuario gráfica, Texto, Aplicación, Chat o mensaje de texto

Descripción generada automáticamente

Señor

**Ivan Acevedo**

Leticia, Amazonas

**Concepto C-071 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Fundamento / TIPOS DE CONTRATOS – Artículo 355 – Constitución – ESAL / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Ley 489 – Artículo 96 – Entidad Estatal / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Aporte económico de la ESAL – Mecanismo de recaudo / ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES – Autorización contratos – Facultad Gobernador |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20240413003849 – Acumulada P20240413003850 |

Estimado señor Acevedo:

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 13 de abril de 2024.

1. **Problema planteado**

Respecto de los convenios de asociación, usted formula la siguiente consulta:

“Una entidad territorial puede suscribir un convenio de asociación con una ESAL sin autorización de la asamblea departamental?” (SIC).

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes 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 de la contratación estatal.

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[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

En atención de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) Régimen jurídico aplicable a los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución Política, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017 y; ii) autorización de las asambleas departamentales a los gobernadores para celebrar contratos.

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 y C-274 del 05 de mayo de 2022. 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-771 del 29 de diciembre de 2022 y C,-045 del 25 de abril de 2024[[2]](#footnote-2). Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

**2.1. Régimen jurídico aplicable a los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución Política, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017. Reiteración de línea**

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con entidades sin ánimo de lucro – en adelante ESAL – con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[3]](#footnote-3). Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998[[4]](#footnote-4) 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*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017[[5]](#footnote-5).

De un lado, 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 esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la ESAL contratista.

De otro lado, los *convenios de asociación* “[…] [t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”[[6]](#footnote-6).

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse “con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”, elementos dentro de los que resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al treinta por ciento (30%), o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

En estos convenios 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. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio.

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, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento (30%), en dinero, del valor del convenio para celebrarlo directamente, pues de lo contrario deberá adelantarse un proceso competitivo. 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. Cuando 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 ESAL para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

En suma, las Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia, la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas. Este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

Ahora bien, el Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A –Exp. 62.003–, estudió la solicitud de suspensión provisional[[7]](#footnote-7) del inciso 2 del artículo 1, literales a y c del artículo 2, inciso 5 del artículo 2, inciso 2 del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 092 de 2017. No obstante, sobre esta última norma concluyó que el análisis de esta disposición 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 frente a la última disposición relacionada con los convenios de asociación, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia de fondo. Por tanto, si se pretende realizar un *convenio de asociación* con ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las Entidades Públicas, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, conviene precisar que mediante Auto del 15 de marzo de 2022[[8]](#footnote-8), el Consejo de Estado levantó la medida cautelar de suspensión provisional respecto del inciso 2 del artículo 1 y el inciso 2 del artículo 3, del Decreto 092 de 2007, por lo que surten en la actualidad efectos jurídicos[[9]](#footnote-9).

Como se explicó, en relación con los convenios de asociación, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia; salvo en aquellos casos en que *una* ESAL comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio[[10]](#footnote-10), y siempre que la Entidad Estatal verifique previamente que no existe ninguna otra ESAL que ofrezca aportes en dinero iguales o superiores al treinta por ciento (30%), ya que en este último evento también deberá adelantar un proceso competitivo. De hecho, en relación con la naturaleza y cuantía de los convenios, la norma anteriormente citada no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del treinta por ciento (30%) o cuando aporten recursos en especie. En efecto, solo indica que en esos casos la Entidad Estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la ESAL con la cual celebrará el respectivo convenio.

Finalmente, sintetizando lo expresado en relación con los *convenios de asociación*, la finalidad de los aportes a que se refirió en consideraciones previas está dirigidos concretamente a lograr la ejecución del convenio.

**2.2. Aportes en los *convenios de asociación* y su incidencia en la forma de selección de la ESAL**

Como se indicó, el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 establece que, el proceso para la escogencia de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia. Esto, salvo en aquellos casos en los que una ESAL manifieste su compromiso de aportar recursos en dinero por un valor igual o superior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio, siempre y cuando no existan otras ESAL que ofrezcan aportes en monto igual o superior a dicho porcentaje, pues en este evento también se tendría que realizar un proceso competitivo.

Es decir, según la normativa aplicable, tal como lo indicó esta Agencia en la “Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 “[…] busca reconocer el esfuerzo de la ESAL para conseguir recursos propios o de cooperación para el desarrollo conjunto de actividades de las Entidades Estatales en el marco del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y eximirla de competencia cuando aporta 30% o más de los recursos requeridos”. En similar sentido, Mauricio Rodríguez Tamayo manifiesta:

“El Decreto 092 de 2017 permite la escogencia directa de una ESAL, para la suscripción de un convenio de asociación solo cuando el privado sin ánimo de lucro aporta no menos de 30% en dinero del valor total del convenio. Por supuesto, es necesario acreditar la idoneidad necesaria de la ESAL, para que participe junto con el Estado en la atención y prestación de servicios públicos de naturaleza estatal.

Se podrá contratar directamente por esta causal siempre que esté acreditada cualquiera de las siguientes circunstancias: […] ii) se celebran convenios de asociación a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y la ESAL compromete recursos en dinero en una proporción no inferior a 30% del valor total del convenio”[[11]](#footnote-11).

Sin embargo, según el mismo artículo 5, *si hay más de una ESAL* que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio, esta última debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección. En este evento, la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las ESAL para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación.

Ahora bien, respecto al recaudo de los aportes, debe señalarse que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en la “Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, señaló que: “[…] la exigencia de recursos en dinero se puede cumplir con instrumentos financieros, jurídicos y contables que sean transables y que tengan liquidez suficiente para ser equivalentes al dinero”. Sin embargo, debe insistirse en que la entidad será autónoma en definir el mecanismo que le parezca más conveniente para el recaudo de los recursos económicos. Además, dichos recursos deberán comprometerse en actividades orientadas a la ejecución de los objetivos comunes de la asociación con la respectiva Entidad Pública, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

En ese contexto, cuando el aporte de la ESAL al convenio de asociación, que se realizará con una Entidad Estatal bajo los términos del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, no sea en dinero sino en especie, esto es, con bienes tangibles e intangibles distintos al dinero o que no sean equivalentes a este, en los términos indicados en el párrafo anterior, *no* se aplicará la regla que determina que si el aporte de recursos en dinero es igual o superior a un treinta por ciento (30%) del valor del convenio, este se podrá celebrar de forma directa, por lo que deberá adelantarse un proceso competitivo. No obstante, se precisa que eso no significa que no puedan hacerse aportes en especie, sino que como mínimo debe realizarse un aporte en dinero del treinta por ciento (30%) del valor del convenio de asociación para que pueda aplicar la selección directa de la ESAL, siempre que no haya otra ESAL que realice el mismo ofrecimiento.

De este modo, en los convenios de asociación la ESAL debe aportar un treinta por ciento (30%) total del convenio en dinero para que no proceda el proceso competitivo, el cual podrá tener origen en recursos propios o en recursos de cooperación internacional cuya destinación permita la ejecución y el logro de los objetivos comunes del convenio celebrado con la Entidad Estatal asociada, sin perjuicio de que haya otros aportes en especie que se pacten para la ejecución de las actividades y finalidades de este.

**2.3. Autorización de las Asambleas Departamentales a los gobernadores para celebrar contratos**

El numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política de 1991 –redacción que se conserva incluso con la modificación introducida a la norma por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 1 de 1996– dispone que “Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: […] 9. Autorizar al Gobernador del Departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas Departamentales”.

Similar previsión normativa se encontraba en el numeral 10 del artículo 60 del Decreto Ley 1222 de 1986, “Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental”, el cual señala que: “Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas: “[…] 10. Autorizar al Gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales y ejercer, pro témpore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas”. Esta disposición fue derogada por el artículo 154 de la Ley 2200 de 2022, para en su lugar establecer en el numeral 31 del artículo 19 *ibidem* que le corresponde a las Asambleas Departamentales “31. Autorizar al Gobernador del Departamento para comprometer vigencias futuras, negociar empréstitos, enajenar bienes, activos, acciones y cuotas partes, así como ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas Departamentales”. Nótese que la nueva redacción de la norma no habla de aprobación de contratos.

Por otro lado, el numeral 2 del artículo 305 constitucional consagra dentro de las atribuciones del gobernador la de: “[…] 2. Dirigir r y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes […]”.

Así mismo, el literal b) del numeral 3 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 dispone que son competentes para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva “[…] b) A nivel territorial, los *gobernadores de los departamentos*, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades”.

De conformidad con las disposiciones antes citadas, se advierte que le corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de Ordenanzas, autorizar a los gobernadores para celebrar contratos y estos últimos tienen la función de dirigir y coordinar la acción administrativa del Departamento y suscribir contratos a nombre del ente territorial, como su representante legal.

No obstante lo anterior, es menester advertir que la atribución constitucional de las Asambleas para autorizar la celebración de contratos por parte de los Gobernadores no es absoluta, sino que se debe armonizar con las competencias generales de contratación que la Ley 80 de 1993 le otorgó a dichos mandatarios, pues de lo contrario se estaría aceptando que las referidas corporaciones de elección popular pueden codirigir o intervenir en este tipo de procesos contractuales, eludiendo la expresa prohibición que sobre el particular prevé el numeral 11 del artículo 25 ibidem.

El Consejo de Estado ha señalado que la competencia con la que cuenta el gobernador para contratar no está supeditada a una autorización general para toda la actividad contractual que desarrolle la administración departamental, sino para algunos casos particulares, previa reglamentación por parte de las asambleas, -siempre que estén investidas para hacerlo-, la cual debe ser razonable y proporcional, teniendo en cuenta que la dirección de la actividad contractual está en cabeza de la primera autoridad del departamento y no de dichas corporaciones de elección popular[[12]](#footnote-12).

En otras palabras, no es procedente que las asambleas les exijan a los gobernadores contar con una autorización previa para celebrar todos y cada uno de los contratos que suscriba la administración departamental, sino que dicha atribución debe estar claramente restringida para casos concretos, los cuales se entienden fuera de la competencia general atribuida directamente a dichos mandatarios por la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, es claro que los gobernadores no requieren una autorización general para contratar por parte de las asambleas, teniendo en cuenta que la misma fue otorgada directamente por el artículo 11 la Ley 80 de 1993, por lo tanto, la atribución a la que se refiere el numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política, únicamente se restringe a ciertos casos de contratos que tengan norma especial que exige una autorización previa de la asamblea para efectos de la celebración de contratos.

Teniendo en cuenta la consulta planteada, de acuerdo a la interpretación sistemática de las disposiciones analizadas y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el artículo 300, numeral 9, constitucional, se concluye que en cada caso deberá revisarse si existe o no norma especial que exigiera una autorización previa de la Asamblea Departamental dirigida al gobernador para suscribir contratos estatales. Tratándose de los convenios de asociación a los que hace referencia en su consulta, en principio el Decreto 092 de 2017 no consagra la exigencia de esa autorización por parte de la Asamblea Departamental. Los incisos tercero y cuarto del artículo 2 del Decreto citado exigen que las Entidades Estatales cuenten con "previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir bajo esta modalidad", facultad de autorización que, al tenor de la norma, el representante legal no podrá delegar. Además, dispone que dicha autorización deberá acreditarse en los documentos de proceso.

**3. Respuesta**

“Una entidad territorial puede suscribir un convenio de asociación con una ESAL sin autorización de la asamblea departamental?” (SIC).

Conforme lo expuesto, de conformidad con el numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política de 1991 y el numeral 10 del artículo 60 del Decreto Ley 1222 de 1986, modificado por el artículo 19 de la Ley 2200 de 2022, le corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de Ordenanzas, autorizar a los Gobernadores para celebrar contratos y estos últimos tienen la función de dirigir y coordinar la acción administrativa del Departamento y suscribir contratos a nombre del ente territorial, como su representante legal.

No obstante lo anterior, es menester advertir que la atribución constitucional de las Asambleas para autorizar la celebración de contratos por parte de los Gobernadores no es absoluta, sino que se debe armonizar con las competencias generales de contratación que la Ley 80 de 1993 le otorgó a dichos mandatarios, pues de lo contrario se estaría aceptando que las referidas corporaciones de elección popular pueden codirigir o intervenir en este tipo de procesos contractuales, eludiendo la expresa prohibición que sobre el particular prevé el numeral 11 del artículo 25 ibidem.

El Consejo de Estado ha señalado que la competencia con la que cuenta el Gobernador para contratar no está supeditada a una autorización general para toda la actividad contractual que desarrolle la administración departamental, sino para algunos casos particulares, previa reglamentación por parte de las asambleas, -siempre que estén investidas para hacerlo-, la cual debe ser razonable y proporcional, teniendo en cuenta que la dirección de la actividad contractual está en cabeza de la primera autoridad del departamento y no de dichas corporaciones de elección popular.

En otras palabras, no es procedente que las asambleas les exijan a los gobernadores contar con una autorización previa para celebrar todos y cada uno de los contratos que suscriba la administración departamental, sino que dicha atribución debe estar claramente restringida para casos concretos, los cuales se entienden fuera de la competencia general atribuida directamente a dichos mandatarios por la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, es claro que los gobernadores no requieren una autorización general para contratar por parte de las asambleas, teniendo en cuenta que la misma fue otorgada directamente por el artículo 11 la Ley 80 de 1993, por lo tanto, la atribución a la que se refiere el numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política, únicamente se restringe a ciertos casos de contratos que tengan norma especial que exige una autorización previa de la asamblea para efectos de la celebración de contratos.

Teniendo en cuenta la consulta planteada, de acuerdo a la interpretación sistemática de las disposiciones analizadas y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el artículo 300, numeral 9, constitucional, se concluye que en cada caso deberá revisarse si existe o no norma especial que exigiera una autorización previa de la Asamblea Departamental dirigida al gobernador para suscribir contratos estatales. Tratándose de los convenios de asociación a los que hace referencia en su consulta, en principio el Decreto 092 no consagra la exigencia de esa autorización por parte de la Asamblea Departamental. Los incisos tercero y cuarto del artículo 2 del Decreto 092 de 2017 exigen que las Entidades Estatales cuenten con "previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir bajo esta modalidad", facultad de autorización que, al tenor de la norma, el representante legal no podrá delegar. Además, dispone que dicha autorización deberá acreditarse en los documentos de proceso.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia Del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-1)
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> [↑](#footnote-ref-2)
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. [↑](#footnote-ref-3)
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 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-4)
5. En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, se dijo: “[l]os convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-6)
7. Se precisa que la suspensión provisional, de acuerdo con el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, es una medida cautelar que busca proteger y garantizar, de forma provisional, que la norma demandada no genere actos contrarios al ordenamiento jurídico, razón por la cual, para decretarla es necesario que la transgresión de las normas superiores invocadas surja de la comparación entre estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sala Plena. Auto del 15 de marzo de 2022. Consejera Ponente: Rocío Araujo Oñate. Expediente: 62.003. En esta decisión, en efecto, se decidió: “REVOCAR los numerales primero y tercero de la parte resolutiva del auto proferido el 6 de agosto de 2019, que suspendieron de manera provisional los efectos del inciso segundo del artículo 1 y del inciso segundo del artículo 3 del Decreto 92 de 2017, respectivamente, y en su lugar NEGAR la medida cautelar”, y “CONFIRMAR LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los literales a) y c) del artículo segundo y el inciso quinto de la misma norma, así como del inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, por las razones expuestas”. [↑](#footnote-ref-8)
9. En armonía con lo anterior, las siguientes son las conclusiones que dedujo esta Agencia en relación con los *contratos de colaboración*, tal como se expresa, por ejemplo, en el concepto C-529 del 11 de agosto de 2020: “En este orden de ideas, la contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 092 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional. Por lo tanto, las entidades públicas que desean celebrar contratos de interés público, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, deben contratar con ESAL de reconocida idoneidad, como ya se dijo, realizando un proceso competitivo, y teniendo en cuenta, se insiste, las siguientes características: i) no se debe condicionar el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco se 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; 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); y v) el contrato no establezca una relación conmutativa en el 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”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Decreto 1082, artículo 5: “[…] 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. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional”. [↑](#footnote-ref-10)
11. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio. Contratación pública con Entidades sin ánimo de lucro. Bogotá: Legis Editores, 2017. p. 28. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sala de los Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de enero de 2020. Magistrada Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón. Radicación número: 50001-23-33-000-2017-00266-01 [↑](#footnote-ref-12)