**CONVENIOS CON ESAL – Fundamento normativo**

El artículo 355 de la Constitución Política establece la prohibición de decretar auxilios o donaciones a las ramas y órganos del poder público en favor de personas naturales o jurídicas. Establece igualmente que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán con sus propios recursos contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.

 **DECRETO 092 DE 2017 –Suspensión provisional**

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en el proceso con radicación número: 11001- 03-26-000-2018-00113-01(62.003), del 6 de agosto de 2019, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, decidió solicitud de suspensión provisional del inciso 2º del artículo 1, literales “a” y “c” del artículo 2, inciso 5º del artículo 2, inciso 2º del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 092 de 2017, en el marco del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad.

La suspensión provisional, de acuerdo con la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo-, 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 decretarlas, 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 allegadas con la solicitud

**DECRETO 092 DE 2017 ─ Aplicación – Disposiciones suspendidas**

[…] el Decreto 092 de 2017 sigue aplicando para la contratación entre entidades estatales y entidades sin ánimo de lucro en lo que no se refiera a las disposiciones que están suspendidas, y que fueron explicadas antes; sin embargo, las entidades estatales que deseen celebrar contratos de interés público con entidades sin ánimo de lucro como regla general deben realizar un proceso competitivo.

Bogotá D.C., **08/10/2019 Hora 18:9:35s**

# N° Radicado: 2201913000007532

Señor **Ciudadano** Ciudad

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201912000005823 |
| **Temas:** | Decreto 092 de 2017 |
| **Tipo de asunto consultado:** | Suspensión provisional del Decreto 092 de 2017 |

Estimado señor,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- responde su consulta del 27 de agosto 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

“Quisiera saber el procedimiento a aplicar, si el Consejo de Estado decidió de fondo y específicamente lo relativo al artículo 5 del decreto el cual establece que no estará sujeto a competencia cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30%”.

# Consideraciones

El artículo 355 de la Constitución Política establece la prohibición de decretar auxilios o donaciones a las ramas y órganos del poder público en favor de personas naturales o jurídicas. Establece, igualmente, que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo, así:

Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en el proceso con radicación número: 11001- 03-26-000-2018-00113-01(62.003), del 6 de agosto de 2019, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, decidió solicitud de suspensión provisional del inciso 2º del artículo 1, literales “a” y “c” del artículo 2, inciso 5º del artículo 2, inciso 2º del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 092 de 2017, en el marco del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad.

La suspensión provisional, de acuerdo con la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo-, 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 decretarlas, 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 allegadas con la solicitud[[1]](#footnote-1).

Pero se advierte que la adopción de la suspensión provisional del Decreto 092 de 2017, fue parcial, así que como medida cautelar no se extiende a la totalidad del Decreto.

Frente a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 092, las pautas de interpretación de las disposiciones y definiciones del Decreto 092 se harán de acuerdo con la guía de la Agencia Nacional de Contratación Pública, y el inciso 2 del artículo 3 se refiere al deber que tienen las entidades estatales, al momento de definir los documentos de proceso, así como las características para acreditar la idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro, de tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía ya mencionada[[2]](#footnote-2).

El Consejo de Estado, al analizar el inciso 2 del artículo 1 y el inciso 2 del artículo 3, consideró que dichas disposiciones exceden la potestad reglamentaria, que por disposición constitucional está exclusivamente a cargo del Presidente de la República, porque la esencia de la facultad reglamentaria es su carácter permanente, intransferible e irrenunciable; en otras palabras, el Presidente no puede delegarla en una entidad, como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que a través de una guía reglamente los vacíos de un Decreto[[3]](#footnote-3).

En consecuencia, el Alto Tribunal suspendió provisionalmente el inciso 2° del artículo 1 y el inciso 2 del artículo 3 del mencionado Decreto, de manera que los contratos que celebren las entidades estatales de los diferentes niveles con las entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad no tienen que aplicar la “guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad” de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

De otro lado, el literal a) del artículo 2 del Decreto 092 dispone que como requisito para la procedencia de contratos con entidades sin ánimo de lucro que el objeto del contrato corresponda de manera directa con los planes de desarrollo del orden nacional y territorial, y que a la vez busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción a la diversidad étnica colombiana[[4]](#footnote-4).

Respecto de esta norma, el Consejo de Estado encontró que es contraria al artículo 355 de la Constitución, por dos razones: primera, porque cuando dispone que el objeto del contrato debe relacionarse de manera “directa” con los planes de desarrollo del nivel nacional o del nivel territorial, según corresponda, está en contravía del artículo 355 constitucional, pues dispuso que el objeto del contrato debe ser “acorde” con los planes de desarrollo, es decir, debe estar en armonía con el plan nacional o seccional de desarrollo[[5]](#footnote-5).

La segunda razón por la que el Alto Tribunal encuentra que el literal a) del artículo 2 es contrario a la constitución es porque consagra que el objeto del contrato debe: “buscar exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción a la diversidad étnica colombiana”, y esto impone una condición que no prevé el artículo constitucional[[6]](#footnote-6).

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado suspendió la disposición porque el objeto de los contratos que busquen celebrarse con entidades sin ánimo de lucro debe ser “acorde” con los planes nacionales o seccionales de desarrollo, y no estar previstos “directamente” en ellos, además de que deben celebrar únicamente contratos con entidades sin ánimo de lucro para los objetos específicos señalados en el Decreto 092 de 2017.

Otra norma acusada fue el literal c y el inciso 5 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017. La Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que son contrarias a la Constitución porque condicionan la celebración de los contratos con entidades sin ánimo de lucro a la inexistencia de ofertas en el mercado, y en caso de existir que el contrato con la entidad sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, economía y manejo del riesgo, toda vez que se estaría desconociendo la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro, que implica que no participan en el mercado de bienes y servicio de la misma forma que las sociedades comerciales[[7]](#footnote-7).

Así las cosas, el Consejo de Estado suspendió de manera provisionalmente el literal c) y el inciso 5º del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, razón por la cual los procesos de contratación, para contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro, no pueden exigir la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios, ni que la ESAL garantice la mejor oferta y la optimización de los recursos públicos, pues estas condiciones son propias de la contratación del Estatuto General de la Contratación Pública y no del régimen jurídico especial que establece el artículo 355 de la Constitución Política.

La cuarta norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso final del artículo 4 del Decreto 092 de 2017, el cual hace referencia a la posibilidad de contratar directamente cuando el objeto del contrato esté relacionado con actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que únicamente pueden ejecutar determinadas personas jurídicas o naturales[[8]](#footnote-8). Para la Sala, esta norma vulnera claramente el principio de igualdad por establecer un privilegio para determinadas personas jurídicas o naturales que ejecutaran únicamente las actividades allí previstas, contratándolas sin realizar un proceso competitivo. Dijo el Consejo de Estado:

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

Por consiguiente, suspendió provisionalmente el inciso final del artículo 4, al concluir que se viola el principio de igualdad, por lo tanto, la contratación para la ejecución de actividades y programas de interés público debe realizarse a través de un proceso competitivo para escoger a la entidad sin ánimo de lucro.

Por último, el Consejo de Estado analizó la solicitud de suspensión del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, que reglamenta los convenios de asociación que prevé el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Concluyó que el análisis de esta norma debe realizarse a profundidad para establecer si efectivamente existe una contradicción normativa que implique que se afectó la competencia del legislador, en consecuencia, negó la solicitud de suspensión de esta norma.

En conclusión, el Decreto 092 de 2017 sigue aplicando para la contratación entre entidades estatales y entidades sin ánimo de lucro en lo que no se refiera a las disposiciones que están suspendidas y que fueron explicadas antes. En cualquier caso, si las entidades estatales desean celebrar contratos de interés público con entidades sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, a los que se refiere el artículo 355 de la Constitución, deben realizar un proceso competitivo.

Como quiera que su solicitud se circunscribe al ámbito de aplicación del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, es importante señalar que esta disposición es diferente respecto a los demás artículos del Decreto.

El Decreto 092 de 2017 previó que las entidades sin ánimo de lucro puedan comprometer recursos en dinero, propios o provenientes de cooperación internacional, para la ejecución de esas actividades en una participación que no sea menor al 30% del valor total del convenio. Para tal efecto la entidad estatal debe encargarse de aportar el 70% restante del valor total del convenio.

Sin embargo, si hay más de una entidad sin ánimo de lucro que ofrezca el compromiso de los recursos en los términos antes descritos, la entidad estatal deberá seleccionar de forma objetiva a la entidad y justificar los criterios para la selección. Presupuesto que aplica igualmente cuando el compromiso en dinero de las entidades sin ánimo de lucro es inferior al 30%.

Así las cosas, para aplicar el artículo 5 del Decreto 092, la entidad estatal debe, en primer lugar, verificar la existencia de las entidades sin ánimo de lucro que estén interesadas en ofrecer el compromiso de sus recursos en dinero que no sea inferior al 30% de los recursos del valor total del contrato, porque si existe más de una entidad sin ánimo de lucro interesada, la entidad estatal está obligada a adelantar el proceso competitivo.

La posibilidad de celebrar un convenio de asociación de manera directa con una entidad sin ánimo de lucro que ofrece comprometer sus recursos en dinero siempre debe ser posterior a la verificación, por parte de la entidad estatal, de la existencia de otras organizaciones sin ánimo de lucro que no estén interesadas en hacer el aporte.

# Respuesta

El Decreto 092 de 2017 sigue aplicando para la contratación entre entidades estatales y entidades sin ánimo de lucro en lo que no se refiera a las disposiciones que están suspendidas, y que fueron explicadas antes; sin embargo, las entidades estatales que deseen celebrar contratos de interés público con entidades sin ánimo de lucro como regla general deben realizar un proceso competitivo.

En lo que se refiere al ámbito de aplicación del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, es importante señalar que es diferente respecto de los demás artículos del Decreto, porque hace posible que la celebración de convenios de asociación no esté sometida a procesos competitivos. El Decreto previó que las entidades sin ánimo de lucro comprometan recursos en dinero propios o provenientes de cooperación internacional para la ejecución de esas actividades en una participación que no sea menor al 30% del valor total del convenio. Para tal efecto la entidad estatal debe aportar el 70% restante.

Sin embargo, si hay más de una entidad sin ánimo de lucro que ofrezca el compromiso de los recursos en los términos antes descritos, la entidad estatal deberá seleccionar de forma objetiva a la entidad y justificar los criterios para la selección. Presupuesto que aplica igualmente cuando el compromiso en dinero de las entidades sin ánimo de lucro es inferior al 30%.

Entonces, bajo la aplicación del artículo 5 del Decreto 092, la entidad estatal debe, en primer lugar, verificar la existencia de las entidades sin ánimo de lucro que estén interesadas en ofrecer el compromiso de sus recursos en dinero que no sea inferior al 30% de los recursos del valor total del contrato, porque si existe más de una entidad sin ánimo de lucro que esté interesada en hacer dicho aporte la entidad estatal está obligada a adelantar el proceso competitivo.

La posibilidad de celebrar un convenio de asociación de manera directa con una entidad sin ánimo de lucro que ofrece comprometer sus recursos en dinero siempre debe ser posterior a la verificación, por parte de la entidad estatal, de la existencia de otras entidades sin ánimo de lucro que no estén interesadas en hacer el aporte.

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

Atentamente,



Proyectó: Ana María Pérez Cárdenas

1. Ley 1437 de 2011, artículo 231: “Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 092 de 2017, artículo 1, inciso 2°: “Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del presente decreto”.

(…)

Artículo 3, inciso 2º: “La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para el efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de trasparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer. Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, 6 de agosto de 2019. Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00113-00(62.003): (…) “En efecto, dejar espacios “vacíos” para que Colombia Compra Eficiente defina el alcance y la interpretación de ciertas expresiones y dicte las “pautas” y “criterios” para desarrollar la materia reglamentada no es otra cosa que delegar la reglamentación, pues materialmente se le encomienda a otra autoridad administrativa la labor de completar el ejercicio reglamentario que hizo el Gobierno Nacional o, cuando menos, se le encomienda la tarea de complementar una reglamentación insuficiente que hizo la autoridad competente, tarea que no puede ser asignada por el Presidente de la República a ningún otro organismo o entidad de la administración (distinto del Gobierno Nacional), puesto que, sin duda, quien estaría concurriendo materialmente en tal caso a reglamentar la norma constitucional sería la autoridad delegataria y no el competente para ello, según lo dispuesto por el constituyente”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: “a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previsto en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situaciones 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” [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Auto del 6 de agosto de 2019. Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00113-00(62.003): (…) “El aparte acusado exige que el objeto del contrato corresponda directamente a los programas contenidos en los diferentes planes de desarrollo, pero ello, así concebido, es propio de los procesos de selección a los que deben someterse los contratos ordinarios de la administración pública; al respecto, recuérdese que los contratos referidos en el mencionado artículo 355 no están sometidos a la lógica de los contratos ordinarios, pues tienen como finalidad impulsar los programas y actividades de interés público que desarrollen las entidades sin ánimo de lucro, para lo cual únicamente se exige que sean acordes con los que, a su vez, estén contemplados en los correspondientes planes de desarrollo”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer. Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, 6 de agosto de 2019. Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00113-00(62.003): (…) “Una limitación del anterior calado implica, sin duda, establecer una condición no prevista en la norma constitucional reglamentada. Esta última solo establece una restricción y es que la “causa” del contrato tenga como finalidad “… impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo”, mientras que, por su parte, la norma acusada limita la celebración de tales contratos a que tengan como objeto la promoción de las actividades enunciadas anteriormente [letra "a", art. 2, decreto ejusdem]. Si la norma constitucional restringe sólo la causa o la finalidad del contrato, quiere decir ello que, independientemente de su objeto, puede celebrarse en cualquier modalidad, siempre y cuando –claro está– su causa sea “acorde” con los planes de desarrollo, que es, en últimas, el propósito de la norma constitucional”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, 6 de agosto de 2019. Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00113-00(62.003): “(…) El propósito de garantizar la libre competencia en el mercado – como se advierte de la lectura del acto acusado– no se ajusta a la finalidad de la norma constitucional en cita, pues desconoce que las entidades sin ánimo de lucro no participan en el mercado de bienes y servicios como lo hacen las demás y, por la misma razón, no se les pueden aplicar las reglas de selección contenidas en el Estatuto General de la Contratación Pública. Las entidades a las cuales la norma constitucional busca apoyar son entidades que (i) no tienen ánimo de lucro y (ii) desarrollan programas y actividades de interés público con reconocida idoneidad. No son, entonces, entidades creadas para competir en el mercado”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Decreto 092 de 2017, artículo 4: “(…) Las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos”. [↑](#footnote-ref-8)