**ESAL –Decreto 092 de 2017 – Potestad – Celebración – Convenios – Gobierno Nacional**

El Decreto 92 de 2017, que reglamenta el art. 355 de la Constitución Política, la competencia para suscribir los contratos a los que se refieren estas normas corresponde a «El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal», pero la expresión Gobierno ofrece discusión, pues no es claro a cuáles entidades concretas se refiere, de allí la necesidad de analizar su alcance.

“[…] El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno […]”

**ESAL – Posibilidad – Suscripción – Convenios – Entidades descentralizada – Rama Ejecutiva**

En este sentido, y para reforzar la idea que se viene comentando, téngase presente que el art. 355 también dice que los gobiernos departamental, distrital y municipal pueden celebrar estos contratos, lo que hace imposible entender que Gobierno solo corresponda a lo previsto en el art. 115, porque colide directamente con el art. 355 de la misma norma.

Para la Subdirección de Gestión Contractual parece evidente la intención no solo del Constituyente sino también del reglamento autónomo, de no circunscribir el sentido de la expresión Gobierno a lo dispuesto en el artículo 115, porque claramente el art. 355 amplió su campo de aplicación a todos los niveles territoriales, aunque no identificó las entidades. Así las cosas, a pesar de que la Constitución ofrece una acepción restringida de la expresión que se analiza, ella misma “así como el Decreto 092 de 2017” no adoptó ese sentido restringido sino uno amplio, que coincide con la idea de Administración pública.

Bogotá D.C., **12/12/2019 Hora 17:30:59s**

Señor (a)

**Ciudadano**

Ciudad

# N° Radicado: 2201913000009196

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201912000006320 |
| **Temas:** | Contratación con entidades sin ánimo de lucro, noción de gobierno |
| **Tipo de asunto consultado:** | Posibilidad de contratar con entidades sin ánimo de lucro por parte de entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva. |

Estimado señor(a),

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 16 de septiembre de 2019, 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.

# Problema Planteado

El peticionario formula la siguiente pregunta: “Teniendo en cuenta que la ‘Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad’ indica en el literal A) del numeral III) lo siguiente: ‘El artículo 355 de la Constitución Política hace referencia exclusivamente a los gobiernos. En consecuencia, las Entidades Estatales que no pertenecen a la rama ejecutiva no están autorizadas a celebrar convenios o contratos en desarrollo de esta norma’.

“¿Puede una Agencia, como entidad del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva de Orden Nacional, contratar bajo lo preceptuado en el artículo 2º del Decreto 092 de 2017?”.

# Consideraciones

Según el Decreto 92 de 2017, que reglamenta el art. 355 de la Constitución Política, la competencia para suscribir los contratos a los que se refieren estas normas corresponde a

«El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal», pero la expresión Gobierno ofrece discusión, pues no es claro a cuáles entidades concretas se refiere, de allí la necesidad de analizar su alcance.

La reflexión conduce a examinar, en conjunto, el articulado de la Constitución Política con el fin de identificar qué se entiende por esa expresión. El artículo 115 ofrece una definición, de conformidad con la cual: “[…] El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno […]”. De sujetarse estrictamente a esta disposición, se trata de un concepto especial, que no equivale al de Administración pública, pues los sujetos que conforman a aquel no se corresponden totalmente con los que conforman a esta; además, la mayoría de las entidades que integran a la Administración no pertenecen a aquel.

De admitirse el anterior sentido -es decir, la diferencia entre los dos conceptos-, la suscripción de los contratos del artículo 355 se limitaría a quienes forman parte del Gobierno -presidente y ministros o directores de departamento administrativo-, por lo tanto, ninguna otra entidad publica, por ejemplo una descentralizada del nivel central, o una territorial y sus descentralizadas, podría celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, sino que, por el contrario, los únicos autorizados serían el presidente, los ministros y los directores de departamento administrativo, pero además en forma conjunta, no individualmente, pues es reunidos que forman la Gobierno.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-910 del 31 de octubre de 2007, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, estudió la constitucionalidad del artículo 38, numeral 2, literal f –parcial–, de la Ley 489 de 1998, donde distinguió entre Gobierno y Administración Pública, señalando que el primero es la autoridad máxima de la Administración Pública, pero no todas las entidades que hacen parte de esta conforman el gobierno:

Este plexo de normas superiores exige a la Corte estudiar si es posible entender que la Constitución distingue entre los conceptos de Rama Ejecutiva, Gobierno y Administración Pública. Sobre el particular encuentra lo siguiente:

Del artículo 115 puede inferirse que Gobierno es la cabeza de la Rama Ejecutiva y está conformado de manera general por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos; no obstante, para “cada negocio particular”, el Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes constituyen el Gobierno. De esta manera, puede afirmarse que el Gobierno forma parte de la Rama Ejecutiva, como su cabeza, pero que no toda la Rama Ejecutiva conforma el Gobierno.

El concepto de “Gobierno” y su distinción frente a las nociones de “Rama Ejecutiva” o de “Administración Pública” obedece a la índole política de la función propiamente gubernamental; en esta esfera de funciones, el Gobierno ejerce la dirección u orientación de toda la Rama Ejecutiva o de la Administración Pública, es decir, traza los rumbos y las metas hacia los cuales debe dirigirse su actividad.

En cambio, las funciones no gubernamentales sino simplemente ejecutivas o administrativas carecen de este acento político. Así por ejemplo, las funciones presidenciales de inspección vigilancia y control son funciones de naturaleza administrativa, ya que por no involucrar el señalamiento de políticas, no corresponden a actos de gobierno. Ahora bien, tal diferencia funcional repercute en la estructura orgánica estatal y determina la precisión constitucional que marca la distinción entre Gobierno y Rama Ejecutiva o Administración.

Según esta providencia, el concepto Gobierno hace referencia al órgano que tiene a cargo la dirección de la Administración pública, sin embargo, el Gobierno nacional solo está conformado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamento administrativo, en el ramo respectivo; así que las demás entidades de la Administración, entre ellas las del sector descentralizado, hacen parte de la rama ejecutiva pero no del Gobierno.

De conformidad con lo anterior, y aplicado al art. 355 de la Constitución, tendría que entenderse que estos contratos solo podría suscribirlos el presidente con los ministros y directores de departamento administrativo, además conjuntamente, por ser quienes constituyen el Gobierno nacional, según el artículo 115 de la Constitución.

En medio de esta dificultad, el Decreto 092 de 2017 entendió que las personas que pueden celebrar los contratos a los que se refiere el art. 355 son todas las que conforman la rama ejecutiva, porque el articulo 1 dispuso que “El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para 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”, es decir, que no solo pueden suscribir estos contratos el Gobierno sino en general la Administración publica.

Por la anterior razón, la Agencia Nacional de Contratación Publica - Colombia Compra Eficiente, también entiende que la expresión “Gobierno” no debe entenderse en el sentido estricto del art. 115 de la Constitución Política, sencillamente porque no se adecúa a otras expresiones del artículo 355 de la Constitución Política ni a su finalidad, lectura que lo hace inoperante.

Además, no es posible entender que la expresión “Gobierno” del art. 115 de la Constitución, se aplique, por analogía, al nivel territorial, para concluir que el alcalde y el gobernador junto con el Secretario de Despacho respectivo, constituyan ese órgano. Definitivamente no existe un equivalente semejante a nivel territorial, pero si en gracia de discusión lo hubiera tampoco sería adecuado para aplicar el art. 355 de la Constitución.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-011 de 1994, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, expresó que la interpretación de las normas jurídicas le impone al operador jurídico no seguir el entendimiento que conduzca al absurdo o a ideas contrarias a la finalidad de la Ley, sino que se debe buscar “el sentido razonable de la disposición dentro de un contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática- finalísima”. En este sentido, la interpretación del artículo 355 de la Carta Política se debe hacer en relación con la finalidad de la norma, esto es, prohibir los auxilios y permitir la ejecución de actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo a través de la celebración de contratos con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, lo cual solo es posible si se entiende en sentido amplio, es decir, que todas las entidades que forman parte de la Administración Pública o Rama Ejecutiva pueden celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro, para la ejecución de actividades de interés público.

En este sentido, y para reforzar la idea que se viene comentando, téngase presente que el art. 355 también dice que los gobiernos departamental, distrital y municipal pueden celebrar estos contratos, lo que hace imposible entender que Gobierno solo corresponda a lo previsto en el art. 115, porque colide directamente con el art. 355 de la misma norma.

Fue por todo lo anteriormente analizado que el Decreto 092 de 2017 entendió -como también lo hizo la “Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, expedida por Colombia Compra Eficiente-, que la expresión Gobierno en realidad se refiere a todas las entidades estatales que forman parte de la rama ejecutiva del poder público, en todos los órdenes y niveles -nacional, departamental, distrital y municipal-.

Finalmente, en relación con la conformación de la Administración Pública o Rama Ejecutiva del poder público, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado que la expresión “Administración Pública” incluye a todos los organismos de la rama ejecutiva, pero no a las demás ramas y órganos autónomos consagrados en la Constitución1. En este sentido, y de acuerdo con los artículos 115 de la Constitución Política, y los artículos

38 y 39 de la Ley 489 de 1998, la Rama Ejecutiva está conformada por entidades y organismos centralizados y descentralizados por servicios, del orden nacional y territorial.

1 Corte Constitucional, sentencia C-910 del 31 de octubre de 2007. Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra: “La Corte no se ha ocupado todavía de definir de manera concreta el concepto de administración central. Sin embargo, en distintas sentencias ha establecido diferenciaciones, de las que se puede deducir que este concepto abarca todos los organismos de la Rama Ejecutiva nacional, pero no comprende las demás ramas ni los órganos autónomos que fueron consagrados en la Constitución. Así, por ejemplo, en la sentencia C-527 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se precisó que el numeral 14 del artículo 189 de la Carta no era aplicable a la Contraloría "debido a que es un órgano autónomo e independiente, excluido de la rama ejecutiva, la cual corresponde a la administración central".

A esta conclusión se llega, se reitera esta idea, si se tiene en cuenta que el art. 355 alude a los distintos niveles territoriales a los que aplica: nacional, departamental, distrital y municipal, demostrando que el análisis es más complejo, y que no se puede reducir al sentido del art. 115 de la constitución.

En medio de la contradicción, para la Subdirección de Gestión Contractual parece evidente la intención no solo del Constituyente sino también del reglamento autónomo, de no circunscribir el sentido de la expresión Gobierno a lo dispuesto en el artículo 115, porque claramente el art. 355 amplió su campo de aplicación a todos los niveles territoriales, aunque no identificó las entidades. Así las cosas, a pesar de que la Constitución ofrece una acepción restringida de la expresión que se analiza, ella misma “así como el Decreto 092 de 2017” no adoptó ese sentido restringido sino uno amplio, que coincide con la idea de Administración pública.

De conformidad con lo anterior, las entidades que pueden suscribir los contratos del art. 355 de la Constitución son las que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, pues el artículo hace referencia al Gobierno en sentido amplio, es decir, excluye a las otras ramas del poder público. En este sentido, aunque se amplíe la acepción a su máxima expresión, no incluye a las ramas legislativa y judicial, ni a los órganos de control y electoral.

Ahora, los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998 definen las entidades que hacen parte de la rama ejecutiva, indicando, el primero, la composición de la rama ejecutiva, y el segundo las entidades descentralizadas2. Según lo expresado, las entidades que

2 El artículo 68 dispone que: “Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

“Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

“Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

“PARAGRAFO 1o. De conformidad con el inciso segundo del artículo de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. “PARAGRAFO 2o. Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

pertenecen son, en el Sector Central: a) la Presidencia de la República; b) la Vicepresidencia de la República; c) Los Consejos Superiores de la administración; e) Los ministerios y departamentos administrativos y f) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica. En el Sector descentralizado por servicios: a) los establecimientos públicos; b) las empresas industriales y comerciales del Estado; c) las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica; d) las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; e) los institutos científicos y tecnológicos; f) las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta y g) las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

# Respuesta

Los contratos con entidades sin ánimo de lucro a los que hace referencia el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mediante el cual se reglamenta lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política, solo pueden ser suscritos por las entidades que pertenecen a la Administración Pública o Rama Ejecutiva en los diferentes ordenes territoriales -nacional, departamental, distrital y municipal- y no por las entidades que pertenecen a las demás ramas del poder público ni a los órganos autónomos señalados en la Constitución Política.

Por consiguiente, una entidad descentralizada del orden nacional puede contratar con entidades sin ánimo de lucro, en virtud de lo previsto en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, toda vez que estas entidades hacen parte de la Administración Pública.

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

Atentamente,



Proyectó: Sergio Mateo Avila

“PARAGRAFO 3o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993”.