**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.

**AUTORIZACIÓN PREVIA – Decreto 092 de 2017 – Delegación contractual – Permitida – Alcance**

[…], la autorización indelegable del representante legal, ordenada por el enunciado normativo de manera previa, para cada caso concreto, es para “contratar”, es decir, “para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir”. Dicho aval debe materializarse entonces en un acto administrativo, ya que la autorización es unilateral. Ahora bien, como las normas atributivas de competencia son de interpretación restrictiva, debe entenderse que dicha autorización se requiere de manera previa a la celebración del contrato. *No para la suscripción de los actos contractuales o post-contractuales*.

En consecuencia, no quiere decir que el representante legal tenga prohibido delegar la celebración del contrato o toda la etapa de ejecución y liquidación en los servidores públicos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. Expresado en otras palabras, luego de que el representante legal haya impartido la autorización previa mediante acto administrativo, la cual es indelegable, nada se opone a que pueda delegar las demás etapas de la actividad contractual, sino que, por el contrario, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 lo autoriza, en los siguientes términos: “Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”.

Bogotá D.C., 06 de septiembre del 2024



Señora

**Aura Cristina Aguirre Torrejano**

auracristinaaguirretorrejano@gmail.com

Riviera, Huila

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C-416 de 2024** |
| **Temas:**  | CONTRATOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Fundamento / AUTORIZACIÓN PREVIA – Decreto 092 de 2017 – Delegación contractual – Permitida – Alcance |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240730007801. |

Estimada señora Aguirre:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 30 de julio del 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“[…] Aclarar el alcance de la parte final del artículo 2 del Decreto 092 que indica “previa autorización expresa de su representante leal 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.” El acto administrativo debe llevar inmerso la palabra AUTORIZAR o ADELANTAR, el proceso contractual. ¿Quién debe firmar el contrato de colaboración, cuando en la entidad territorial existe un departamento administrativo de contratación a quien se le ha delegado toda esta carga de firmar contratos? […]”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

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

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: i) ¿Cuál es el alcance de la autorización del represente legal de la entidad estatal a la que se refiere el penúltimo inciso del artículo 2 del Decreto 092 de 2017?; ii) ¿Quién tiene la competencia para celebrar contratos de colaboración en las entidades territoriales?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| i) De acuerdo con el penúltimo inciso del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, resulta obligatorio que el representante legal de la Entidad Estatal contratante autorice de manera expresa la celebración de contratos de colaboración. Según lo estipulado por dicha norma, la potestad de expedir dicha autorización no puede ser objeto de delegación. ii) En lo no regulado por el Decreto 092 de 2017, la celebración de contratos con ESALES se regirá por normas generales del sistema de compra pública. En atención a esto, tratándose de entidades territoriales, la competencia para la celebración de contratos de colaboración, en principio, corresponde a los gobernadores de los departamentos y los alcaldes municipales o distritales, con arreglo a lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993. Esto sin perjuicio de la delegación y desconcentración susceptible de ser adelantadas de conformidad con el artículo 12 de la Ley 80 de 1993.  |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con Entidades Sin Ánimo de Lucro -ESAL- para impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[1]](#footnote-2). Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad[[2]](#footnote-3).

El Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, expidió el Decreto 092 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los *contratos de colaboración* o de interés público, con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y; ii) los *convenios de asociación*, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las Entidades Estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*.

De un lado, los *contratos 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 otra parte, los *convenios de asociación* *“[…] [t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”*[[3]](#footnote-4). 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.

Por otro lado, el Decreto 092 de 2017 remite integralmente al Estatuto de Contratación de la Administración Pública para llenar los vacíos normativos de aquel. Por tanto, los artículos 6, 7 y 8 del reglamento autónomo deben interpretarse en bloque, es decir, aplicando la Ley 80 de 1993 a todo supuesto que no esté expresamente regulado en el Decreto 092 de 2017. En esta medida, los *contratos del artículo 355 de la Constitución* y los *convenios de asociación* se rigen por el Decreto y las normas del Estatuto General que sean compatibles con esa figura, como, por ejemplo, los fines de la contratación –art. 3–, los derechos y deberes del contratante y del contratista –arts. 4 y 5–, los consorcios o uniones temporales –art. 7–, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades –art. 8–, los principios de la contratación estatal –art. 23 y ss.–, las tipologías contractuales –art. 32–, el contenido del contrato y la prohibición de adicionarlo en más del cincuenta por ciento –art. 40–, el régimen de perfeccionamiento –art. 41–, las causales de nulidad –art. 44 y ss.–, el régimen de responsabilidad contractual –art. 50 y ss.– y de liquidación de los contratos –art. 60–.

Ahora bien, el penúltimo inciso del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, condiciona la celebración de contratos de colaboración a la previa expedición de una *“[…] autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir bajo esta modalidad”,* la cual según dicho inciso *“[...] no podrá delegar la función de otorgar esta autorización”.* Con relación dicho punto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, indicó en la “Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, lo siguiente:

“La ejecución de un programa previsto en el plan de desarrollo es importante para cualquier Entidad Estatal. Por esto, su representante legal debe saber cómo va a ejecutar ese programa o actividad. Es por esto que el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 señala que el representante legal de la Entidad Estatal debe autorizar la celebración de cada contrato que la Entidad Estatal pretende suscribir en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, función que no puede delegar. Esta autorización es parte de los Documentos del Proceso”[[4]](#footnote-5).

Como puede observarse, la autorización indelegable del representante legal, ordenada por el enunciado normativo de manera previa, para cada caso concreto, es para “contratar”, es decir, “para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir”. Dicho aval debe materializarse entonces en un acto administrativo, ya que la autorización es unilateral. Ahora bien, como las normas atributivas de competencia son de interpretación restrictiva, debe entenderse que dicha autorización se requiere de manera previa a la celebración del contrato. No se requiere para la suscripción de otros acuerdos posteriores a la celebración contrato ni para actos post-contractuales.

En consecuencia, no quiere decir que el representante legal tenga prohibido delegar la celebración del contrato o toda la etapa de ejecución y liquidación en los servidores públicos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. Expresado en otras palabras, luego de que el representante legal haya impartido la autorización previa mediante acto administrativo, la cual es indelegable, nada se opone a que pueda delegar las demás etapas de la actividad contractual, sino que, por el contrario, dando aplicación a el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 se permite la delegación en el entendido que *: “los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”*.

Tratándose de entidades territoriales, la competencia para la celebración de contratos de colaboración, en principio, corresponde a los gobernadores de los departamentos y los alcaldes municipales o distritales, con arreglo a lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 es aplicable a los convenios de interés público celebrados con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, ya que el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 dispone que “La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”. Por consiguiente, como se expresó en el numeral anterior del presente concepto, la ausencia de regulación de una materia en el Decreto 092 de 2017 se debe suplir con las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y disposiciones complementarias–.

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

|  |
| --- |
| * Ley 1150 de 2007.
* Ley 80 de 1993, Artículos 11 y 12.
* Constitución Política, Artículo 355.
* Ley 489 de 1998, Artículo 96.
* Decreto 092 de 2017, Artículos 2, 5, 6, 7 y 8.
* Guía para la contratación con Entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Disponible en: <https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf>
* Jurisprudencia del Consejo de Estado. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/providencias-consejo-de-estado/>
* Guías y manuales expedidos por la ANCP-CCE. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>
 |

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

Sobre el contenido de los contratos regulados en el artículo 355 de la Constitución y en el Decreto 092 de 2017, esta Subdirección se ha pronunciado en los conceptos 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-723 del 09 de diciembre del 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, C-045 del 25 de abril de 2024 y C-071 del 08 de mayo del 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual. Accede a través del siguiente enlace: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Frelatoria.colombiacompra.gov.co%2F&data=05%7C02%7Cana.ortizb%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527916488011%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=in4o%2Be0khWNMSHjVv27rZM0qcYLJmM4DxpEWjOE8yIU%3D&reserved=0) . Te invitamos también a revisar la tercera edición del  Boletín de Relatoría de 2024 en el cual podrás consultar en detalle el marco normativo de documentos tipo: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/files\_2020/boletin\_de\_realtoria\_iii.pdf](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsites%2Fcce_public%2Ffiles%2Ffiles_2020%2Fboletin_de_realtoria_iii.pdf&data=05%7C02%7Cana.ortizb%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527916501665%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=Xt5KL%2F0GJYkS2i6TTfJyLtz9Ein9fwrAQ39aJDBwY5o%3D&reserved=0) "

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ana María Ortiz BallesterosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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

“Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”. [↑](#footnote-ref-3)
3. Concepto del 3 de septiembre de 2019, Radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-4)
4. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_esal.pdf [↑](#footnote-ref-5)