**CCE-DES-FM-17**

**DECRETO 092 DE 2017 – Contrato de colaboración – Suspensión provisional**

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. […] 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.

[…] 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 final del artículo 4 del Decreto 092 de 2017.

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

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. […] Para los convenios de asociación, como se dijo, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, 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 , 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%.

Bogotá D.C., **11/08/2020 Hora 9:40:7s**

**N° Radicado: 2202013000007283**

Señor

**Alfred Jhossef Garay**

San Gil, Santander

 **Concepto C ‒ 529 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DECRETO 092 DE 2017 – Contrato de colaboración – Suspensión provisional / DECRETO 092 DE 2017 – Convenio de asociación – Procedencia |
| **Radicación:**  | Respuesta consulta # 4202013000006527 |

Estimado señor Garay:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 31 de julio del año 2020.

**1. Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente consulta: «[…]En la actualidad que artículos y/o disposiciones del Decreto 092 de 2017 se encuentran vigentes y cuales están suspendidos o derogados, y que disposiciones son aplicables a los procesos de contratación […]».

**2. Consideraciones**

Esta entidad se pronunció respecto de la suspensión provisional de algunos apartes del Decreto 092 de 2017 en el concepto No. 2201913000006512 del 3 de septiembre de 2019, cuyas consideraciones se reiteraron en los conceptos No. 2201913000006681 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000006804 del 13 de septiembre de 2019, 2201913000006843 del 16 de septiembre de 2019, 2201913000007343 del 3 de octubre de 2019, 2201913000007532 del 8 de octubre de 2019, 2201913000009198 del 12 de diciembre de 2019, 2201913000009567 del 24 de diciembre de 2019, C-215 del 31 de marzo de 2020, C-498 del 27 de julio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020 y C-513 del 30 de julio de 2020. La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación:

El Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera –Exp. 62.003–, estudió la solicitud de suspensión provisional[[1]](#footnote-1) 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[[2]](#footnote-2). Señaló que esta disposición, así como el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017[[3]](#footnote-3), 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[[4]](#footnote-4). 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[[5]](#footnote-5), 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 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, 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[[6]](#footnote-6). 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. 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 final 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 para 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, deben 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 se 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 ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deben 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, por regla general, 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[[7]](#footnote-7), 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[[8]](#footnote-8).

**3. Respuestas**

«[…] En la actualidad que artículos y/o disposiciones del Decreto 092 de 2017 se encuentran vigentes y cuales están suspendidos o derogados, y que disposiciones son aplicables a los procesos de contratación […]»

De conformidad con el Auto del 6 de agosto de 2019 expedido por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera –Exp. 62.003–, el Decreto 092 de 2017 se encuentra suspendido provisionalmente en los artículos 1, inciso segundo; artículo 2, literales a) y c), así como el inciso quinto; artículo 3, inciso segundo; y el inciso final del artículo 4. Por tanto, respecto a los contratos de que trata el inciso segundo del artículo 355 superior, se debe tener en cuenta que las entidades pueden celebrarlos, pero –al estar regulados en los artículos 2, 3 y 4– no es posible aplicar los apartes suspendidos en estas disposiciones.

En lo que se refiere a los convenios de asociación, estos están regulados en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, y sobre su ámbito de aplicación es importante señalar que es diferente respecto de los demás artículos del reglamento autónomo, porque no están sujetos a competencia cuando las entidades sin ánimo de lucro comprometan recursos en dinero propios o provenientes de cooperación internacional para la ejecución de esas actividades en una participación que no sea menor al 30% del valor total del convenio.

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, lo que aplica igualmente cuando el compromiso en dinero de las entidades sin ánimo de lucro sea inferior al 30%. En ese sentido, teniendo en cuenta que el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 no fue objeto de suspensión provisional, las entidades pueden celebrar convenios de asociación de acuerdo con lo previsto en la norma.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. 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-1)
2. Decreto 092 de 2017, artículo 1, inciso 2: «Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del presente decreto». [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)
4. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: «a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previsto en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana». [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. 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-8)