

FORMATO PQRS

DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de contratos

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; 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.

CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance

Los contratos del artículo 355 de la Constitución Política tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén 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 ésta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores 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.

CONTRATACIÓN CON ESAL – Convenios de asociación – Objeto – Alcance

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». En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá 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.

CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Multiplicidad de sujetos – Límites legales

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL puedan hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio. 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

FORMATO PQRS

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».

DECRETO 092 DE 2017 – Criterios – Aplicación

[...] De acuerdo con lo anterior, no todas las actividades que las entidades estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos del artículo 355 superior 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.

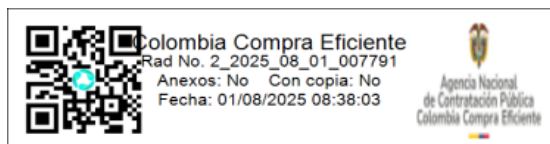
DECRETO 092 DE 2017 – Normativa vigente

Es importante tener en cuenta que la contratación con entidades sin ánimo de lucro se rige por el Decreto 092 de 2017, salvo lo que ha sido objeto de suspensión provisional por parte del Consejo de Estado. Por lo tanto, las entidades públicas que desean celebrar contratos del artículo 355 de la Constitución Política deberán contratar con ESAL de reconocida idoneidad realizando un proceso competitivo, y teniendo en cuenta lo siguiente: i) no debe condicionarse el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco debe condicionarse 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 puede condicionarse únicamente a 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 debe establecer 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.



FORMATO PQRS

Bogotá D.C., 01 de Agosto de 2025



Señor

Juan David Peláez Henao

juandavidpelaeh@gmail.com

Pereira, Risaralda

Concepto C – 967 de 2025

Temas:

DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de contratos / CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance / CONTRATACIÓN CON ESAL – Convenios de asociación – Objeto – Alcance / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Multiplicidad de sujetos – Límites legales / DECRETO 092 DE 2017 – Criterios – Aplicación / DECRETO 092 DE 2017 – Normativa vigente

Radicación:

Respuesta a la consulta con radicado No. 1_2025_07_27_007723

Estimado señor Peláez Henao:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su solicitud de consulta de fecha 27 de julio de 2025, en la que –tomando como referencia el Concepto C-057 del 10 de marzo de 2021 y la Sentencia de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 13 de agosto de 2024, con ponencia del Magistrado Fernando Alexei Pardo Flórez– pregunta lo siguiente:

FORMATO PQRS

“[...] Es posible suscribir [...] un convenio de asociación con una sociedad mercantil o entidad con ánimo de lucro, de ser positiva la respuesta, es decir, de ser posible suscribir convenios de asociación del art. 96 de la Ley 489 de 1998 con sociedades mercantiles que se lucran bajo qué criterios debería hacerse?”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad sólo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias específicas que la hayan motivado, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

I. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿es posible suscribir *convenios de asociación* del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 con entidades privadas con ánimo de lucro?

II. Respuesta:

Conforme a la interpretación general de las normas del sistema de compras públicas, aunque el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se refiere genéricamente a la noción “personas jurídicas particulares”, lo cierto es que los *convenios de asociación* que regula esa norma únicamente pueden celebrarse con ESAL.

FORMATO PQRS

Esto es así porque el inciso segundo de la misma disposición establece que tales convenios “se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política”, norma que le permite al “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” (Énfasis fuera de texto). Es de resaltar que el artículo 355 de la Constitución fue desarrollado por el Decreto 92 de 2017, cuyo artículo 5 señala concretamente que los negocios jurídicos se deben celebrar únicamente con las ESAL. Por ello, en el Concepto C-057 del 10 de marzo de 2021, la Agencia sostuvo que “[...] debe destacarse el requisito consistente en que los convenios de que trata el Decreto 092 de 2017 solamente se pueden celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro – ESAL–, por lo que no es posible celebrarlos con personas con ánimo de lucro”.

Sin embargo, la petición refiere la Sentencia del 13 de agosto de 2024, rad. 70470, con ponencia del Magistrado Fernando Alexei Pardo Flórez. En esa decisión judicial, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que los *convenios de asociación* “[...] pueden ser celebrados por las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, con ‘*personas jurídicas particulares*’, es decir, la norma no califica que esa persona deba ser una entidad sin ánimo de lucro y, a su vez, descarta que se celebren con personas naturales o personas jurídicas del derecho público”.

Para la Agencia, como se explicó *ut supra*, esta interpretación no tiene en cuenta que el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se remite al artículo 355 constitucional, el cual sólo permite la celebración de convenios con ESAL. Por lo demás, considerando que la Sentencia del 13 de agosto de 2024 revocó la decisión de primera instancia por encontrar oficiosamente probada la excepción de caducidad del medio de control, lo sostenido por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre los *convenios de asociación* no constituye la *ratio decidendi* de la decisión, sino que es una *obiter dicta*.

Si en gracia de discusión lo afirmado en la Sentencia del 13 de agosto de 2024 hubiera sido el criterio principal para revocar la decisión de primera instancia, vale la pena considerar que la decisión adoptada la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado no se encuentra unificada en los

FORMATO PQRS

términos del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, por lo que no surge el deber de aplicación uniforme de que trata el artículo 10 *ibidem*. En este contexto, la sentencia mencionada en la solicitud tiene efectos de cosa juzgada en el proceso en que se expidió, sin que esta pauta interpretativa sea vinculante para los demás entidades estatales.

Ello es congruente con el artículo 17 del Código Civil, ya que “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”. Es decir, en ausencia de unificación jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el criterio de la Subsección A sobre el alcance de los *convenios de asociación* no es obligatorio en los demás procesos de selección. Por tanto, la Agencia mantiene la tesis del Concepto C-057 del 10 de marzo de 2021 sobre la imposibilidad de celebrar convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 con sociedades comerciales.

Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno a la gestión contractual de las entidades públicas debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

III. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i. 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

FORMATO PQRS

acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo¹. Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 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 jurídicas². Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad. Por lo demás, al utilizar el verbo “podrán”, el ordenamiento deja claro su naturaleza potestativa, ya que no existe norma que obligue a su celebración.

Cuando las entidades definan suscribirlos, el Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; 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 *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén 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 ésta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores 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.

¹ Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado No. 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, con radicado No. 4201913000008240.

² Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que “Art. 96. 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”.

FORMATO PQRS

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 se ejecutan obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación. Solo cuando se reúnan estas condiciones es procedente celebrar contratos del artículo 355 de la Constitución Política; de lo contrario, se aplicarán las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

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”³. En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá 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 comunes⁴.

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. Por un lado, al enfocarse en sujetos determinados, es necesario que todos los integrantes de la estructura plural sean entidades sin ánimo de lucro, ya que este régimen no fue diseñado para contratar con sociedades comerciales u otras entidades públicas. Por otra parte, 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

³ Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512.

⁴ Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 2201913000008611.

FORMATO PQRS

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”, las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, las ESAL, aporte 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 de 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. Ello no obsta para que puedan realizarse aportes en especie bajo la consideración de que éstos no inciden en la modalidad de selección aplicable.

La noción “seleccionar de forma objetiva”, contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión total 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. Por ello, 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 inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

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

FORMATO PQRS

2007, y no el Decreto 092 de 2017⁵. Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

“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”⁶.

De acuerdo con lo anterior, no todas las actividades que las entidades estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos del artículo 355 superior 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 en la sentencia C-287 del 18 de abril de 2012, en la que sostuvo lo siguiente:

“Las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro han sido definidas 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

⁵ Cfr. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047.

⁶ Concepto del 24 de febrero de 2005, con radicado No. 1626, C.P. Dra. Gloria Duque Hernández

FORMATO PQRS

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". (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 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. De esta manera, ni los contratos del artículo 355 de la Constitución Política ni los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 generan 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.

ii. 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 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 2017⁷. Cabe precisar que las decisiones adoptadas en el auto indicado fueron mantenidas en su mayoría en el Auto del

⁷ 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.

FORMATO PQRS

15 de marzo de 2022 de la Sala Plena del Consejo de Estado⁸, mediante el cual se resuelve el recurso de súplica frente al anterior auto que, como se explicará, suspendió provisionalmente varios apartes del Decreto 092 de 2017. En este sentido, en el último auto se levantó la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 1 y del inciso segundo del artículo 3, manteniendo en lo demás la suspensión provisional, como se precisará a continuación.

La *primera* norma que estudió el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019 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 Pública⁹. Señaló que esta disposición, así como el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017¹⁰, excedían la potestad reglamentaria, que estaba 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 podía delegar en una entidad como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que a través de una guía reglamentara los vacíos de un Decreto. Al respecto señaló:

“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

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Auto del 15 de marzo de 2022. Exp. 11001-03-26-000-2018-00113-01 (62.003). C.P. Rocío Araújo Oñate.

⁹ 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”.

¹⁰ 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 transparencia 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”.

FORMATO PQRS

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, en el auto del 9 de agosto de 2019 suspendió provisionalmente el inciso 2 del artículo primero y el inciso 2 del artículo 3, lo que significaba que los contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro no tenían 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. Sin embargo, mediante el auto del 15 de marzo de 2022 de la Sala Plena del Consejo de Estado, al que se hizo referencia en inicio de este acápite, se ordenó levantar la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 1 y del inciso segundo del artículo 3, al considerar la Alta Corporación que:

“28. Contrario a la conclusión a la que se arribó en el auto suplicado, la Sala observa que de la simple confrontación de la norma no se advierte, prima facie, que lo ordenado en el inciso segundo del artículo 1, así como en el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017, conlleve, per se, la delegación de la facultad reglamentaria directa de la Constitución, atribuida al Gobierno nacional en el artículo 355 superior”.

En armonía con lo anterior, en relación con el inciso segundo del artículo primero del Decreto 092 de 2017, que establece que las expresiones utilizadas en el decreto con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, el Consejo de Estado consideró procedente levantar la suspensión provisional, al considerar que:

“35. En esa medida determinó el Gobierno nacional que para la interpretación del decreto que nos ocupa, las expresiones 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 su correspondiente aplicación, lo que implica una orientación tendiente a propiciar una integración normativa con definiciones que ya existen en el ordenamiento jurídico y que fundamentará la interpretación de dichas expresiones. En este

FORMATO PQRS

orden de ideas, no existe habilitación a Colombia Compra Eficiente para crear definiciones normativas de estas expresiones, sino que de las que ya cuenta el ordenamiento jurídico realiza la guía. Por ello, no hay delegación de la competencia para crear el decreto constitucional que le compete al Gobierno nacional”.

Además, en relación con el inciso segundo del artículo 3, que establece que la entidad estatal debe definir en los documentos del proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro, para lo que deberá tener en consideración los criterios establecidos en la guía que expida Colombia Compra Eficiente, el Consejo de Estado también resolvió levantar la suspensión provisional, al considerar que el análisis sobre su validez se debe reservar para el momento en que se profiera la sentencia respectiva, pues, a su juicio, no resulta evidente que se haya delegado indebidamente el ejercicio de la potestad reglamentaria¹¹.

Ahora bien, cabe precisar que mediante el auto del 15 de marzo de 2022 de la Sala Plena del Consejo de Estado únicamente se levantó la suspensión provisional de las normas desarrolladas hasta este lugar, por lo que, en lo demás, se confirmó la decisión de suspensión provisional de los demás apartes del Decreto 019 de 2017 dictada en el auto del 6 de agosto de 2019, como se procede a explicar.

La *segunda* norma que analizó el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019, fue el literal a), del artículo 2, del Decreto 092, que establece

¹¹ En el auto del 15 de marzo de 2022 se señalaron los siguientes argumentos para levantar la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017: “43. En suma, lo que advierte la Sala es que para establecer si el Gobierno nacional delegó indebidamente el ejercicio de la potestad reglamentaria directa de la Constitución, es necesario realizar un estudio de fondo, que es propio de la sentencia, pues de la literalidad de las normas confrontadas no surge que la expedición de la guía, con el alcance orientador y de interpretación señalado en las disposiciones demandadas, corresponda al ejercicio incompleto y trasladado de esa potestad, como lo razona el demandante, o si se trata de la asignación de una función o tarea, dentro de la amplia esfera de configuración normativa que confieren los reglamentos constitucionales autónomos, como lo entiende el Departamento Nacional de Planeación.

44. Así pues, al no evidenciarse ab initio la infracción constitucional aducida en los términos del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, no existe fundamento jurídico para suspender provisionalmente los efectos del inciso segundo del artículo 1 y del inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017. En consecuencia, la Sala revocará dicha medida cautelar y la negará en relación con esas disposiciones”. (CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Auto del 15 de marzo de 2022. Exp. 11001-03-26-000-2018-00113-01 (62.003). C.P. Rocío Araújo Oñate).

FORMATO PQRS

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 colombiana¹². En relación con esta norma, encontré 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 explica que:

“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”.

Asimismo, 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 indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de

¹² Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal 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”.

FORMATO PQRS

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”.

Así las cosas, 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. Por lo demás, no solo se pueden celebrar contratos para los objetos específicos señalados en el Decreto 092 de 2017.

El Consejo de Estado, en el auto del 6 de agosto de 2019, en *tercer* lugar, examinó el literal c) y el inciso 5 del artículo 2 del Decreto¹³, 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:

¹³ 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”.

FORMATO PQRS

“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”.

Por tanto, 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. Lo anterior, en la medida que estas condiciones son propias de la contratación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no del régimen jurídico especial que establece el artículo 355 de la Constitución Política.

La *cuarta* norma que estudió el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019 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 naturales¹⁴. 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

¹⁴ 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”.

FORMATO PQRS

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, de manera que la contratación 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 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 que tener en cuenta las exigencias del inciso 2 del artículo 4 *ibidem*, siempre que se configuren los supuestos de aplicación de dicha normativa, esto es, siempre que exista más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad.

Por último, en *quinto* lugar, el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019 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.

La Sala Plena del Consejo de Estado en Auto del 15 de marzo de 2022 estima que debe mantenerse la suspensión provisional del literal a) del artículo 2 del Decreto 092 de 2017. Lo anterior en la medida que esta restringe y contraria la finalidad de apoyo y fomento prevista en el artículo 355 de la Constitución Política, pues –pese a que la norma superior no hizo diferenciación

FORMATO PQRS

alguna al respecto– el decreto limita su órbita de aplicación a un catálogo de actividades y programas de interés público susceptibles de este mecanismo¹⁵. Por lo demás, respecto al inciso final del artículo 4 *ibidem*, el Consejo de Estado mantiene la medida cautelar al configurarse el cargo de violación del principio de igualdad. Para estos efectos, considera que:

“73. [...] la simple afirmación referida a que existe una relación inherente entre el producto del contrato y el contratista en las actividades exceptuadas del proceso competitivo de selección no permite concluir, razonablemente, que en las demás actividades de interés general aquello no se presente, o que, por ese simple hecho, merezcan un trato diferente.

74. En efecto, si en otros ámbitos de actividad de interés público que pueden adelantar entidades privadas sin ánimo de lucro se llega a presentar la situación de que sólo una de ellas esté en capacidad de realizarla, no será factible contratar directamente con ella, puesto que no hace parte de las actividades enunciadas en la norma: de índole artística, cultural, deportiva o de promoción de la diversidad étnica”¹⁶.

De lo anterior se desprende que 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 lo siguiente: i) no debe condicionarse el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco debe condicionarse 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 puede condicionarse únicamente a 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

¹⁵ De esta manera, agrega que “[...] cuando el reglamento exige correspondencia directa entre los objetos de los contratos y las actividades y programas contenidos específicamente en los planes de desarrollo, excluye aquellos programas y actividades de interés público que desarrollan entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, que aun cuando acordes con los planes de desarrollo no encajan de manera precisa en alguna de las actividades o programas particulares contemplados en dichos planes” (Cfr. Consejo de Estado. Sala Plena. Auto del 15 de marzo de 2022. Exp. 62.003. C.P. Rocío Araújo Oñate).

¹⁶ *Ibidem*.

FORMATO PQRS

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 debe establecer 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, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017. De esta manera, deben estar sujetos 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 convenio¹⁷, 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%. Lo anterior sin perjuicio de las restricciones previstas en el artículo 33 de la Ley de Garantías durante el periodo preelectoral de las elecciones presidenciales para los procesos no competitivos.

Independientemente de que se trate de contratos de interés público, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, o de convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en ambos negocios jurídicos aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública. Al respecto, el artículo 6 del Decreto 092 de 2017 dispone que “Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto”. Este reglamento autónomo también remite a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales –art. 7–, así como de las normas generales de la contratación pública excepto en lo reglamentado en dicho decreto –art. 8–.

iii. Aunque el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se refiere genéricamente a la noción “personas jurídicas particulares”, lo cierto es que los *convenios de*

¹⁷ 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”.

FORMATO PQRS

asociación que regula esa norma únicamente pueden celebrarse con ESAL. Esto es así porque el inciso segundo de la misma disposición establece que tales convenios “se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política”, norma que le permite al “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” (Énfasis fuera de texto). Es de resaltar que el artículo 355 de la Constitución fue desarrollado por el Decreto 92 de 2017, cuyo artículo 5 señala concretamente que los negocios jurídicos se deben celebrar únicamente con las ESAL. Por ello, en el Concepto C-057 del 10 de marzo de 2021, la Agencia sostuvo que “[...] debe destacarse el requisito consistente en que los convenios de que trata el Decreto 092 de 2017 solamente se pueden celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro –ESAL–, por lo que no es posible celebrarlos con personas con ánimo de lucro”.

Sin embargo, la petición refiere la Sentencia del 13 de agosto de 2024, rad. 70470, con ponencia del Magistrado Fernando Alexei Pardo Flórez. En esa decisión judicial, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que los *convenios de asociación* “[...] pueden ser celebrados por las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, con ‘*personas jurídicas particulares*’, es decir, la norma no califica que esa persona deba ser una entidad sin ánimo de lucro y, a su vez, descarta que se celebren con personas naturales o personas jurídicas del derecho público”.

Para la Agencia, como se explicó *ut supra*, esta interpretación no tiene en cuenta que el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se remite al artículo 355 constitucional, el cual sólo permite la celebración de convenios con ESAL. Por lo demás, considerando que la Sentencia del 13 de agosto de 2024 revocó la decisión de primera instancia por encontrar oficiosamente probada la excepción de caducidad del medio de control, lo sostenido por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre los *convenios de asociación* no constituye la *ratio decidendi* de la decisión, sino que es una *obiter dicta*.

La doctrina destaca la diferencia entre ambos conceptos. Estima que la *ratio decidendi* corresponde a “[...] cualquier regla de Derecho que haya sido implícita o explícitamente considerada por el juez como necesaria para llegar a su conclusión, teniendo en cuenta la línea de razonamiento adoptada por dicho

FORMATO PQRS

juez [...]”; en contraste, considera que el *obiter dicta* es “[...] una proposición jurídica contenida en el voto del juez que desde el punto de vista lógico no puede ser considerada la premisa mayor en relación con los hechos selectos de la decisión [...]”¹⁸.

Si en gracia de discusión lo afirmado en la Sentencia del 13 de agosto de 2024 hubiera sido el criterio principal para revocar la decisión de primera instancia, vale la pena considerar que la decisión adoptada la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado no se encuentra unificada en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, por lo que no surge el deber de aplicación uniforme de que trata el artículo 10 *ibidem*¹⁹. En este contexto, la sentencia mencionada en la solicitud tiene efectos de cosa juzgada en el proceso en que se expidió, sin que esta pauta interpretativa sea vinculante para los demás entidades estatales.

Ello es congruente con el artículo 17 del Código Civil, ya que “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”²⁰.

¹⁸ CROSS, Rupert y HARRIS, J. W. El precedente en el derecho inglés. Madrid: Marcial Pons, 2012. pp. 96 y 100. Esta distinción también es jurídicamente relevante desde el punto de vista jurisprudencial: “En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de *Decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o ‘dichos de paso’, no tienen poder vinculante, sino una ‘fuerza persuasiva’ que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1300 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁹ El artículo 270 del CPACA dispone que “Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1995, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”. El concepto es relevante para la aplicación del artículo 10 *ibidem*, el cual prescribe que “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas” (Énfasis fuera de texto)

²⁰ Como explica la doctrina, “La eficacia vinculante que la decisión del juez despliega como cosa juzgada respecto del caso decidido, se considera conceptualmente distinta de la autoridad que el criterio de decisión en ella adoptada (la llamada *ratio decidendi*) pueda desplegar sobre la convicción de los juicios futuros que vengan llamados a decidir casos semejantes. La autoridad de la decisión precedente en este segundo aspecto no se impone al futuro juez como un precepto jurídico a observar, sino que hace referencia únicamente a la inteligencia y al sentido crítico del que ha de decidir, llamándolo a apreciar el criterio de decisión adoptado

FORMATO PQRS

Es decir, en ausencia de unificación jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el criterio de la Subsección A sobre el alcance de los *convenios de asociación* no es obligatorio en los demás procesos de selección. Por tanto, la Agencia mantiene la tesis del Concepto C-057 del 10 de marzo de 2021 sobre la imposibilidad de celebrar convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 con sociedades comerciales.

iv. Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno a la gestión contractual de las entidades públicas debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con los aspectos puntuales del tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

IV. Referencias normativas:

- Constitución Política de 1991, artículo 355.
- Ley 489 de 1998, artículo 96.
- Ley 1437 de 2011, artículos 10 y 270.

en cuanto a su valor interpretativo, o sea a reconocer si éste responde a las exigencias del caso decisivo y al esquema de coherencia del *ius conditum*, es decir, si representa en suma una interpretación exacta de las normas jurídicas en discusión [...]” (BETTI, Emilio. La interpretación de la ley y los actos jurídicos. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018. p. 264).

FORMATO PQRS

- Decreto 092 de 2017, artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8.
- Código Civil, artículos 17 y 1495.

V. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Esta Subdirección se ha pronunciado sobre el régimen contractual de las ESAL con fundamento en el Decreto 092 de 2017 en los Conceptos 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-364 de 26 de julio de 2021, C-379 de 20 de julio de 2021, C-537 del 27 de septiembre de 2021, C-021 del 22 de febrero de 2022, C-236 del 27 de abril de 2022, C-273 del 6 de mayo de 2022, C-274 del 6 de mayo de 2022, C-291 del 18 de mayo de 2022, C-331 del 24 de mayo de 2022, C-477 del 26 de julio de 2022, C-550 del 31 de agosto de 2022, C-560 del 7 de septiembre de 2022, C-624 del 28 de septiembre de 2022, C-771 del 30 de diciembre de 2022, C-853 del 9 de diciembre de 2022, C-351 del 6 de octubre de 2023, C-054 del 24 de abril de 2024, C-064 del 24 de abril de 2024, C-080 del 7 de mayo de 2024, C-281 del 29 de octubre de 2024, C-937 del 9 de diciembre de 2024 y C-957 del 17 de diciembre de 2024. Estos y otros se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual puede accederse a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

Te informamos que ya se encuentra disponible la **Guía de lineamientos de transparencia y selección objetiva para el departamento de La Guajira – Objetivo sexto constitucional de la Sentencia T-302 del 2017**. Esta Guía se expide en el marco del cumplimiento de la orden proferida por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-302 del 2017. Con su implementación se

FORMATO PQRS

busca contribuir a la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado por la situación de vulneración masiva y recurrente de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas del Pueblo Wayúu. Puede consultar la guía en el siguiente enlace: [Guía de lineamientos de transparencia y selección objetiva para el departamento de La Guajira – Objetivo sexto constitucional de la Sentencia T-302 del 2017.](#)

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

*Original firmado
Ana Maria Tolosa Rico*

ANA MARIA TOLOSA RICO
Subdirectora de Gestión Contractual (E) ANCP -CCE

Elaboró:	Juan David Montoya Penagos Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Alejandro Sarmiento Cantillo Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Ana María Tolosa Rico Subdirectora de Gestión Contractual (E)