

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Marco normativo – Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011**

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece en forma concreta las reglas de un procedimiento en materia sancionatoria contractual, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso. De conformidad con esta disposición normativa, las «entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento [...]. Para tal efecto observarán [...]» el procedimiento que en ese enunciado normativo se indica.

Cabe destacar que esta norma no se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independientemente de su gravedad, debe hacerse con plena observancia de las reglas procedimentales establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Lo anterior, como consecuencia del «principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete». A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en «todas las actuaciones administrativas», como lo ordena el artículo 29 superior.

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contratos – Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de asociación**

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 de derecho privado. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.

Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96, 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, 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 de 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



## FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 01 DEL 30 DE AGOSTO DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente



96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos están previstos en el artículo 5 ibidem.

Los contratos de colaboración tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, 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. Esto toda vez que el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, la entidad debe adelantar –por regla general– un proceso competitivo para seleccionar la entidad contratista sin ánimo de lucro.

En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos. Por un lado, que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo. Por otra parte, que no exista 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. Lo anterior teniendo en cuenta 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–. Por ello, solo cuando se reúnan estas condiciones, y se cuente con la autorización previa y escrita del representante legal de la entidad estatal, es procedente celebrar contratos de colaboración.

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».

En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y 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 30% del valor total del convenio.

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». Dentro de estos elementos resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban. Dichos aportes pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

### CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Declaratoria de incumplimiento – Aplicación de EGCAP

[L]a articulación normativa del Decreto 092 de 2017 con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispuesta por los artículos 7 y 8 de aquel, hace que en la contratación de entidades estatales con ESALES sean aplicables figuras jurídicas y procedimientos regulados en el EGCAP, a pesar de no



DEPARTAMENTO  
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)

## FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 01 DEL 30 DE AGOSTO DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

Compartido por:



estar expresamente previstos en el reglamento, entre ellos, el procedimiento administrativo sancionatorio dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual deben aplicar las entidades estatales a efectos de declarar incumplimientos en convenios de asociación celebrados conforme los artículo 96 de la Ley 489 de 1996 y 5 del Decreto 092 de 2017.

Bogotá D.C. 9 de noviembre de 2022



Colombia Compra Eficiente

Rad No. RS20221110013594

Anexos: No Con copia: No

Fecha: 09/11/2022 20:32:04



Colombia Compra Eficiente

Señor

**Miguel Cruz Ramírez**

Bogotá D.C.

### Concepto C – 755 de 2022

**Temas:**

PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Marco normativo – Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 / CONTRATACIÓN CON ESAL – Contratos – Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de asociación / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Declaratoria de incumplimiento – Aplicación de EGCAP

**Radicación:**

Respuesta a consulta P20220927009712.

Estimado señor Cruz,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública– Colombia Compra Eficiente responde su consulta de fecha 27 de septiembre de 2022.

### 1. Problema planteado



DEPARTAMENTO  
NACIONAL DE PLANEACIÓN

**Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente**

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)

Versión: 01

Código: CCE-PQRS-FM-08

Fecha: 30 de agosto de 2022

Página 3 de 17



Usted formula la siguiente consulta: «[...] i) ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, para la declaratoria de incumplimiento aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011? ii) ¿En los contratos del artículo 2º del Decreto 92 de 2017, para la declaratoria de incumplimiento aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?».

## 2. Consideraciones

Para resolver su consulta, la Subdirección desarrollará consideraciones sobre las siguientes temáticas: i) Procedimiento administrativo sancionatorio contractual para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; ii) La prevalencia de la norma especial no excluye la aplicación de principios y normas generales complementarias, como lo es el artículo 52 del procedimiento administrativo sancionatorio general del CPACA, atendiendo al principio de subsidiariedad; y iii) contratos del artículo 355 de la Constitución Política y los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Decreto 092 de 2017 y régimen aplicable a la declaratoria de incumplimiento.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, estudió la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, con fundamento en el Decreto autónomo 092 de 2017, en particular, en los Conceptos 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-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, C-537 del 27 de septiembre de 2021, C-579 del 9 de noviembre de 2021, C-021 del 22 de febrero de 2022 y C-624 del 28 de septiembre de 2022. Así mismo, en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-060 del 8 de marzo de 2021, C-528 del 5 de abril de 2021, C-035 y C-040 del 2 de marzo de 2022 y C-061 del 8 de marzo de 2022, esta Agencia estudió la potestad





sancionatoria de las entidades estatales y el procedimiento administrativo que deben efectuar para declarar el incumplimiento y aplicar las sanciones correspondientes, destacando la necesidad de garantizar el debido proceso. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

## 2.1. Procedimiento administrativo sancionatorio contractual para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece en forma concreta las reglas de un procedimiento en materia sancionatoria contractual, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso. De conformidad con esta disposición normativa, las «entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento [...]. Para tal efecto observarán [...]» el procedimiento que en ese enunciado normativo se indica.

Cabe destacar que esta norma no se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independientemente de su gravedad, debe hacerse con plena observancia de las reglas procedimentales establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Lo anterior, como consecuencia del «principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete». A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en «todas las actuaciones administrativas», como lo ordena el artículo 29 superior.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir, las cuales se sintetizan así: i) citación a audiencia. Es obligatorio el envío al contratista y al garante –cuando proceda–, su contenido se aprecia en la norma y se expondrá más adelante. ii) Audiencia. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, así como al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso. Finalmente, iii) Decisión. Debe estar contenida en una resolución motivada donde se consigne lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y lo relativo a la imposición o no de sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el *recurso de reposición* que se interpondrá,





sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia.

Como precisión previa, vale la pena aclarar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De ahí que las entidades de régimen especial en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este. La norma indicada desarrolla el procedimiento de la siguiente manera:

Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;





Compartido por:



c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Como se observa, la citación a la audiencia debe cumplir mínimamente los siguientes aspectos: i) señalar los hechos que soportan la actuación, en particular la descripción detallada de cuáles son las actuaciones u omisiones del contratista que materializan el supuesto incumplimiento de las obligaciones. Además, se deben ii) adjuntar los informes de supervisión o de interventoría que soportan la actuación, donde la entidad fundamenta su decisión de iniciar el procedimiento sancionatorio. Asimismo, iii) lo anterior debe acompañarse de las pruebas adicionales con que cuente la entidad y que sirven para acreditar el incumplimiento. iv) La citación debe contener también las normas, cláusulas u obligaciones posiblemente violadas o incumplidas por el contratista. Igualmente, v) debe indicar cuáles consecuencias podrían generarse para el contratista, verbigracia, si se pretende imponerle alguna multa, hacerse efectiva la cláusula penal o declarar la caducidad del contrato. Adicionalmente, vi) las entidades estatales podrán cuantificar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento –inciso primero del artículo 86–, esta facultad, en palabras de la Corte Constitucional, «[...] está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho [...]», y, finalmente, vii) deben indicar el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, sin perjuicio de que esta se pueda efectuar por medios electrónicos.

En suma, el procedimiento pormenorizado previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es el que impera actualmente en materia sancionatoria contractual y bajo el cual las entidades

**DEPARTAMENTO  
NACIONAL DE PLANEACIÓN****Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente****Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia**[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)



sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública deberán desarrollar las actuaciones con miras a la declaratoria de incumplimiento e imposición de multas y sanciones en ejercicio de su deber de vigilancia y control de los contratos estatales. En el mismo sentido, el Consejo de Estado conceptuó sobre el tema, señalando lo siguiente:

[...]

Como puede verse, la norma reitera la competencia de las entidades estatales de imponer unilateralmente, mediante acto administrativo, las multas pactadas en el contrato, previa la celebración de una audiencia en la cual se inicia y agota todo el procedimiento para la ejecutoria de la sanción o la terminación del mismo, si ha cesado el incumplimiento. En esta audiencia, el contratista podrá ejercer su derecho de defensa y contradicción, para lo cual puede aportar o solicitar pruebas. Una vez se ejerza ese derecho, la entidad adoptará la decisión sobre la imposición de la multa mediante resolución motivada y se sustentará y decidirá el recurso de reposición que presenten los afectados. Lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 podría entenderse como el desarrollo más depurado y concreto del derecho al debido proceso en materia de la adopción de medidas sancionatorias de carácter contractual, recogiendo los avances jurisprudenciales y doctrinales que se dieron desde la expedición de la ley 1150 de 2007. En consecuencia, es el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 la norma que actualmente regula la materia, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

Además, pese a que la norma no establece un término mínimo previo entre el momento de la citación y la celebración de la audiencia, con la finalidad de respetar los principios de la función administrativa y el debido proceso, la citación debe otorgar un término razonable y suficiente para que el contratista y el garante se preparen para ella y logren ejercer materialmente su derecho de defensa. En todo caso, la razonabilidad de dicho término dependerá de cada procedimiento y de la complejidad del material probatorio, debiendo ser razonable y suficiente.

Finalmente, luego de expedido el acto administrativo que decida el procedimiento administrativo sancionatorio contractual en audiencia pública, el contratista tiene aún la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción contra la decisión administrativa de la entidad contratante que le sea desfavorable, haciendo uso del recurso de reposición, recurso que no es obligatorio, pero que si se interpone, luego de notificada la decisión por estrados -por ser una decisión proferida en audiencia- se debe resolver por la entidad contratante en la misma audiencia.





Notificada la decisión que resuelve el eventual recurso de reposición en la misma audiencia, adquiere firmeza el acto administrativo que se ha proferido, con lo cual culmina el procedimiento sancionatorio contractual.

## **2.2. La prevalencia de la norma especial no excluye la aplicación de principios y normas generales complementarias, como lo es el artículo 52 del procedimiento administrativo sancionatorio general del CPACA, atendiendo al principio de subsidiariedad**

El desarrollo del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 supone la aplicación previa y concomitante de un marco normativo regido por el derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política. Este derecho fundamental rige en todas las actuaciones judiciales y administrativas, inclusive en el procedimiento administrativo general, tal y como lo dispone el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, que, con similar propósito, prescribe: «En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción [...]».

En este sentido, debe considerarse que las actuaciones contractuales de las entidades estatales sometidas al EGCAP se complementan con la regulación general de las actuaciones administrativas, pues ese es el sentido del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 que establece que en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esa ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, establece que «los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo», siendo posible acudir a la aplicación normativa complementaria y concordante del CPACA, sin perjuicio de la primacía de la norma especial.

A su turno, los artículos 47 a 52 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA consagran unas normas y garantías mínimas del procedimiento administrativo sancionatorio general, cuya aplicación es de carácter supletorio, tal y como se dispone en el primer artículo mencionado, cuyo texto relevante es el siguiente:





Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

[...]

PARÁGRAFO 1. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.

PARÁGRAFO 2. En los procedimientos administrativos sancionatorios fiscales el término para presentar descargos y solicitar o aportar pruebas será de cinco (5) días.

Como puede verse, la norma somete la aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio general del CPACA para asuntos que no estén regulados por normas especiales que rijan la materia, en armonía con el artículo 34 del mismo cuerpo normativo que dispone que las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que establece el CPACA, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, consagrando la primacía de la aplicabilidad de las normas especiales en materia administrativa sancionatoria.

Respecto a los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, el parágrafo 1 del artículo 47 del CPACA expresamente dispone que estos se rigen por las normas especiales en la materia, incluido los recursos. Por tal razón, en principio la norma aplicable para ejercer las potestades sancionatorias contractuales es el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que comporta un procedimiento especial, célere, eficaz y sumario, llevado a cabo en audiencia pública y que brinda las garantías mínimas al contratista para ejercer su derecho de defensa y contradicción, justificadas en el debido proceso, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Sin perjuicio de lo anterior, puede considerarse que, dado el carácter supletivo del procedimiento administrativo sancionatorio del CPACA, las reglas de este procedimiento pueden complementar los aspectos no previstos en las normas especiales que rigen el procedimiento administrativo sancionatorio contractual. La anterior conclusión se sustenta en lo siguiente: i) el primer inciso del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 establece una remisión a las normas del CPACA





que rigen los procedimientos administrativos, en lo que sea compatible con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y ii) los artículos 2 y 47 (inciso 1) del CPACA, consagran el principio de subsidiariedad, en virtud del cual las normas de la primera parte del código se deben aplicar en aquellos casos en los cuales haya vacío en las normas especiales.

Definido lo anterior se observa que el artículo 52 del CPACA es la norma que consagra la caducidad de la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones, que opera luego de transcurridos tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, plazo dentro del cual el acto administrativo sancionatorio debe quedar expedido y notificado. Además, estableció de manera independiente y autónoma el término de un (1) año para resolver los recursos procedentes contra el acto sancionatorio, contado a partir de la interposición de los mismos, so pena de la pérdida de competencia. Finalmente, dispuso que si los recursos no se deciden en el término fijado, se entenderán resueltos a favor del recurrente.

Ahora bien, en vista de que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no reguló este asunto de manera especial, resultaría posible aplicar el artículo 52 del CPACA, si las circunstancias de un caso concreto lo ameritan, porque no contradice la norma especial, sino que la complementa. Lo anterior aun cuando el artículo 86 de la Ley 1474 establece que el recurso de reposición debe resolverse en la misma audiencia; pero no regula la consecuencia de lo que ocurriría si la entidad contratante no lo resuelve en esa oportunidad, situación irregular que entraría a suplirse con lo dispuesto en la norma del procedimiento sancionatorio general.

La anterior interpretación guarda armonía con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, frente al respeto por el debido proceso en las actuaciones administrativas sancionatorias. En efecto, por virtud de este derecho fundamental y de los principios de eficacia, eficiencia y legalidad de las actuaciones administrativas, aplicables a la contratación estatal, conforme al artículo 23 de la Ley 80 de 1993, no podrían aceptarse dilaciones injustificadas e inobservancia de las formas propias del procedimiento sancionatorio contractual, reglas que no permiten dejar sin definición la situación jurídica del contratista que ha sido vinculado a un procedimiento para ser sujeto pasivo de la potestad sancionatoria del Estado.

**2.3. Contratos del artículo 355 de la Constitución Política y los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Decreto 092 de 2017 y régimen aplicable a la declaratoria de incumplimiento.**





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 de derecho privado. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo<sup>1</sup>.

Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96, 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<sup>2</sup>.

El Gobierno nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución, 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 de 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 están previstos en el artículo 5 *ibidem*.

Los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, 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

<sup>1</sup> Sobre esta norma consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 220191300007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 420191300008240.

<sup>2</sup> «Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. 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».





una relación conmutativa entre esta y la ESAL. Esto toda vez que el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, la entidad debe adelantar –por regla general– un proceso competitivo para seleccionar la entidad contratista sin ánimo de lucro.

En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos. Por un lado, que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo. Por otra parte, que no exista 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. Lo anterior teniendo en cuenta 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–. Por ello, solo cuando se reúnan estas condiciones, y se cuente con la autorización previa y escrita del representante legal de la entidad estatal, es procedente celebrar contratos de colaboración.

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»<sup>3</sup>.

En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y 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 30% del valor total del convenio.

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». Dentro de estos elementos resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban. Dichos aportes pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

<sup>3</sup> Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512.





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», la entidad debe asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, conforme al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse»<sup>4</sup>.

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede entenderse como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede 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.

Por tanto, 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 procedimiento que definan las entidades estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas. Esto permite que la selección sea análoga a otros procedimientos donde existe competencia, como la licitación pública.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación, a pesar de estar regulados de forma prevalente por el Decreto 092 de 2017, no se encuentran excluidos de la aplicación de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011. Esto dado que el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 dispone que también está sujeto a normas generales de la contratación

<sup>4</sup> Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611.





pública, salvo lo expresamente regulado por el este reglamento<sup>5</sup>. En concordancia con esto, el artículo 7 consagra la aplicación de los principios de la contratación y normas presupuestales<sup>6</sup>.

De acuerdo con lo anterior, la articulación normativa del Decreto 092 de 2017 con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispuesta por los artículos 7 y 8 de aquel, hace que en la contratación de entidades estatales con ESALES sean aplicables figuras jurídicas y procedimientos regulados en el EGCAP, a pesar de no estar expresamente previstas en el reglamento.

Es por lo anterior por lo que, al no estar regulado un procedimiento especial en el Decreto 092 de 2017 para la declaratoria de incumplimiento de los convenios de asociación, dicha actuación debe entenderse regida por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, comoquiera es esta la norma general que rige este tipo de procedimientos en el ámbito de la contratación pública, por lo que se encuentra comprendida por la remisión dispuesta por los artículos 7 y 8 del Decreto 092 de 2017. Lo anterior máxime aun considerando que la aplicación del artículo 86 no distingue entre tipos de incumplimientos y toda vez es lo que impone se impone a efectos de garantizar el derecho al debido proceso del contratista.

### 3. Respuesta

« i) ¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, para la declaratoria de incumplimiento aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011? ii) ¿En los contratos del

<sup>5</sup> Decreto 092 de 2017 «Artículo 8°. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. 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».

<sup>6</sup> Decreto 092 de 2017 «Artículo 7°. Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOPI). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y esta publicar en el SECOPI, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos».





artículo 2º del Decreto 92 de 2017, para la declaratoria de incumplimiento aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?»

El Decreto 092 de 2017 tiene como objeto reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. En tal sentido, el Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Bajo este contexto, el Decreto 092 de 2017 es aplicable a los contratos entre las Entidades Estatales del gobierno nacional, departamental, distrital o municipal y ESAL independientemente de la denominación que las partes den al acto jurídico y de la parte que tuvo la iniciativa de celebrarlo. Estos contratos se celebran para impulsar programas y actividades previstas en los planes de desarrollo y proceden exclusivamente cuando busquen 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; o las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana.

El ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017 obedece a la excepcionalidad del tipo de contratación a la que hace referencia el artículo 355 de la Constitución Política y no a la naturaleza jurídica del contratista. Si la Entidad Estatal adquiere o se abastece de un bien, producto o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una entidad sin ánimo de lucro, debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el del Decreto 092 de 2017.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación, a pesar de estar regulados de forma prevalente por el Decreto 092 de 2017, no se encuentran excluidos de la aplicación de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011. Esto dado que el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 dispone que también está sujeto a normas generales de la contratación pública, salvo lo expresamente regulado por el este reglamento. Por su parte, el artículo 7 consagra la aplicación de los principios de la contratación y normas presupuestales.

En ese sentido, la articulación normativa del Decreto 092 de 2017 con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispuesta por los artículos 7 y 8 de aquel, hace que en la contratación de entidades estatales con ESALES sean aplicables figuras jurídicas y



## FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 01 DEL 30 DE AGOSTO DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente



procedimientos regulados en el EGAP, a pesar de no estar expresamente previstos en el reglamento, entre ellos, el procedimiento administrativo sancionatorio dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual deben aplicar las entidades estatales a efectos de declarar incumplimientos en convenios de asociación celebrados conforme los artículo 96 de la Ley 489 de 1996 y 5 del Decreto 092 de 2017.

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

Atentamente,

Original Firmado  
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

Elaboró: Diana Fabiola Herrera Hernández  
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



DEPARTAMENTO  
NACIONAL DE PLANEACIÓN

**Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente**

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)