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 – Contrato 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.

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

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 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 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.

LEY 2069 DE 2020 – Criterios diferenciales – No aplicabilidad – Decreto 092 de 2017

[…] pese a que el artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 introdujo criterios diferenciales para el acceso a Mipymes al sistema de compras públicas, esto es, para los procesos de selección que adelanten las Entidades Estatales, lo cierto es que, como se indicó previamente, los procesos que se adelantan a través del Decreto 092 de 2017 no se consideran como tal, parte de dicho sistema. Por ello, sería contrario a la ley, que se procurara incentivar la participación de Mipymes en un procedimiento que no integra el sistema de compras públicas.

A lo anterior, se le suma que, los negocios jurídicos que adelantan las Entidades Estatales en aplicación del Decreto 092 de 2017, se suscriben con ESAL, quienes, por regla general, no cumplen la condición de Mipymes. Esto, en razón a que, según el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011 sólo podrán ser Mipymes las empresas entendidas éstas como unidades de explotación económica que buscan el reparto de utilidades entre los miembros de la empresa. Caso contrario para las ESAL, pues estas están destinadas a realizar una actividad de interés general sin esperar la repartición de utilidades, por lo que no podrían considerarse Mipymes para ningún efecto en procesos de contratación; salvo, en los eventos en que sean consideradas como entidades de economía solidaria y participen en los procedimientos contractuales que se adelanten en aplicación del EGCAP.

Por otra parte, es importante aclarar que los artículos 32 de la Ley 2069 de 2020 y el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de

2021– definieron el ámbito de aplicación de los requisitos habilitantes diferenciales y puntajes adicionales para los emprendimientos y empresa de mujeres, estableciendo que estos se aplicarán en los procesos contractuales en que resulte aplicable los procedimientos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como los procesos competitivos que adelanten las entidades exceptuadas del EGCAP. En tal sentido, las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 que no se encuentren relacionadas en ese listado están excluidas, lo que descarta su aplicación, entre otros, en la selección abreviada por subasta inversa, en la mínima cuantía y en los procesos competitivos de que trata el Decreto 092 de 2017.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]

Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20240202000933
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 02/02/2024 17:14:22

Señor
Johann Diderick Granados Ordóñez
johann.granados@hotmail.com
Floridablanca, Santander

Concepto C – 003 de 2024

Temas: DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de contratos / CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance / CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de asociación – Objeto – Alcance / DECRETO 092 DE 2017 – Criterios – Aplicación / DECRETO 092 DE 2017 – Normativa vigente / LEY 2069 DE 2020 – Criterios diferenciales – No aplicabilidad – Decreto 092 de 2020

Radicación: Respuesta a consultas acumuladas Nos. P20240107000135 y P20240107000136

Estimado señor Granados:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5° del artículo 3 y el numeral 8° del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde sus peticiones acumuladas recibidas el 07 de enero de 2024.

1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes consultas:

> "1) REGIMEN JURIDCO APLICABLE DE LOS PROCESOS LLEVADOS A CABO POR EL DECRETO 092 DE 2017?
> 2) ES APLICABLE LA LEY 80 DE 1993 A LOS PROCESOS POR DECRETO 092 DE 2017?
> 3) QUE ES APLICABLE DE LA LEY 80 DE 1993 A LOS PROCESOS POR DECRETO 092 DE 2017?
> 4) EN LOS PROCESOS POR DECRETO 092 DE 2017 ES APLICABLE LOS INCENTIVOS Y CRITERIOS DIFERENCIALES EN FAVOR DE MIPYMES Y EMPRENDIMIENTOS DE EMPRESAS DE MUJERES?" [sic]

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos concretos desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

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[1]. Esta competencia de interpretación de normas generales,

[1] La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr

por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales.

En atención a lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual de esta Agencia, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, luego de analizar los siguientes temas: i) régimen de los contratos del Decreto 092 de 2017; ii) suspensión provisional de algunas normas del Decreto 092 de 2017; y iii) criterios diferenciales en favor de las Mipyme y los emprendimientos y empresas de mujeres en los procesos adelantados mediante el Decreto 092 de 2017.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, con fundamento en el Decreto 092 de 2017, en particular en los Conceptos, 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 y C-853 del 9 de diciembre de 2022, C-026 de 16 de marzo de 2023, C-037 de 05 de abril de 2023, C-203 de 21 de junio de 2023.

Así mismo, esta Agencia en los, C-031 del 1 de marzo de 2022, C-281 del 12 de mayo de 2022, C-245 de 02 de mayo 2022, C-326 del 18 de mayo de 2022, C-347 del 09 de junio de 2022, C-421 del 06 de julio de 2022, C-509 del 8 de agosto de 2022, C-627 del 29 de septiembre de 2022, C-872 del 22 de diciembre de 2022, C-070 de 24 de abril de 2023 y C-113 de 19 de mayo de 2023, se pronunció sobre el contexto general de la Ley 2069 de 2020[2]. Las tesis propuestas en tales conceptos

---

una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: "[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública". Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: "[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general".

[2] Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos.

se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

2.1. Régimen de los contratos del Decreto 092 de 2017. Reiteración de línea

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[3]. 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 jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad[4].

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 de 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

[3] 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.

[4] 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".

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 ESAL 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 esté dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes y servicios o se ejecutan obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en adelante EGCAP.

De otro lado, los *convenios de asociación* "[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y ordenamiento 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"[5]. 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 toral del convenio[6]. El convenio de asociación no es

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

[6] Decreto 092 de 2017: "Artículo 5. *Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales.* Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la Ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, 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.

Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

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[7].

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 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 (30%) 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 sí, la entidad deberá seleccionar objetivamente con cual asociarse.

La noción *"seleccionar de forma objetiva",* contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión total a la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es que la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las ESAL 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 EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.Sin embargo, resulta a bien aclarar que <u>los negocios jurídicos</u>

[…]".

[7] 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.

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]. Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[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". [Énfasis fuera de texto]

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 ESAL no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación. Así lo reconoció la Corte

[8] Cfr. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047.

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

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 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". [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.

2.2. Suspensión provisional de algunas normas del Decreto 092 de 2017. Reiteración de línea

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

Compartido por:
BeltránPardo Abogados & Asociados

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 2017[10]. Cabe precisar que las decisiones adoptadas en el auto indicado fueron mantenidas en su mayoría en el Auto del 15 de marzo de 2022 de la Sala Plena del Consejo de Estado[11], 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 Pública[12]. Señaló que esta disposición, así como el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017[13], excedían la potestad reglamentaria, que estaba exclusivamente asignada al Presidente de la República, toda vez que la esencia de la facultad reglamentaria

[10] 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.

[11] 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.

[12] 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".

[13] 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".

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 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 ESAL 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 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 ESAL, 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 reglamentaria[14].

[14] 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

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 que únicamente se podrá contratar con ESAL 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[15]. 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 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

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).

[15] 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".

> 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 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".

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 sólo 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 Decreto[16], señalando que contraría

[16] 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".

la norma constitucional al condicionar que los contratos sólo se pueden celebrar cuando no exista oferta en el mercado, sometiendo su celebración a que, de existir oferta, la contratación con las ESAL 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 ESAL 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".

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 naturales[17]. Para la Sala, esta norma vulnera el

[17] 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

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, de manera que la contratación de actividades y programas de interés público debe realizarse a través de un proceso competitivo para escoger a la ESAL. 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 *íbídem*, 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

---

colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos".

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 alguna al respecto– el decreto limita su órbita de aplicación a un catálogo de actividades y programas de interés público susceptibles de este mecanismo[18]. 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"[19].

De lo anterior se desprende que la contratación con ESAL se sigue rigiendo por el Decreto 092 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional. Por lo

[18] 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).

[19] *Ibidem*.

tanto, las Entidades Estatales que deseen 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 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 ésta al contratista para cumplir con el objeto del contrato.

En caso de que se pretenda suscribir un *convenio de asociación* con ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las Entidades Estatales, 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 ESAL comprometa recursos en dinero por un monto igual o superior al 30% del valor total del convenio[20], y siempre que la Entidad Estatal verifique previamente que no existe ninguna otra ESAL que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%.

Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto bajo consulta, procederemos a analizar si es o no factible la aplicación de criterios diferenciales en favor de las Mipyme y los emprendimientos y empresas de mujeres en los procesos adelantados mediante el Decreto 092 de 2017.

[20] 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".

2.3. Criterios diferenciales en favor de las Mipyme y los emprendimientos y empresas de mujeres. Imposibilidad de aplicación en los procesos adelantados mediante el Decreto 092 de 2017

De manera preliminar, es importante destacar tal y como se evidenció en el numeral anterior, que el Decreto 092 de 2017 otorgó un alto grado de discrecionalidad a las Entidades Estatales para la configuración de los procedimientos competitivos mediante los cuales se seleccionan a las ESAL, por lo que la ausencia de regulación detallada de estos procedimientos no implica que exista un vacío normativo, sino la intención del reglamento de permitir que sean las Entidades Estatales quienes estructuren dichos procedimientos, por lo cual no es procedente acudir automáticamente a las reglas establecidas en el EGCAP para complementar la estructura de dichos procedimientos.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación de los criterios diferenciales a favor de las Mipyme y los emprendimientos y empresas de mujeres dispuestos en la Ley 2069 de 2020 –también conocida como Ley de Emprendimiento–, podría afirmarse que estos no están armonizados con la finalidad que se persiguen en los contratos regulados por el Decreto 092 de 2017.

Lo anterior, se fundamenta en que, tal y como se indicó en el numeral 2.1 de este concepto, 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 EGCAP y, por ende, no hacen parte del sistema de compra pública. Pues bien, la celebración de contratos bajo la aplicación de dicha norma, se realiza principalmente con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo, así como para ejecutar actividades relacionadas con sus funciones[21], a través de la celebración de contratos de interés público en los términos del artículo 355 de la Constitución Política o mediante la suscripción de convenios de asociación; ambos, con ESAL de reconocida idoneidad.

Sin embargo, por un lado, debe resaltarse que, pese a que el artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 introdujo criterios diferenciales para el acceso a Mipymes al sistema de compras públicas, esto es, para los procesos de selección que adelanten las Entidades Estatales, lo cierto es que, como se indicó previamente, los

[21] En desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

procesos que se adelantan a través del Decreto 092 de 2017 no se consideran como tal, parte de dicho sistema. Por ello, sería contrario a la ley, que se procurara incentivar la participación de Mipymes en un procedimiento que no integra el sistema de compras públicas.

A lo anterior, se le suma que, los negocios jurídicos que adelantan las Entidades Estatales en aplicación del Decreto 092 de 2017, se suscriben con ESAL, quienes, por regla general, no cumplen la condición de Mipymes. Esto, en razón a que, según el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011 sólo podrán ser Mipymes las empresas entendidas éstas como unidades de explotación económica que buscan el reparto de utilidades entre los miembros de la empresa. Caso contrario para las ESAL, pues estas están destinadas a realizar una actividad de interés general sin esperar la repartición de utilidades, por lo que no podrían considerarse Mipymes para ningún efecto en procesos de contratación; salvo, en los eventos en que sean consideradas como entidades de economía solidaria y participen en los procedimientos contractuales que se adelanten en aplicación del EGCAP.

Por otra parte, es importante aclarar que los artículos 32 de la Ley 2069 de 2020 y el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– definieron el ámbito de aplicación de los requisitos habilitantes diferenciales y puntajes adicionales para los emprendimientos y empresa de mujeres, estableciendo que estos se aplicarán en los procesos contractuales en que resulte aplicable los procedimientos de *licitación pública, selección abreviada de menor cuantía* y *concurso de méritos*, así como los procesos competitivos que adelanten las entidades exceptuadas del EGCAP. En tal sentido, las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 que no se encuentren relacionadas en ese listado están excluidas, lo que descarta su aplicación, entre otros, en la selección abreviada por subasta inversa, en la mínima cuantía y en los procesos competitivos de que trata el Decreto 092 de 2017.

En ese orden y teniendo en cuenta lo antes expuesto, no sería procedente la aplicación de los criterios diferenciales en favor de las Mipyme y los emprendimientos y empresas de mujeres, en los procesos de contratación que se adelanten bajo el Decreto 092 de 2017.

3. Respuestas

"1) REGIMEN JURIDCO APLICABLE DE LOS PROCESOS LLEVADOS A CABO POR EL DECRETO 092 DE 2017?" [sic]

De conformidad con lo expuesto en este concepto, el Decreto 092 de 2017 dispone las reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con ESAL. Dicha norma regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin de 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.

En ese sentido, resulta claro entonces que cuando las Entidades Estatales pretendan la celebración de dichos contratos, deberán aplicar el régimen contractual dispuesto en el Decreto 092 de 2017; salvo, en los casos en los que excepcionalmente deban remitirse al EGCAP.

"2) ES APLICABLE LA LEY 80 DE 1993 A LOS PROCESOS POR DECRETO 092 DE 2017?
3) QUE ES APLICABLE DE LA LEY 80 DE 1993 A LOS PROCESOS POR DECRETO 092 DE 2017?" [sic]

Las Entidades Estatales que adelantan sus procesos de contratación con ESAL bajo la aplicación del Decreto 092 de 2017, deberán acatar las reglas dispuestas en este, salvo en los casos excepcionales en los que dicho decreto remita la aplicación del EGCAP, como sucede en el artículo 2, literal c) y el artículo 6.. Es decir, pese a que la regla general es desarrollar los procedimientos de contratación observando las pautas contenidas en dicho decreto, las entidades contratantes en ciertos eventos aplicarán el EGCAP –Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2011–.

Como ejemplo de ello tenemos: i) cuando se pretenda las celebración de los contratos del artículo 355 de la constitución política, no es factible que en este exista contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, esto es, que el programa o actividad a desempeñar esté dirigido al beneficio de la población en general, pues cuando se adquieren bienes y servicios o se ejecutan obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del EGCAP; y ii)en el caso de la celebración de convenios de asociación, si la entidad al verificar que existe otra ESAL que ofrece su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior

al 30% del valor total del convenio, podrá, con el fin de realizar una selección objetiva, acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP.

Sin embargo, para los efectos se aclara 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 EGCAP, por lo que, 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, deberá aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el Decreto 092 de 2017.

> "4) EN LOS PROCESOS POR DECRETO 092 DE 2017 ES APLICABLE LOS INCENTIVOS Y CRITERIOS DIFERENCIALES EN FAVOR DE MIPYMES Y EMPRENDIMIENTOS DE EMPRESAS DE MUJERES?" [sic]

Pese a que el artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 introdujo criterios diferenciales para el acceso a Mipymes al sistema de compras públicas, esto es, para los procesos de selección que adelanten las Entidades Estatales, lo cierto es que, como se indicó en el considerando de este concepto, los procesos que se adelantan a través del Decreto 092 de 2017 no se consideran como tal, parte de dicho sistema. Por ello, sería contrario a la ley, que se procurara incentivar la participación de Mipymes en un procedimiento que no integra el sistema de compras públicas. A lo anterior, se le suma que, los negocios jurídicos que adelantan las Entidades Estatales en aplicación del Decreto 092 de 2017, se suscriben con ESAL, quienes, por regla general, no cumplen la condición de Mipymes.

Finalmente, resulta a bien aclarar que los artículos 32 de la Ley 2069 de 2020 y el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 del 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– definieron el ámbito de aplicación de los requisitos habilitantes diferenciales y puntajes adicionales para los emprendimientos y empresa de mujeres, estableciendo que estos se aplicarán en los procesos contractuales en que resulte aplicable los procedimientos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como los procesos competitivos que adelanten las entidades exceptuadas del EGCAP. En tal sentido, las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 que no se encuentren relacionadas en ese listado están excluidas, lo que

descarta su aplicación, entre otros, en la selección abreviada por subasta inversa, en la mínima cuantía y en los procesos competitivos de que trata el Decreto 092 de 2017.

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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró:	Nasly Yeana Mosquera Rivas Analista T2 – 06 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó	Ximena Ríos López Gesto T1 – 11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Nohelia del Carmen Zawady Palacio Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE