**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones – Prohibición – Suscripción convenios – Sujetos de la prohibición – Entidades territoriales**

La Ley 996 de 2005 contiene dos restricciones a la contratación pública, la primera en el artículo 33 y la segunda en el parágrafo del artículo 38. Este último prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental y distrital celebrar convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección […]

**CIRCULAR EXTERNA ÚNICA – Garantías electorales – Ámbito de la restricción**

La Circular Externa Única expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente define el ámbito de aplicación de la restricción para este periodo electoral, así: Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos. Toda vez que, al no existir definición legal que diferencia el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007 para tal fin, se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas.

**CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Fuente – Definición – Características – Criterio orgánico o subjetivo**

La tipología de contrato interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993 y aunque esta Ley no la definió ni la desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales. De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es aquel acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir que, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993, están precedidos de un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

**ENTIDADES PRIVADAS SIN ÁNIMO DE LUCRO (ESAL) – Contratos ESAL – Régimen jurídico especial**

Ahora, 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 […]

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Definición – Medida cautelar – Garantía estabilidad jurídica – Decreto 092 de 2017**

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. La adopción de la suspensión provisional del Decreto 092 de 2017, como medida cautelar, no se extienden a la totalidad del Decreto, sino de algunas normas específicas.

**DECRETO 092 DE 2017 – Consejo de Estado – Suspensión provisional – Potestad reglamentaria – Armonía planes de desarrollo – Condición no prevista en la Constitución – Contradicción régimen jurídico – Violación principio de igualdad**

En 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.

De otro lado, el literal a) del artículo 2 del Decreto 092 […] Respecto de esta norma, el Consejo de Estado encontró que la disposición 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 éste 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. 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.

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 […] Decidió suspender 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 un proceso competitivo para escoger a la entidad sin ánimo de lucro.

**CONTRATOS ESAL – Convenios asociación ESAL – Aportes**

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. Así las cosas, 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.

**CONVENIOS ESAL – No aplica prohibición – Suscripción procesos electorales**

En suma, dado que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece la prohibición de celebrar contrato o convenios interadministrativos en lo que las entidades descentralizadas del orden territorial ejecuten recursos públicos y así mismo la celebración de dichos contratos y convenios está precedido de un criterio orgánico haciendo necesario que las partes de la relación contractual sean entidades estatales y en consecuencia la prohibición no sería aplicable a los contratos celebrados en el marco de aplicación del Decreto 092 de 2017 por cuanto uno de los extremos de la relación contractual es una entidad sin ánimo de lucro.

Bogotá D.C., **13/09/2019 Hora 15:9:21s**

# N° Radicado: 2201913000006804

Señora

# Irania Hernández Romero

Ibagué, Tolima

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201913000005175 |
| **Temas:** | Aplicación Ley de Garantías, contratación directa, Decreto 092  de 2017 |
| **Tipo de asunto consultado:** | Restricción de Ley de Garantías que aplica para las elecciones del año 2019 |

Estimada señora Hernández,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, responde su consulta del 31 de julio de 2019, remitida por la Procuraduría General de la Nación mediante radicado No. E-2019-413768 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

“Solicito me informen ¿Si en este periodo de Ley de Garantías están prohibidos los convenios de asociación con entidad sin ánimo de lucro en el marco del Decreto 092?”.

# Consideraciones

La Ley 996 de 2005 contiene dos restricciones a la contratación pública, la primera en el artículo 33 y la segunda en el parágrafo del artículo 38.

Este último prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental y distrital celebrar convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, período que de acuerdo con el calendario electoral inició el 27 de junio de 2019, así:

Artículo 38 Prohibiciones para los servidores públicos (…)

Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

La Circular Externa Única expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente define el ámbito de aplicación de la restricción para este periodo electoral, así:

Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos. Toda vez que, al no existir definición legal que diferencia el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007 para tal fin, se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas[[1]](#footnote-1).

La tipología de contrato interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993 y aunque esta Ley no la definió ni la desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[2]](#footnote-2).

De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es aquel acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir que, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993, están precedidos de un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Ahora, 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.

Para responder a su pregunta, es necesario poner de presente que actualmente algunos artículos del Decreto 092 de 2017 se encuentran suspendidos provisionalmente.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en el marco del 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 sobre la 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[[3]](#footnote-3).

La adopción de la suspensión provisional del Decreto 092 de 2017, como medida cautelar, no se extienden a la totalidad del Decreto, sino de algunas normas específicas.

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[[4]](#footnote-4).

En 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, pata que a través de una guía reglamente los vacíos de un Decreto[[5]](#footnote-5).

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[[6]](#footnote-6).

Respecto de esta norma, el Consejo de Estado encontró que la disposición 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 éste 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[[7]](#footnote-7).

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[[8]](#footnote-8).

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado suspendió la aplicación de 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 de las normas acusadas es el literal c y el inciso 5 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, en lo que se refiere a estas disposiciones la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que las disposiciones 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, el contrato con la entidad sin ánimo de lucro debe representar 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 ellas no participan en el mercado de bienes y servicio de la misma forma que las sociedades comerciales[[9]](#footnote-9).

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[[10]](#footnote-10). 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. Al respecto se pronunció el Consejo de Estado en las siguientes palabras:

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, decidió suspender 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 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 poder 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 animo 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 que deseen 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 debe 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 de los demás artículos del Decreto, porque hace posible que la celebración de convenios de asociación no esté sometida a procesos competitivos.

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.

Así las cosas, 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.

En suma, dado que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece la prohibición de celebrar contrato o convenios interadministrativos en lo que las entidades descentralizadas del orden territorial ejecuten recursos públicos y así mismo la celebración de dichos contratos y convenios está precedido de un criterio orgánico haciendo necesario que las partes de la relación contractual sean entidades estatales y en consecuencia la prohibición no sería aplicable a los contratos celebrados en el marco de aplicación del Decreto 092 de 2017 por cuanto uno de los extremos de la relación contractual es una entidad sin ánimo de lucro.

# Respuesta

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe en cualquier elección a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades descentralizadas de orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios o contratos interadministrativos que ejecuten recursos públicos.

Debido a que los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están precedidos de un criterio orgánico, lo que hace necesario que los extremos de la relación contractual sean personas jurídicas de derecho público indistintamente del bien o servicio objeto del acuerdo de voluntades, si el contrato que se desea adelantar tiene en uno de los extremos de la relación contractual a una entidad sin ánimo de lucro no será una relación contractual restringida durante la vigencia de la Ley de Garantías.

Por lo anterior, a los contratos que celebren las entidades estatales no les aplicará la restricción prevista en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 no son aplicables a los convenios de asociación, porque no tienen carácter de convenios o contratos interadministrativos en virtud de que no se trata de una relación entre entidades estatales, pues uno de los extremos de la relación contractual es una entidad sin ánimo de lucro.

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. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Circular Externa Única, numeral 15.1. [↑](#footnote-ref-1)
2. “Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

   “Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales” [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)
4. 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-4)
5. 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-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. 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-9)
10. 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-10)