**CCE-DES-FM-17**

**DECRETO 092 DE 2017** **– Contrato de colaboración – Definición**

Los contratos del artículo 2 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, toda vez que el beneficio real y directo lo recibirán, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, es decir que el programa o actividad a desarrollar este dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o ejecuta obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las de la Ley 80 de 1993. Solo cuando se reúnan estas condiciones será procedente la celebración de estos contratos, de lo contrario se deben aplicar las normas del estatuto de contratación pública, adicionalmente se requiere de autorización previa y expresa del representante legal de la entidad estatal.

**DECRETO 092 DE 2017 – Convenio de asociación – Definición**

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».

**DECRETO 092 DE 2017 – Aplicación – Concepto «Gobierno» – Norma particular**

En conclusión, atendiendo a una interpretación amplia del concepto «Gobierno», las entidades que pueden suscribir los negocios jurídicos a los que se refiere el artículo 355 de la Constitución son las que pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público, independientemente de su régimen general de contratación. En ese sentido, en el ámbito de aplicación no se encuentran incluidas las demás ramas del poder público, ni los entes autónomos, por lo que no pueden acudir a este régimen de contratación las ramas legislativa y judicial, ni los órganos de control y electoral. Eso fue lo que se quiso decir en el concepto del 12 de diciembre de 2019, dictado en el radicado No. 2201913000009196.

**LEY 2005 DE 2019 – Industria panelera – Regulación**

La Ley 2005 de 2019 se expidió para promover la industria panelera y sus componentes, como la producción, distribución, comercialización, insumos, entre otros . La norma se refiere a diversos aspectos relacionados con la panela y su producción, esto es, el trapiche y los descuentos tributarios que se deben aplicar para incentivar el mercado y el consumo de este producto. A su vez, otorga beneficios a los campesinos, artesanos y emprendedores respecto de los costos y también facilidades en el registro sanitario; y dispone que el Gobierno dará apoyo a los pequeños productores, así como la inclusión de la panela en los servicios de cafetería o restaurante de sus entidades. Finalmente, las entidades territoriales deben promover la industria de la panela, con esquemas asociativos locales o regionales para generar economías de escala que permitan la reducción de costos y mayor comercialización.

**LEY 2005 DE 2019 – Industria Panelera – Actividades – Plan de desarrollo – Decreto 092 de 2017**

Por consiguiente, si las actividades incluidas en el plan de desarrollo de los municipios y departamentos para la promoción de la actividad panelera, particularmente los contratos para dar en comodato terrenos, construir plantas y crear fondos de emprendimiento, están relacionadas con las funciones de los municipios y departamentos, de acuerdo con el artículo 5 del Decreto 092 de 2017; y si las asociaciones de productores de trapiches de economía campesina y/o con federaciones de productores de panela tienen la calidad de entidad sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad; entonces las entidades tendrían varias alternativas para contratarlas: i) directamente, según el artículo 13 de la Ley 2005 de 2019 y de acuerdo con la modalidad de contratación directa del numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, o ii) celebrar un convenio para ejecutar esas actividades para la promoción de la panela, regido por el Decreto 092 de 2017, el cual regula procedimientos competitivos y no competitivos para la celebración.

Bogotá D.C., **31/03/2020 Hora 17:8:44s**

**N° Radicado: 2202013000002341**

Señor

**Carlos Fernando Mayorga Morales**

Ciudad

**Concepto C ─ 215 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | DECRETO 092 DE 2017 – Contrato de colaboración / DECRETO 092 DE 2017 – Convenio de asociación – Definición – Aplicación – Concepto «Gobierno» – Norma particular / LEY 2005 DE 2019 – Industria panelera – Regulación / LEY 2005 DE 2019 – Industria Panelera – Actividades – Plan de desarrollo – Decreto 092 de 2017 |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000001061 |

Estimado señor Mayorga,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 14 de febrero de 2020, 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.

**1. Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: ¿El Decreto 092 de 2017 es aplicable a los convenios celebrados directamente en virtud del artículo 13 de la Ley 2005 de 2019?

**2. Consideraciones**

**2.1. Los artículos 355 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998**

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. C - 070 de 2020, reiterado y desarrollado en los conceptos identificados con radicado No. C - 081 y C - 094 de 2020, estudió la aplicación del Decreto 092 de 2017. La tesis desarrollada se expone a continuación.

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[1]](#footnote-1).

Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96[[2]](#footnote-2), 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 con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los contratos de interés público con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2º del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos* establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017[[3]](#footnote-3).

Los *contratos del artículo 2* 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, toda vez que el beneficio real y directo lo recibirán, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, es decir que el programa o actividad a desarrollar este dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o ejecuta obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las de la Ley 80 de 1993. Solo cuando se reúnan estas condiciones será procedente la celebración de estos contratos, de lo contrario se deben aplicar las normas del estatuto de contratación pública, adicionalmente se requiere de autorización previa y expresa del representante legal de la entidad estatal.

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»[[4]](#footnote-4).

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.

El convenio de asociación no es conmutativo, y por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes[[5]](#footnote-5).

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio[[6]](#footnote-6). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», la o las entidades deben 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, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. 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»[[7]](#footnote-7).

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida 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». Así lo establece la «Guía para la Contratación con Entidades sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad», elaborada por esta entidad. Según dicha Guía, la «Entidad Estatal no está obligada a hacer un proceso competitivo, pero debe garantizar que hace una selección objetiva en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación». La entidad puede tomar la decisión de acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, incluso, al trámite que regula el artículo inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

En suma, de acuerdo con los criterios de la Guía antes mencionada, «[l]as Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017». En todo caso, «el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública».

Es importante aclarar que los negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017 «[…] son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el estatuto de contratación y [como tal] no hacen parte del sistema de compra pública. […] De acuerdo con lo anterior, si la entidad estatal adquiere o se abastece de un bien, obra o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una [ESAL], debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el Decreto 092 de 2017»[[8]](#footnote-8). Así lo consideró el Consejo de Estado[[9]](#footnote-9):

Como ya se indicó, el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. Aquellos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1.993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos, en especial los de escogencia del contratista.

Cuando el artículo 355 autoriza a las entidades estatales a celebrar contratos para «impulsar» programas y actividades de interés público, se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de éste el deber constitucional es no sólo impulsarlos sino cumplirlos, conforme las disposiciones contractuales vigentes, como sería por ejemplo, contratos de prestación de servicios o de obra pública.

De acuerdo con lo anterior, no todas las actividades que las entidades deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 092 de 2017 no es únicamente el carácter de las ESAL sino el objeto del contrato o convenio que la entidad pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una entidad sin ánimo de lucro no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación. Así lo reconoció la Corte Constitucional donde sostuvo lo siguiente:

Las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro han sido definas por la doctrina como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos que vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo, de manera que tienen como finalidad propia la satisfacción de intereses públicos y sociales.

*Sin embargo, el hecho que no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado*. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación[[10]](#footnote-10). (Cursivas propias)

Lo anterior se justifica en que la principal característica de las ESAL es la ausencia de lucro, es decir, las ganancias o beneficios económicos no están destinados a repartirse en favor de los miembros ni de terceros, sino que permanecen dentro de la entidad incrementando su patrimonio. Con todo, las ESAL sí pueden participar en igualdad de condiciones en procesos de contratación regidos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en los documentos del proceso.

Los convenios de asociación no procuran utilidades para la ESAL, pues en dicho caso se trataría de un contrato en el que se debe remunerar al contratista por los servicios prestados, el cual, por eso mismo, tiene un régimen legal distinto.

**2.2. Ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017**

La Agencia Nacional de Contratación Pública―Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017, en el concepto del 12 de diciembre de 2019 ─Radicado No. 2201913000009196─, por lo que en esta ocasión se reiteran dichas consideraciones.

En los antecedentes del Decreto 092 de 2017 se señala que, «[d]e acuerdo con el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, el “Gobierno”, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con [ESAL] 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. Con todo, la expresión «Gobierno» no permite establecer cuáles son las entidades habilitadas para celebrar los negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017, en la medida en que no es claro si se hace referencia exclusiva al «Gobierno Nacional» o a las entidades que conforman la Rama Ejecutiva, así como tampoco es claro si se hace referencia a las entidades territoriales o a las entidades descentralizadas de este orden. Por esta razón, es necesario analizar el alcance de dicha expresión y, con fundamento en esto, responder la inquietud objeto del presente concepto.

La reflexión conduce a examinar, en conjunto, el articulado de la Constitución Política. El artículo 115 ofrece una definición, de conformidad con la cual: «[…] [e]l 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 […]». Se trata de un concepto especial que no equivale al de «Administración Pública», pues los sujetos que conforman una y otro son diferentes, al punto que la mayoría de las entidades que integran a la «Administración Pública» no pertenecen al «Gobierno Nacional».

De admitirse el anterior sentido, esto es que la expresión «Gobierno» del Decreto 092 de 2017 significa «Gobierno Nacional», la suscripción de los negocios jurídicos referidos en el artículo 355 de la Constitución se limitaría a quienes forman parte del Gobierno Nacional, esto es al Presidente, sus ministros y los directores de departamento administrativo. Por lo tanto, ninguna otra entidad de la «Administración Pública», por ejemplo, una descentralizada del nivel central, o una territorial y sus descentralizadas, podría celebrar negocios jurídicos con ESAL, pues, se insiste, los únicos autorizados serían los referidos funcionarios, pero, además, solo podrían hacerlo en forma conjunta, no individualmente, pues es reunidos que forman el «Gobierno Nacional».

La Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del artículo 38, numeral 2, literal f –parcial–, de la Ley 489 de 1998. Para tales fines, distinguió entre «Gobierno» y «Administración Pública», señalando que el primero es la autoridad máxima de la Administración Pública, y reiterando lo dicho, en el sentido de que 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[[11]](#footnote-11).

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. En ese sentido, las demás entidades de la «Administración Pública», entre ellas las del sector descentralizado, hacen parte de la Rama Ejecutiva pero no del «Gobierno Nacional».

Esta hipótesis interpretativa, sin embargo, debe descartarse al leer el artículo 1º del Decreto 092 de 2017, pues esta norma establece que las personas que pueden celebrar los negocios jurídicos *sub examine* son todas las que conforman la Rama Ejecutiva, en el entendido que establece que: «[e]l objeto del […] 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 […]» (cursivas propias). Esto quiere decir que los negocios jurídicos a los que se refiere el artículo 355 de la Constitución pueden ser suscritos, en general, por las entidades que conforman la «Administración Pública», incluidos ─pero no solo─ las que forman el «Gobierno Nacional».

Una razón para considerar que la expresión «Gobierno» no debe asimilarse a la noción «Gobierno Nacional», en los términos del artículo 115 de la Constitución Política, es que dicha interpretación desconoce el texto y la finalidad del artículo 355 *ibidem*, pues esta última disposición, al referirse al «Gobierno», menciona los niveles nacional, departamental, distrital y municipal. Dicha lectura, entonces, restaría el ámbito de aplicación del artículo constitucional que permite celebrar negocios con las ESAL. Además, si la intención del constituyente fuera restringir estos negocios al «Gobierno Nacional», hubiera hecho referencia expresa a este, tal y como lo hizo en el último aparte del segundo inciso del artículo 355 *ejusdem*, en el que dispuso expresa y puntualmente que: «[e]l *Gobierno Nacional* reglamentará la materia» (Cursivas propias).

Tampoco es posible entender que la expresión «Gobierno Nacional» 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. Sin embargo, si en gracia de discusión lo hubiera, tampoco sería adecuado aplicarlo para efectos de interpretar el artículo 355 de la Constitución porque, se insiste, ello desconocería su texto y su finalidad.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-011 de 1994, expresó que la interpretación de las normas jurídicas le impone al operador jurídico evitar seguir el entendimiento que conduzca al absurdo o a ideas contrarias a su finalidad, 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- finalística». En ese contexto, la interpretación del artículo 355 de la Carta Política se debe hacer en armonía con su finalidad, 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 ESAL. Esta interpretación finalística supone una lectura de la norma en sentido amplio, es decir, de tal forma que se entienda que todas las entidades que forman parte de la Rama Ejecutiva pueden celebrar contratos con ESAL para la ejecución de actividades de interés público, según las limitaciones y exigencias legales analizadas en el numeral 2.1. *supra*.

Fue por todo lo anterior, que en el Decreto 092 de 2017 se entendió ─como también se hizo en 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─. En efecto, la referida Guía expresa:

El Decreto 092 de 2017 fue expedido en virtud de la autorización contenida en el artículo 355 de la Constitución Política y su aplicación está restringida a: (i) la contratación con ESAL para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los respectivos planes de desarrollo y (ii) la contratación a la cual por expresa disposición del legislador le es aplicable este régimen, como el caso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

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. […]

A esta conclusión se llega, se reitera, si se tiene en cuenta que el artículo 355 constitucional alude a los distintos niveles territoriales a los que aplica, esto es, al nacional, departamental, distrital y municipal, lo que da cuenta de que la comprensión del ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017 debe ser amplia y finalística y, por ende, que no se puede reducir a la noción «Gobierno Nacional», en los términos del artículo 115 *ibidem*.

En el caso de los *convenios de asociación* esta conclusión se hace más evidente, ya que dicha norma, al referirse a la posibilidad de celebrar dichos negocios jurídicos, se refiere a las entidades públicas de cualquier naturaleza, sin distinguir su «orden administrativo».

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 aquella incluye sus organismos, pero no a las demás ramas y órganos autónomos consagrados en la Constitución[[12]](#footnote-12). 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 las entidades y organismos centralizados y descentralizados por servicios, del orden nacional y territorial.

En conclusión, atendiendo a una interpretación amplia del concepto «Gobierno», las entidades que pueden suscribir los negocios jurídicos a los que se refiere el artículo 355 de la Constitución son las que pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público, independientemente de su régimen general de contratación. En ese sentido, en el ámbito de aplicación no se encuentran incluidas las demás ramas del poder público, ni los entes autónomos, por lo que no pueden acudir a este régimen de contratación las ramas legislativa y judicial, ni los órganos de control y electoral. Eso fue lo que se quiso decir en el concepto del 12 de diciembre de 2019, dictado en el radicado No. 2201913000009196.

Ahora bien, 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 descentralizadas[[13]](#footnote-13). Según lo expresado, las entidades que 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; d) los ministerios y departamentos administrativos y e) 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.

Estas son, pues, las entidades públicas habilitadas para suscribir, como contratantes, los negocios jurídicos referidos en el artículo 355 de la Constitución Política.

**2.3. La Ley 2005 de 2019 frente a la aplicación del Decreto 092 de 2017**

La Ley 2005 de 2019 se expidió para promover la industria panelera y sus componentes, como la producción, distribución, comercialización, insumos, entre otros[[14]](#footnote-14). La norma se refiere a diversos aspectos relacionados con la panela y su producción, esto es, el trapiche y los descuentos tributarios que se deben aplicar para incentivar el mercado y el consumo de este producto. A su vez, otorga beneficios a los campesinos, artesanos y emprendedores respecto de los costos y también facilidades en el registro sanitario; y dispone que el Gobierno dará apoyo a los pequeños productores, así como la inclusión de la panela en los servicios de cafetería o restaurante de sus entidades. Finalmente, las entidades territoriales deben promover la industria de la panela, con esquemas asociativos locales o regionales para generar economías de escala que permitan la reducción de costos y mayor comercialización.

Sobre su consulta, es necesario analizar el artículo 13, relacionado con actividades incluidas en los planes de desarrollo de las entidades territoriales, para promover la actividad panelera[[15]](#footnote-15). Para esto, cada aspecto de la norma se contrastará con las dos formas de contratación reguladas en el Decreto 092 de 2017: i) «contrato del artículo 2» ̶ Artículos 2 y 4 ̶ y ii) «convenio de asociación» ̶ Artículo 5 ̶ para determinar sus diferencias y si este decreto les aplica o no.

En primer lugar, la norma se dirige a los municipios y departamentos donde se desarrolle la actividad panelera. Esto no es diferente a los sujetos obligados por el Decreto 092 de 2017 en cada forma de contratación regulada allí, ya que para el caso del «contrato del artículo 2», identifica como sujetos a los Gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal, por lo cual están incluidos los departamentos y municipios; y el artículo 5 se refiere a «Entidades Estatales» para el «convenio de asociación». Sobre esto es necesario aclarar que el artículo 1 del Decreto 092 de 2017 dispone que las expresiones con mayúscula inicial están definidas en la guía expedida por Colombia Compra Eficiente, para la cual «Entidad Estatal» es: «Los ministerios, departamentos administrativos, y demás instituciones que hacen parte del gobierno nacional, los departamentos, el distrito capital, los distritos y municipios, las demás entidades territoriales creadas por la ley que hacen parte de los gobiernos departamentales, distritales y municipales». Así pues, los municipios y departamentos se encuentran incluidos.

En segundo lugar, la norma impone el deber de incluir la promoción de la actividad panelera en los planes de desarrollo municipales y departamentales. Esto encuentra relación con el «contrato del artículo 2», puesto que para su celebración exige que su objeto corresponda directamente con programas y actividades de interés público previstas en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo. Respecto del «convenio de asociación», las actividades que se contratan son las relacionadas con las funciones y cometidos que les asigna la ley a las entidades, sin estar relacionadas con su plan de desarrollo.

En tercer lugar, sobre las actividades que se deben incluir en el plan de desarrollo, el artículo 13 de la Ley 2005 de 2019 preceptúa que si estas corresponden: i) al comodato de terrenos u otros contratos, ii) para la construcción de plantas procesadoras de mieles paneleras, iii) o para destinar recursos para la construcción, o iv) crear fondos de emprendimiento, *se podrán* celebrar «[...] directamente con las asociaciones de productores de trapiches de economía campesina y/o con federaciones de productores de panela [...]».

Sin embargo, la Ley 2005 de 2019 no crea un régimen jurídico contractual especial para fomentar el sector panelero, sino que introduce la posibilidad de *contratar directamente* a algunos sujetos que se desenvuelven en ese sector, pero sin que sea una obligación de las entidades contratar de esa manera, constituyendo solo una alternativa que dispuso la ley para la promoción y apoyo de los productores de panela.

En estos términos, se creó una nueva causal de contratación directa, que se incorpora al régimen general de la contratación pública, es decir, ahora la modalidad de contratación directa, regulada en el numeral 4, artículo 2, de la Ley 1150 de 2007, cuenta con una nueva causal para aplicarla a las actividades relacionadas con la producción de panela.

Ahora, se debe aclarar el efecto que esto produce sobre el Decreto 092 de 2017, de acuerdo con el objeto de su consulta. Lo primero que se advierte es que el Decreto citado no es un reglamento de la contratación de las entidades sin ánimo de lucro, porque esta forma de contratación no esta prevista en la ley sino directamente en el artículo 355 de la Constitución Política, lo que le otorga el rango de «Decreto Autónomo o Constitucional», cuya jerarquía se parece bastante a la ley propiamente, aunque no tenga fuerza de ley.

Adicionalmente, no es un deber u obligación de las entidades mencionadas en el artículo 13 de la Ley 2005 de 2019 contratar directamente a las asociaciones de productores de trapiches de economía campesina y/o a las federaciones de productores de panela, porque la norma establece claramente que las entidades lo «pueden» hacer de esa manera, pero también «pueden» contratarlas de otra forma, sin que esta regulación obste para ello.

En consecuencia, para contratar a las asociaciones de productores de trapiches de economía campesina y/o a las federaciones de productores de panela, hay tres opciones, por lo menos, en manos de las alcadías y gobernaciones, no así de otra clase de entidades estatales: i) contratarlas directamente, como lo autoriza el artículo 13 de la Ley 2005 de 2019, ii) realizar una licitación u otro proceso convencional de contratación, y iii) aplicar el Decreto 092 de 2017, cuando concurran las condiciones que el exige.

El Decreto 092 de 2017 regula dos tipos de contratos o convenios ̶ contrato del artículo 2 y convenios de asociación ̶ , y establece las condiciones para cada uno, sin que sea suficiente para aplicar el Decreto estar ante una entidad sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Actualmente, las entidades pueden celebrar convenios de asociación en virtud del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, pero su objeto debe coincidir con las actividades señaladas en la norma, es decir, el cumplimiento de los cometidos y funciones que les asigna la ley a las entidades.

Por consiguiente, si las actividades incluidas en el plan de desarrollo de los municipios y departamentos para la promoción de la actividad panelera, particularmente los contratos para dar en comodato terrenos, construir plantas y crear fondos de emprendimiento, están relacionadas con las funciones de los municipios y departamentos, de acuerdo con el artículo 5 del Decreto 092 de 2017; y si las asociaciones de productores de trapiches de economía campesina y/o con federaciones de productores de panela tienen la calidad de entidad sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad; entonces las entidades tendrían varias alternativas para contratarlas: i) directamente, según el artículo 13 de la Ley 2005 de 2019 y de acuerdo con la modalidad de contratación directa del numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, o ii) celebrar un convenio para ejecutar esas actividades para la promoción de la panela, regido por el Decreto 092 de 2017, el cual regula procedimientos competitivos y no competitivos para la celebración.

**2.4. Suspensión provisional de algunas normas del Decreto 092 de 2017**

Esta entidad se pronunció respecto de la suspensión provisional del Decreto 092 de 2017, en el concepto No. 2201913000006512 del 3 de septiembre de 2019, cuyas consideraciones se reiteraron en los conceptos Nos. 2201913000006681 y 4201913000005551 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000006843 del 16 de septiembre de 2019, 2201913000009198 del 12 de diciembre de 2019 y 2201913000009567 del 24 de diciembre de 2019. La tesis propuesta en estos conceptos se expondrá a continuación.

El Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A, radicado No. 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62.003), Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, estudió la solicitud de suspensión provisional[[16]](#footnote-16) del inciso 2 del artículo 1, literales a y c del artículo 2, inciso 5 del artículo 2, inciso 2 del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

La *primera* norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 092 de 2017, el cual establece que la interpretación de las expresiones que se encuentran en mayúsculas en el Decreto 092 de 2017 se harían de conformidad con la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública[[17]](#footnote-17). Señaló que esta disposición, así como el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017[[18]](#footnote-18), exceden la potestad reglamentaria, que está exclusivamente asignada al Presidente de la República, toda vez que la esencia de la facultad reglamentaria es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable, y el Presidente no la puede delegar 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. Al respecto señala:

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.

En virtud de este análisis, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el inciso 2 del artículo primero y el inciso 2 del artículo 3, lo que significa que los contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro no tienen que aplicar la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente.

La *segunda* norma que analizó el Consejo de Estado fue el literal a), del artículo 2, del Decreto 092, que establece que únicamente se podrá contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro cuando el objeto corresponda directamente con los planes de desarrollo y 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 de la diversidad étnica colombiana[[19]](#footnote-19). En relación con esta norma, encontró que el literal a) del artículo 2 establece dos condiciones contrarias al artículo 355 de la Constitución Política: primero, que el objeto tenga que estar «directamente» en los planes de desarrollo –nacional o territorial, cuando la norma constitucional establece que el objeto debe ser «acorde» con el plan nacional o seccional de desarrollo, lo que implica que el objeto del contrato no debe estar explícitamente en el plan de desarrollo sino que se encuentre en armonía con este. En relación con lo anterior, el auto del Consejo de Estado señala:

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.

Así mismo, el Consejo de Estado consideró que el literal a) del artículo 2, al establecer que los programas y actividades de interés público deben buscar la promoción de los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o de 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, limita el ámbito de aplicación que establece el artículo 355 de la Constitución Política. Al respecto expresa:

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 ibidem]. 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.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el literal a), por lo cual el objeto de los contratos debe ser acorde con los planes nacionales o seccionales de desarrollo; y no necesariamente estar previstos directamente en ellos, además no solo se pueden celebrar contratos para los objetos específicos señalados en el Decreto 092 de 2017.

El Consejo de Estado, en *tercer* lugar, examinó el literal c) y el inciso 5 del artículo 2 del Decreto[[20]](#footnote-20), señalando que contraría la norma constitucional al condicionar que los contratos solo se pueden celebrar cuando no exista oferta en el mercado, sometiendo su celebración contratación a que, de existir oferta, la contratación con las entidades sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo, toda vez que se desconocería la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro que implica que ellas no participan en el mercado de bienes y servicios de la misma forma que las demás sociedades. En este sentido, el Consejo de Estado manifestó:

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.

Así las cosas, se suspendió provisionalmente el literal c) y el inciso 5º del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, razón por la cual los procesos de contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro no quedan condicionados a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios, ni a 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 Contratación de la Administración 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[[21]](#footnote-21). Para la Sala, esta norma vulnera 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. El Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

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, se suspendió provisionalmente el inciso final del artículo 4, por violar 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.

En consecuencia, hasta tanto se emita una sentencia definitiva en el proceso reseñado, no es posible aplicar el «beneficio» al que se refiere el inciso tercero del artículo 4 del Decreto 092 de 2017. En estos procesos, entonces, se debe acudir a los criterios aplicables a los otros negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017, particularmente las exigencias del artículo 2 *ibidem*. Incluso, habría lugar a tener en cuenta las exigencias del inciso 2 del artículo 4 *íbídem*, claro está, siempre que se configuren los supuestos de aplicación de dicha normativa, esto es, siempre que «exist[a] más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad».

Por último, en *quinto* lugar, 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 provisional, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia.

En este orden de ideas, la contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 092 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional. Por lo tanto, las entidades públicas que desean celebrar contratos de interés público, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, deberán contratar con ESAL de reconocida idoneidad, como ya se dijo, realizando un proceso competitivo, y teniendo en cuenta, se insiste, las siguientes características: i) no se debe condicionar el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco debe condicionar a que la contratación con las ESAL garantice la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo; iii) el objeto del contrato debe estar acorde con el plan nacional o seccional de desarrollo; iv) no se puede condicionar únicamente que las actividades o programas correspondan exclusivamente a 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 de la diversidad étnica colombiana, por lo que basta con cumplir el anterior numeral (iii); y v) el contrato no establezca una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la entidad, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato.

Ahora, si se pretende realizar un *convenio de asociación* con una ESAL de reconocida idoneidad para cumplir las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

Para los convenios de asociación, como se dijo, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL debe estar sujeto a competencia, salvo en aquellos casos en que una entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio[[22]](#footnote-22), y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%.

Finalmente, el artículo 9 del Decreto 092 de 2017 exige a las ESAL de reconocida idoneidad estar inscritas en el SECOP para celebrar convenios con las entidades públicas, razón por la que se debe usar únicamente el SECOP II, pues es la única plataforma que por funcionalidad permite el registro de proveedores[[23]](#footnote-23).

**3. Respuesta**

¿El Decreto 092 de 2017 es aplicable a los convenios celebrados directamente en virtud del artículo 13 de la Ley 2005 de 2019?

El artículo 13 de la Ley 2005 de 2019 creó una causal de contratación directa, que se incorpora a la normativa de contratación pública, específicamente al numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que regula esta modalidad de selección. Por otro lado, el Decreto 092 de 2017 regula los contratos y convenios con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, por lo que es un «Decreto Autónomo o Constitucional» con jerarquía que se parece a la de la ley –pero sin tener fuerza de ley–. En ese sentido, entre la Ley 2005 de 2019 y el Decreto 092 de 2017 no existe una relación de prevalencia de una sobre otra, sino que se trata de dos alternativas de las que disponen las entidades para contratar a las asociaciones de productores de trapiches de economía campesina y/o con federaciones de productores de panela.

Concretamente, para promover la actividad panelera, particularmente mediante contratos para dar en comodato terrenos, construir plantas y crear fondos de emprendimiento, las alcaldías y gobernaciones pueden elegir entre: i) *contratar directamente* los anteriores objetos contractuales –y solo esos– con fundamento en el artículo 13 de la Ley 2005, o ii) celebrar los convenios del Decreto 092 de 2017, siempre que las asociaciones de productores de trapiches de economía campesina y/o federaciones de productores de panela tengan la calidad de entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos López  Gestor T1-11 |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | 0 |

1. Sobre esta norma consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-1)
2. «Articulo 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». [↑](#footnote-ref-2)
3. En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, se dijo: «Los convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017». [↑](#footnote-ref-3)
4. Colombia Compra Eficiente. Concepto del 3 de septiembre de 2019. Radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, expedido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-5)
6. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente determina:

   «16.9 Uniones temporales y consorcios conformados por entidades sin ánimo de lucro

   »El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». [↑](#footnote-ref-6)
7. Colombia Compra Eficiente. Concepto del 19 de noviembre de 2019. Radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Colombia Compra Eficiente. Concepto del 21 de agosto de 2019. Radicado No. 2201913000006047. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de febrero de 2005. Exp. 1.626, C.P. Gloria Duque Hernández. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Constitucional. Sentencia C – 283 del 3 de mayo de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional. Sentencia C-910 del 31 de octubre de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional. Sentencia C-910 del 31 de octubre de 2007. M.P. 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». [↑](#footnote-ref-12)
13. 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.

    »PARÁGRAFO 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.

    »PARÁGRAFO 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.

    »PARÁGRAFO 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». [↑](#footnote-ref-13)
14. Ley 2005 de 2019: «Artículo 1. Objeto. El presente proyecto de ley busca generar incentivos tendientes a ampliar la demanda de panela y mieles vírgenes, así como diversificar la producción y comercialización de sus derivados. De igual forma, se dictan disposiciones adicionales con el fin de proteger y fortalecer, de manera especial, la producción y el bienestar de pequeños y medianos productores». [↑](#footnote-ref-14)
15. Ley 2005 de 2019: «Artículo 13. Políticas para el sector panelero en los planes municipales y departamentales de desarrollo. Todos los municipios y departamentos donde exista actividad panelera deberán incluir en sus planes de desarrollo un renglón destinado a la promoción de la actividad panelera.

    »Si como parte de esos planes se encuentra el otorgamiento de terrenos en comodato o cualquier otra figura legal para la construcción de plantas procesadoras de mieles paneleras, la destinación de recursos para su construcción, y la creación de fondos de emprendimiento para financiar proyectos de producción y comercialización de panela granulada o en polvo y sus demás presentaciones, deberán privilegiar las asociaciones de propietarios de trapiches de economía campesina. Las Gobernaciones y Alcaldías podrán celebrar esos convenios directamente con las asociaciones de productores de trapiches de economía campesina y/o con federaciones de productores de panela.

    »Los monopolios rentísticos de alcoholes y licores departamentales operados por sus industrias licoreras, deberán promover y constituir alianzas público privadas o convenios con los pequeños productores de panela y mieles vírgenes, para organizarlos con una amplia base social que incluya a todos los componentes de la cadena productiva, con la finalidad de ejecutar el diseño, montaje y operación de plantas homogeneizadoras de mieles destinadas a la producción de alcohol y/o plantas de producción de alcohol que optimicen la calidad y las torres de destilación. De manera que la mayoría de los alcoholes y tafias necesarios para la producción de licores y subproductos para el consumo nacional y la exportación, provengan de este ejercicio». [↑](#footnote-ref-15)
16. Se precisa que la suspensión provisional, de acuerdo con el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, 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 decretarla 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 aportadas con la solicitud. [↑](#footnote-ref-16)
17. 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». [↑](#footnote-ref-17)
18. Decreto 092 de 2017, artículo 3, inciso 2: «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-18)
19. 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-19)
20. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: «Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos». [↑](#footnote-ref-20)
21. 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-21)
22. Decreto 1082, artículo 5: «[…] 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. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional». [↑](#footnote-ref-22)
23. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra eficiente, Circular Externa Única, numeral 1.3: «SECOP II: Plataforma transaccional para gestionar en línea todos los Procesos de Contratación, con cuentas para entidades y proveedores; y vista pública para cualquier tercero interesado en hacer seguimiento a la contratación pública». [↑](#footnote-ref-23)