



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicación: 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62003)

Actor: Martín Bermúdez Muñoz

Demandado: Departamento Nacional de Planeación y otros

Acción: Nulidad por inconstitucionalidad

Se decide la solicitud de suspensión provisional formulada por la parte demandante dentro del presente asunto.

I. ANTECEDENTES

1. Suspensión provisional

La parte actora solicitó la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 1, de los literales "a" y "c" y del inciso quinto del artículo 2, del inciso segundo del artículo 3, del inciso final del artículo 4, así como del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, "*por el cual se reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política*" (fls. 1 a 92, c. 2). El fundamento de la solicitud será expuesto más adelante.

2. Oposición del demandado

Para la parte demandada no hay lugar a decretar la suspensión provisional pedida, pues, en su criterio, el decreto demandado respeta los límites de la potestad reglamentaria y su eventual suspensión requiere de “... un análisis normativo contextualizado de fondo más propio de la fase de juzgamiento” (fl. 120, c. 2); en este sentido, concluyó, el análisis de la legalidad del acto demandado se debe realizar al momento de dictar sentencia y no en esta oportunidad (fls. 110 a 120, c. 2).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) – Ley 1437 de 2011– establece en el numeral 1 del artículo 149 que, cuando se pretende la nulidad simple respecto de actos administrativos del orden nacional, la competencia es de esta corporación, en única instancia:

“El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

“1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden ...”.

De igual manera, es competente este despacho para adoptar la decisión que jurídicamente corresponda respecto de la solicitud de suspensión provisional, en atención a que, si bien se trata de la adopción de una medida cautelar de suspensión provisional (lo cual, en principio, compete a la Sala de Decisión, conforme a los artículos 125 y 143, numeral 2, del C.P.A.C.A.), el *sub lite* es un proceso de nulidad adelantado en única instancia ante el Consejo de Estado, razón por la cual se hace aplicable la excepción establecida en la parte final del artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dice:

“Será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite, sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del

artículo 243 de este Código serán de la Sala, **excepto en los procesos de única instancia**" (se resalta).

Quiere decir esta norma que, si las decisiones de que tratan los numerales 1 a 4 del artículo 243 del referido Código deben adoptarse en procesos de única instancia, ello es tarea que corresponde al ponente.

2. Análisis del despacho

2.1 Suspensión provisional

La suspensión provisional prevista en el artículo 238 de la Constitución Política¹, como medida cautelar, es una figura excepcional y restrictiva, derivada del principio de legalidad, la cual tiene por objeto suspender los atributos de fuerza ejecutoria y ejecutiva del acto administrativo, en protección de los derechos –subjetivos y/o colectivos– que se pueden ver conculcados con su expedición. En este orden de ideas, dicha figura constituye un importante instrumento para evitar que los actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, al menos mientras se decide de fondo sobre su constitucionalidad o legalidad.

Para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuya nulidad se pretenda, el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo exige que se reúnan los siguientes requisitos: **i)** que la violación surja del "... análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud ..." y **ii)** en el evento que se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, que se pruebe, al menos sumariamente, la existencia de éstos².

Conviene destacar que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado y bajo el régimen anterior (es decir, el del Código Contencioso Administrativo), la suspensión provisional operaba si la medida se solicitaba antes de que se decidiera la admisión de

¹ Esta norma establece: "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

² Dicha norma dice:

"Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos" (se resalta).

la demanda y, en todo caso, si se demostraba que era manifiesta la violación de las disposiciones jurídicas invocadas por el actor como violadas; en otros términos, la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo estaba condicionada a que la vulneración del ordenamiento jurídico fuera evidente, ostensible, palmaria o *prima facie* –a primera vista–, conclusión a la que se podía llegar mediante una simple y elemental comparación de textos entre el acto administrativo demandado y las normas invocadas como transgredidas.

No obstante, la ley 1437 de 2011 suprime esta última exigencia y dispone que el juez analice la transgresión **i)** con la **confrontación** entre el acto y las normas superiores invocadas o **ii)** con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud (sin que ello implique prejuzgamiento)³; así, pues, consagra la posibilidad de que el juez suspenda los efectos del acto administrativo cuestionado, acudiendo para ello tanto a la confrontación normativa como al análisis de las pruebas allegadas con la solicitud. Sobre el particular, en sentencia del 11 de julio de 2013, esta corporación afirmó (se transcribe literal):

*"... lo que en la Ley 1437 de 2011 representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine quanon que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos aportados con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: **1º) realizar un análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y **2º) ... estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.*

"Pero a la vez es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del C. de P.A. y de lo C.A., en cuanto ordena que 'la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento'"⁴ (negritas y subrayas del texto).

Por lo demás, es importante destacar que, a diferencia de lo previsto en el código anterior, la suspensión provisional puede pedirse antes de que sea notificado "... el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso" (se resalta, art. 229 del CPACA).

2.2 Acto acusado y cargos de ilegalidad

³ Artículo 229 del CPACA.

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de julio de 2013, radicado 2013-00021-00, demandante: Tito Llerena Salazar y otro, demandado: Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Consúltense también la sentencia del 3 de diciembre de 2012, expediente 2012-00290-00.

El decreto demandado dice (se subrayan los apartes cuya suspensión se solicita y se transcribe conforme obra):

"DECRETO 92 DE 2017

"(Enero 23)

"Por el cual se reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política

"EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

"En ejercicio de la facultad constitucional que le confiere el artículo 355 de la Constitución Política ...

DECRETA:

"**Artículo 1.** Objeto. El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.

"Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúsculas inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente- para la aplicación del presente decreto.

"**Artículo 2.** Procedencia de la contratación con entidades privadas son ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Las Entidades Estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y del presente decreto, siempre que el Proceso de Contratación reúna las siguientes condiciones:

"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;**

"b. Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato; y

"c. **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 Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal que contrata bajo esta modalidad deberá indicar expresamente en los Documentos del Proceso, cómo el Proceso de Contratación cumple con las condiciones establecidas en el presente artículo y justificar la contratación con estas entidades en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo.

“Estas Entidades Estatales pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad en los términos del presente decreto, previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir bajo esta modalidad. El representante legal de la Entidad Estatal no podrá delegar la función de otorgar esta autorización.

“La Entidad Estatal deberá acreditar en los Documentos del Proceso la autorización respectiva.

“Artículo 3. Reconocida idoneidad. La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar. En consecuencia, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro le debe permitir a esta desarrollar el objeto del Proceso de Contratación que adelantará la Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal.

“La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que deben acreditar la entidad sin ánimo de lucro. **Para tal 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 conflicto de intereses.**

“Artículo 4. Proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. La Entidad Estatal del Gobierno Nacional, departamental, distrital y municipal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.

“En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto.

“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.

“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.

“Estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2 y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente decreto”.

El demandante formuló tres cargos de ilegalidad que se concretan, así:

i) Con el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 92 de 2017 se violan los artículos 115 y 211 de la Constitución Política, como quiera que el Presidente de la República delegó en la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– la posibilidad de reglamentar el artículo 355 de la Constitución Política –a través de una “guía”–, desconociendo que dicha agencia no hace parte del gobierno nacional y, además, que la facultad reglamentaria que acá se discute es del resorte exclusivo del Presidente de la República, sin que exista acto normativo alguno que permita su delegación. Por estas mismas razones se acusa el inciso segundo del artículo 3 del decreto acusado.

Dentro de este primer cargo también se acusan los literales “a” y “c” del artículo 2 del decreto *eiusdem*, así como el inciso quinto de la misma norma, de la siguiente forma:

* Literal “a”: exige que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en los planes de desarrollo, cuando, en realidad, la norma reglamentada simplemente exige que los contratos con las entidades sin ánimo de lucro sean “acordes” con dichos planes. Según el actor, se vulnera el artículo 355 de la C.P.

* Literal “c”: condiciona la posibilidad de celebrar los contratos con las entidades sin ánimo de lucro cuando no exista oferta en el mercado de bienes y servicios o cuando, de existir, la propuesta de la entidad sin ánimo de lucro represente la “... *optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo*”. Para el actor, tal disposición desconoce la naturaleza de los contratos de que trata el artículo 355 de la C.P. (no sometidos al régimen ordinario de la contratación pública), al paso que desconoce la finalidad no conmutativa de los mismos.

* Se acusa el inciso quinto del citado artículo 2, por la misma razón (desconoce la finalidad no conmutativa de los contratos de que trata el artículo 355 de la C.P.).

ii) Con el inciso final del artículo 4 del decreto acusado se viola el derecho a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política), pues el decreto privilegió la escogencia de determinadas entidades sin ánimo de lucro (las del sector artístico, cultural, deportivo y de diversidad étnica), sin que sea necesario para ellas agotar ningún procedimiento competitivo o de selección previa; adicionalmente, el actor cuestionó la redacción de la norma, en tanto ésta se refiere a personas “... *naturales o jurídicas* ...”, expresión en la cual, según él, se entienden incluidas las entidades sin ánimo de lucro y aquellas que no ostentan tal calidad.

iii) Señaló que el artículo 5 del decreto acusado vulnera los artículos 4 y 150 (numerales 1, 2 y 25) de la Constitución Política, pues, al establecer reglas atinentes a los *convenios de asociación*, el Gobierno Nacional invadió las competencias exclusivas del legislador, según lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Indicó que el Gobierno Nacional vulneró los artículos 1, 2 y 333 de la Constitución Política, pues, en vez de expedir un decreto reglamentario del artículo 355 de la C.P., con el objeto de hacer posible la celebración de los contratos allí previstos, lo que hizo fue expedir una normativa con la cual introdujo restricciones que impiden que se logre la finalidad de la norma constitucional, esto es, fomentar que las entidades sin ánimo de lucro desarrollen actividades y programas de interés público.

El despacho analizará los cargos en el mismo orden en que fueron formulados.

2.3 Los contratos de que trata el artículo 355 de la Constitución Política

Con la Constitución Política de 1886 se previó que, dentro de las medidas de auxilio a la economía nacional, se pudiera, por medio de leyes, “... *fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo*”⁵. En un principio, el sistema funcionó adecuadamente; pero, con el paso del tiempo y con el pretexto de atender necesidades locales, tales empresas se desviaron de su razón de ser y se convirtieron en un foco de corrupción, en tanto los dineros destinados para tal fin terminaban en el financiamiento de campañas políticas y electorales –“auxilios parlamentarios”–.

Con miras a remediar tal situación de corrupción, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 adoptó tres decisiones que se reflejan en el artículo 355 de la actual Constitución Política: **i)** prohibió de manera contundente los auxilios parlamentarios y, en general, cualquier donación a personas privadas, **ii)** permitió que se continuara con las labores de fomento y apoyo sólo mediante contrato y con unos estrictos requisitos y **iii)** le quitó al Congreso de la República la posibilidad de expedir la reglamentación sobre la materia, previendo un probable abuso de su parte. Así lo dispuso la citada norma:

“Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

⁵ Art. 76, núm. 18, C.P. 1886.

*“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, **celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo**. El Gobierno Nacional reglamentará la materia” (se resalta).*

Así, pues, la expedición del citado artículo 355 obedeció a la necesidad de corregir las prácticas corruptivas en que se encontraba la actividad de fomento que había terminado en el despilfarro del erario; no obstante, el constituyente fue cuidadoso y no olvidó que existían entidades sin ánimo de lucro a las cuales se les debía seguir apoyando, para lo cual decidió utilizar el mecanismo de la contratación, con el único fin de controlar el uso de los recursos y el cumplimiento de la actividad de apoyo.

Así las cosas, las entidades territoriales pueden celebrar los contratos a que alude el artículo 355 superior con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el único propósito de impulsar programas y actividades de interés público. La mencionada idoneidad debe entenderse como la experiencia –con resultados satisfactorios– que acredite que la entidad sin ánimo de lucro es la “... adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del proceso de contratación” (art. 3, decreto 92 de 2017).

Los contratos de que trata el citado artículo 355 de la C.P., según lo dispuso el constituyente, se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte de alianza de fuerzas –públicas y privadas– para lograr como propósito común impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo, sin una contraprestación directa a la entidad pública contratante [pero, en todo caso, sujetos a la prestación de un beneficio común o social]. Bajo esta modalidad el sector público puede aportar el dinero (en todo o en parte) y la entidad privada sin ánimo de lucro la experiencia (personal, instalaciones, apoyo logístico, entre otros) o viceversa, según sea el caso.

No se trata, entonces, de un contrato conmutativo (en el cual se advierte un intercambio de prestaciones), sino de un convenio –en el sentido amplio de la palabra– cuyo objeto es la colaboración para el cumplimiento de los cometidos estatales, todo lo cual se permite al coincidir el objeto social del privado –que actúa sin ánimo de lucro– con la actividad o programa que el Estado quiere impulsar; al

respecto, el literal “b” del artículo 2 del Decreto 92 de 2017 (norma no demandada) excluye la posibilidad de que tales contratos comporten "... una relación conmutativa en la cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad (sic) Estatal (sic) ...".

Los contratos conmutativos están excluidos de la regulación del artículo 355 de la Constitución, precisamente porque en ellos el valor que paga el Estado –o la obligación dineraria que éste asume– tiene el propósito de remunerar el bien transferido, la obra ejecutada o el servicio prestado por el contratista. En los contratos de naturaleza conmutativa no se busca impulsar un programa o una actividad de interés público; por tanto, la suma o el presupuesto que transfiere el Estado tampoco tiene ese propósito.

El propósito de impulsar programas y actividades de interés público es, precisamente, el fundamento que justifica la celebración de los contratos de que trata el artículo 355 de la C.P., de allí que también se dispone que los mismos deben celebrarse con una clase particular y específica de personas jurídicas [las entidades que realicen tales actividades o programas, que no tengan ánimo de lucro y que tengan reconocida idoneidad]. El hecho de que los contratos del artículo 355 de la C.P. sólo puedan celebrarse con entidades sin ánimo de lucro, sin duda, excluye la posibilidad de que los aportes estatales realizados afecten la libre competencia, pues, por la naturaleza de las entidades destinatarias de tales aportes, se concluye que no participan como competidoras en el mercado.

Se sigue de lo anterior que, cuando el Estado busca la adquisición de bienes y servicios para programas o actividades de interés general debe contratar en condiciones normales, es decir, aplicar el Estatuto General de Contratación Pública –ley 80 de 1993 y sus reformas complementarias– [en este escenario, la entidad estatal debe salir al mercado a buscar la mejor oferta mediante un proceso de selección, aplicando las normas de contratación propias de los contratos estatales]⁶; pero, si lo que se pretende es fomentar una actividad o un programa de interés público “acorde” con los planes de desarrollo, en alianza con un privado sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, se está entonces en el escenario contemplado en el artículo 355 de la Constitución Política.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sentencia C-507 de 2008, precisó (se transcribe conforme obra):

“La Corte Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el contenido del artículo 355 de la Carta. Según la doctrina constitucional vigente, en principio la Constitución prohíbe toda donación de recursos públicos. Sin embargo, lo anterior no significa que el Estado no pueda implementar políticas sociales o económicas que tengan como herramienta la asignación de bienes o recursos sin una contraprestación directa e inmediata a cargo del beneficiario.

⁶ VÁSQUEZ GÓMEZ Jean Paul y ÁLVAREZ QUIROZ, Lilia Yaneth: “El debido proceso en las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias”. Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2018, pág. 33.

"Por el contrario, en un Estado Social de Derecho, el Estado tiene ciertas obligaciones sociales que se concretan, entre otras, en la asignación de bienes o recursos públicos a sectores especialmente protegidos por la Constitución. No obstante, para que este tipo de asignaciones resulten ajustadas a la Carta, se requiere que satisfagan, cuando menos, cuatro requisitos constitucionales que se mencionan brevemente a continuación y se explican en los apartes que siguen de esta decisión.

"En primer lugar, toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto. En segundo término, toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente plan de inversión. Adicionalmente, toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice. Por último, debe respetar el principio de igualdad".

De igual manera, esta corporación expresó (se transcribe conforme obra):

*"Si bien el precepto prohíbe de manera general a las ramas y órganos del poder público destinar recursos a particulares, también lo es que el mandato no es absoluto, pues el inciso segundo admite excepciones, cuando se trata de ejecutar, mediante contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, actividades y programas de interés público, que estén en **consonancia** con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. Las erogaciones que se autoricen para tales efectos, deben tener sustento en principios y derechos constitucionales y resultar indispensables para realizar los fines esenciales del Estado, sólo así se armoniza la prohibición de decretar auxilios o donaciones con el cumplimiento de los deberes propios de un estado social de derecho. Es decir, las transferencias de recursos públicos a particulares que tengan un fundamento constitucional expreso, no constituyen erogación prohibida por la Carta, sino el cumplimiento de los deberes sociales a cargo del Estado ... Por vía negativa, el auxilio o donación que prohíbe la norma Superior, es aquél que se hace en beneficio de particulares por mera liberalidad; en otros términos, 'la transferencia injustificada de recursos del patrimonio público al particular, con el fin de favorecer a ciertos individuos o grupos de manera selectiva, así como la utilización política y electoral, y algunas veces económica, de las necesidades de personas y comunidades'..., lo que equivale a revivir la práctica de los llamados 'auxilios parlamentarios', cuyo mal uso generó el mandato constitucional.*

*Respecto de la naturaleza de los subsidios a los particulares, la jurisprudencia, de manera reiterada y uniforme, concluye que la prohibición **no implicó la extinción de la función benéfica del Estado**, sino que admite otras excepciones que surgen del texto constitucional y que tienen por objeto garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos o el estímulo a actividades que la misma Carta considera dignas y merecedoras de apoyo"⁷.*

Ahora, el Consejo de Estado también ha delimitado el marco en el que es posible la contratación con las entidades sin ánimo de lucro, con miras a llevar a cabo la actividad de fomento, en los siguientes términos:

⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1626 de 2005.

“El artículo 355 de la Carta contiene una disposición de doble propósito y alcance: (i) por una parte, un precepto prohibitivo general aplicable a la totalidad de las ramas y órganos estatales para destinar recursos públicos a favor de particulares por mera liberalidad, concebido, según dan cuenta los anales de la Asamblea Nacional Constituyente, con la finalidad de proscribir la práctica política perniciosa de desviación de dineros públicos al beneficio personal o ‘auxilios parlamentarios’ (inc. 1º), y (ii) por otra, una disposición permisiva y de autorización de celebración de contratos con entidades sin ánimo de lucro y de destinación de recursos presupuestales, con el fin impulsar programas y actividades de interés público, todo ello sujeto a la reglamentación del Gobierno (inc. 2º).

*“... Si bien esta **norma constitucional establece el marco normativo, las condiciones, características y régimen complementario,** (sic) **están contenidos en decretos reglamentarios** -principalmente en los Nos 777 y 1403 de 1992- **que pueden calificarse de autónomos, en cuanto sólo están sometidos a la Constitución y no a la ley y, por tanto, sustraídos del alcance del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (art. 150 in fine), pues el constituyente tuvo a bien reservar a la competencia del gobierno la regulación de esta materia contractual,** de manera que han de tenerse en cuenta los elementos que en aquellos se precisan, para analizar, a continuación, la procedencia de celebración de los contratos por los que inquiera la consulta”⁸.*

Con fundamento en lo anterior, se saca en claro que en nuestro ordenamiento jurídico están proscritos los actos gratuitos o de mera liberalidad por parte del Estado en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado (auxilios parlamentarios o donaciones); sin embargo, ello no significa que la actividad de impulso o de fomento de las entidades sin ánimo de lucro (para los precisos fines previstos en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política) esté igualmente prohibida, pues, por el contrario, se permite la celebración de contratos para tal fin y ella se sujeta al cumplimiento de las condiciones especiales determinadas por la misma Constitución.

Desde esta perspectiva, los contratos de apoyo se encuentran, por tanto, sustraídos del ámbito de aplicación y del alcance del Estatuto General de la Contratación Pública, ya que tal contratación cuenta con un régimen jurídico especial, autorizado desde la misma Constitución Política (art. 355) y desarrollado a través de decretos dictados en virtud de la potestad con que cuenta el Gobierno Nacional para expedir reglamentos autónomos o constitucionales, los cuales surgen a partir del ejercicio de atribuciones permanentes o propias que permiten desarrollar la Constitución en determinados asuntos sin subordinación a una ley específica. Desarrollan, por tanto, disposiciones puntuales y precisas de la Constitución Política y constituyen una reserva o facultad

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1710 del 23 de febrero de 2006.

propia constitucional que se sustrae de la cláusula general de competencia del Congreso de la República⁹.

El carácter de reglamento constitucional no obedece solamente a que la facultad para expedirlos sea de origen constitucional –como erróneamente se cree–, sino también a su objeto y jerarquía, esto es, a que regula de manera directa determinada materia o asunto indicado expresamente en la misma Constitución Política, de manera que no se interpone entre ese reglamento y la Constitución Política ninguna otra categoría de normas¹⁰; por tanto, “... los reglamentos constitucionales son actos de rango ‘subconstitucional’, pues **tienen la misma fuerza y jerarquía de la ley y pueden modificarla, derogarla y adicionarla en todo lo concerniente a la materia reservada a ellos**”¹¹ [el despacho no comparte tal postura de la doctrina; sin embargo, volverá adelante sobre el particular].

Bajo este panorama, se resolverán los cargos formulados.

2.4 Examen de los cargos

2.4.1 Cargo 1

Para la parte actora el decreto acusado viola los artículos 115 y 211 de la Constitución Política, pues el Presidente de la República delegó en Colombia Compra Eficiente la posibilidad de reglamentar el citado artículo 355 a través de una “guía”, desconociendo que dicha agencia no hace parte del Gobierno Nacional y que la facultad reglamentaria –que acá se discute– es del resorte exclusivo del Presidente de la República, sin que exista acto normativo alguno que permita su delegación [ver, numeral 2.2 *supra* –pág. 7-].

Pues bien, los contratos previstos en el artículo 355 de la C.P. se deben ejecutar según el reglamento, cuya expedición compete de manera directa, exclusiva y excluyente al Gobierno Nacional, sobre cuya conformación el artículo 115 de la misma Constitución dispuso:

⁹ Dentro de los reglamentos autónomos o constitucionales que hoy se pueden expedir se encuentran, entre otros, los decretos mediante los cuales se asignan misiones o encargos al Vicepresidente de la República (art. 202 C.P.), los que distribuyen negocios –según su naturaleza– entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos (art. 189, núm. 17 C.P.), los que dan aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial (art. 224 C.P.), así como los decretos reglamentarios de que trata el artículo 355 *eiusdem*, en relación con los contratos que el Estado celebra con las entidades sin ánimo de lucro (se recomienda consultar, entre otras, la sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 16230, radicado: 11001-03-26-000-1999-00012-01).

¹⁰ De allí su denominación de “autónomo”, pues materialmente no se encuentra subordinado a ninguna norma de rango legal (DE OTTO, Ignacio: “Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes”, 7ª reimpresión de la segunda edición, Ariel, Barcelona, 1999, p. 214).

¹¹ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique: “Manual del acto administrativo”, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009, p. 139.

“El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

“El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. *El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.*

“Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

“Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva” (se resalta).

Así, pues, en el sentido constitucionalmente restringido del término, el Gobierno Nacional está conformado, para cada asunto en particular, por el *Presidente de la República*, los *ministros* del ramo correspondiente y/o los *directores de departamentos administrativos*¹², razón suficiente para concluir –de entrada– que la agencia de contratación estatal Colombia Compra Eficiente no se encuentra incluida dentro de tal categoría –Gobierno Nacional–, por cuanto no es un ministerio ni un departamento administrativo.

Entonces, si el artículo 355 de la Constitución Política dispone que al Gobierno Nacional le corresponde reglamentar la contratación con las entidades sin ánimo de lucro, es evidente que, al ejercicio de tal potestad, no puede concurrir ninguna otra autoridad administrativa que no haga parte del Gobierno Nacional, así dependa de él en otros asuntos.

Bajo ese entendido, disponer que Colombia Compra Eficiente expedirá una “guía” para establecer el alcance y la interpretación de “... las expresiones ... utilizadas con mayúscula inicial ...”¹³ (como se hace en el inciso segundo del artículo 1 del decreto

¹² Ver, entre otras, las sentencias C-397 de 1995, C-290 de 1997 y C-350 de 1997.

¹³ Las expresiones que aparecen con mayúscula inicial son las siguientes:

“Entidades Estatales

“Proceso de Contratación

“Plan Nacional o Seccional de Desarrollo

“Entidad Estatal

“Riesgo

“Documentos del Proceso

acusado), así como disponer que deberán tomarse "... en consideración las pautas y [los] criterios establecidos en la [misma] guía ..." (como se prevé en el inciso segundo del artículo 3 *ejusdem*), sin duda implica compartir el ejercicio de la reglamentación asignada directamente al Gobierno Nacional o, cuando menos, delegar en otra autoridad administrativa tal facultad.

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 concurrendo 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 este orden de ideas, el despacho encuentra que se violó el artículo 115 de la Constitución Política, pues el Gobierno Nacional asignó la competencia para determinar el alcance y la interpretación de algunas expresiones del decreto acusado, así como la definición de las "pautas" y los "criterios" en que se debe llevar a cabo la contratación con las entidades sin ánimo de lucro [inciso segundo del artículo 3 del decreto enjuiciado], a una autoridad que no hace parte del Gobierno Nacional, como lo es la agencia de contratación estatal Colombia Compra Eficiente. Se trata de una labor indelegable por naturaleza, la cual no se puede transferir a otra autoridad administrativa que no haga parte del Gobierno Nacional, pues la Constitución no contempla tal posibilidad cuando dice que esa función compete al gobierno nacional, razón por la cual no puede transferirse.

Ahora, el despacho también encuentra que se violó el artículo 211 de la Constitución Política, pues el Presidente de la República –quien encabeza el "Gobierno Nacional"– sólo puede delegar a otra autoridad la potestad de desarrollar una norma constitucional, siempre y cuando haya una ley que lo habilite expresamente para ello; al respecto, el citado artículo dispone:

"La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades ..." (se subraya).

"Entidad sin ánimo de lucro

"Ley

"Sistema Electrónico de Contratación Pública".

Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta que el Presidente de la República está sujeto al principio de la competencia reglada, consagrado en el artículo 211 de la C.P., es evidente que excedió sus potestades al delegar en una autoridad administrativa la posibilidad de expedir normas (a través de una "guía") para la efectiva interpretación y aplicación del decreto acusado.

Puestas así las cosas, es dable concluir que la potestad reglamentaria se ejerció de manera fragmentada o incompleta por parte del gobierno nacional, pues, para la aplicación del decreto acusado, se remite a los parámetros que, *ex post facto*, debían ser establecidos en la llamada "guía" expedida por Colombia Compra Eficiente.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con el carácter indelegable de la potestad reglamentaria del gobierno nacional, en el caso de los denominados reglamentos autónomos o constitucionales, señaló:

*"La potestad reglamentaria es una función administrativa atribuida por la Constitución Política al Gobierno Nacional, para la correcta y cumplida ejecución de las leyes, que, como ha tenido oportunidad de señalar esta Sala, es de carácter permanente, indienable, intransferible e irrenunciable. Al ser una atribución otorgada constitucionalmente al Presidente de la República, en su calidad de primera autoridad administrativa, no necesita de norma legal expresa que la confiera, ni puede ser limitada en cuanto a la materia y el tiempo en que pueda utilizarla, mientras continúe vigente la norma legal a reglamentar; por ello, **esta facultad no es susceptible de renuncia, transferencia o delegación por el Gobierno Nacional a otro órgano del Estado**"¹⁴.*

Bajo este escenario, debe el despacho suspender provisionalmente el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 92 de 2017, así como el inciso segundo del artículo 3 del mismo decreto, pues claramente el Presidente de la República excedió sus facultades, en tanto delegó en otra autoridad administrativa –que no hace parte del Gobierno Nacional– el ejercicio de las funciones de que se viene hablando en este aparte, sin que exista autorización para ello.

2.4.1.1 Dentro de este primer cargo también se acusaron los literales "a" y "c" del artículo 2 del decreto *eiusdem*, así como el inciso quinto de mismo artículo, pues, en criterio del demandante, el literal "a" exige que "el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público" previstos en los planes de desarrollo, cuando, en realidad, la norma reglamentada simplemente exige que los contratos con las entidades sin ánimo de lucro sean "acordes" con dichos planes.

El literal "c" se acusa, porque condiciona la posibilidad de celebrar los contratos con las entidades sin ánimo de lucro cuando no exista oferta en el mercado de bienes y

¹⁴ Auto del 1 de abril de 2009, radicado 11001-03-26-000-2009-00024-00, expediente 36476, actor: Zamir Alonso Bermeo García.

servicios, condición con la cual se desconoce la naturaleza no conmutativa de los contratos de que trata el artículo 355 de la C.P. Esto último –el desconocimiento de la naturaleza no conmutativa de los contratos de que trata el citado artículo 355–, también se predica en relación con el inciso quinto del artículo 2 demandado.

Los apartes acusados disponen (se subraya y resalta):

*“**Artículo 2.** Procedencia de la contratación con entidades privadas son ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Las Entidades Estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y del presente decreto, siempre que el Proceso de Contratación reúna las siguientes condiciones:*

*“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;***

“b. Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato; y

*“c. **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 Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal que contrata bajo esta modalidad deberá indicar expresamente en los Documentos del Proceso, cómo el Proceso de Contratación cumple con las condiciones establecidas en el presente artículo y justificar la contratación con estas entidades en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo.***

“Estas Entidades Estatales pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad en los términos del presente decreto, previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planea suscribir bajo esta modalidad. El representante legal de la Entidad Estatal no podrá delegar la función de otorgar esta autorización.

“La Entidad Estatal deberá acreditar en los Documentos del Proceso la autorización respectiva”.

Pues bien, para el despacho el literal “a” de la norma acusada resulta contrario a la norma superior (art. 355 de la C.P.), pues, como se vio atrás [numeral 2.3 *supra*], lo que pretende la norma reglamentada es que las entidades públicas puedan, mediante la celebración de contratos, impulsar los programas y actividades de interés público que desarrollan las entidades sin ánimo de lucro –de reconocida idoneidad– siempre que aquéllos (programas y actividades) resulten “acordes” con los planes de desarrollo (nacional o seccional).

Por "acorde" se debe entender aquello que se encuentra "... conforme, en armonía o en consonancia"¹⁵ con el plan de desarrollo de que se trate, es decir, lo que se busca es que no esté en contravía o en discordancia con lo que allí se contempla: una cosa es exigir que el contrato a celebrar tenga el fin de impulsar programas y actividades de interés público "acordes" con los planes de desarrollo y otra, muy distinta, es exigir "... que el objeto del contrato corresponda **directamente** a programas y actividades de interés público previstos en el Plan de Desarrollo ...", que es (esto último) lo que dispone el decreto acusado.

A partir de lo dispuesto en el citado artículo 355, la entidad estatal debe verificar las actividades y programas de interés público que desarrolle la entidad sin ánimo de lucro y, a partir de allí, establecer si tales programas o actividades resultan *acordes* con su plan de desarrollo, no que necesariamente, se insiste, correspondan "*directamente*" a las actividades o programas previstos en tales planes de desarrollo. Puede suceder, por ejemplo, que el contrato con la entidad sin ánimo de lucro encaje perfectamente o sea "acorde" con el plan de desarrollo –que es lo que exige la norma reglamentada– y, sin embargo, no esté previsto "*directamente*" en algún plan de desarrollo –que es lo que exige la norma demandada–.

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.

De otro lado, el despacho observa que la limitación que se introdujo en el literal "a" del artículo 2 del decreto acusado, esto es, la concerniente a que los programas y actividades 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 ...", también resulta violatoria del artículo 355 de la C.P., pues está cercenando la posibilidad de que se celebren contratos con entidades sin ánimo de lucro que tengan por objeto actividades y programas de interés público distintos a los allí enumerados, a pesar de tal limitación no está prevista en la norma reglamentada –art. 355–, pues, se insiste, la única restricción que ésta consagra se encuentra referida a la causa de los contratos, esto es, que tengan el "... fin de impulsar programas y actividades de interés público **acordes** con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo ...". En este sentido, puede suceder, por ejemplo, que una entidad sin ánimo de lucro esté constituida e inspirada bajo una finalidad de interés público [como en temas ambientales, desarrollo sostenible, protección de animales, desarrollo integral de la familia, entre otros], cuente con reconocida idoneidad y, pese a ello, no pueda celebrar ningún contrato de fomento o

¹⁵ Diccionario de la Lengua Española, en: <https://dle.rae.es/?id=0ZLbsG8>, consulta realizada el 5 de agosto de 2019.

impulso con la administración, por no circunscribirse su objeto misional a las categorías enunciadas en la norma reglamentada [literal "a", art. 2, decreto acusado].

Una limitación del anterior calado implica, sin duda, establecer una condición no prevista en la norma constitucional reglamentada. Esta última solo establece una restricción y es que la "causa" del contrato tenga como finalidad "... impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo", mientras que, por su parte, la norma acusada limita la celebración de tales contratos a que tengan como objeto la promoción de las actividades enunciadas anteriormente [letra "a", art. 2, decreto *ejusdem*]. Si la norma constitucional restringe sólo la causa o la finalidad del contrato, quiere decir ello que, independientemente de su objeto, puede celebrarse en cualquier modalidad, siempre y cuando –claro está– su causa sea "acorde" con los planes de desarrollo, que es, en últimas, el propósito de la norma constitucional¹⁶.

Bajo este escenario, para el despacho es claro que el literal "a" del artículo 2 del decreto demandado puede ser violatorio del artículo 355 de la Constitución Política, pues, en primer lugar, exige que los contratos con las entidades sin ánimo de lucro correspondan directamente a los programas y actividades previstos en los planes de desarrollo y, en segundo lugar, limita el objeto de tales contrataciones a unos objetos específicos [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"], a pesar de que la norma reglamentada en modo alguno establece tal condicionamiento.

2.4.1.2 En lo atinente al literal "c" del artículo 2 demandado, el despacho también lo considera violatorio de la norma constitucional acabada de citar, pues condiciona la posibilidad de celebrar los contratos con las entidades sin ánimo de lucro a la inexistencia de 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 ..." y, además, condiciona tal contratación a que, de existir oferta, la contratación con las entidades privadas sin ánimo de lucro "... represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo...", eventos en los cuales –dice aquel literal–, se debe aplicar el Estatuto General de la Contratación Pública [ver, numeral 2.4.1 –pág. 20–].

¹⁶ "El objeto del negocio jurídico es el interés que es materia de la regulación con el respectivo negocio, la carencia del objeto determina la inexistencia del negocio. También puede ocurrir que la causa, entendida ésta como la necesidad que se pretende satisfacer o la finalidad que se pretende alcanzar con la celebración del negocio, no exista, caso en el cual también se originara la inexistencia del negocio jurídico.

"... el negocio jurídico por definición consiste en la expresión de la voluntad dirigida a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, resulta obvio colegir que, al faltar a aquella intención o el objeto al que apunta, podrá existir cualquier cosa o hecho, mas no un acto de esa índole, conclusión que asimismo se impone no sólo cuando el pacto es solemne y se pretermite la forma *ad substantiam actus* prescrita por la ley, porque, sin ésta, la voluntad se tiene por no manifestada, sino también en los casos en que se omiten los requisitos esenciales previstos por el ordenamiento para la especie de la que se llegara a tratar, ya que de ellos depende su formación específica, y sin los cuales el acuerdo tampoco existe o degenera en otro distinto ..." (Tratado de las Obligaciones, Casa Editorial Araluce Cortés, 392, Barcelona, Tomo I, págs. 7 y 9).

A primera vista, es claro que la norma cuya suspensión se pide impone una restricción no dispuesta en el artículo 355 de la Constitución Política; en efecto, la finalidad de la norma constitucional es impulsar a las entidades sin ánimo de lucro que desarrollen determinadas actividades y programas con reconocida idoneidad, cometido que no puede lograrse si se condiciona la celebración de los contratos allí previstos a que no exista oferta en el mercado (distinta de la que hacen las entidades sin ánimo de lucro) y mucho menos si se condiciona al "ofrecimiento más favorable" para la entidad en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo, pues, se insiste, esta modalidad de contratación –la del artículo 355– no se rige por lo dispuesto para los contratos ordinarios de la administración pública.

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.

El decreto demandado –en oposición al precepto constitucional– le da a los contratos del artículo 355 el mismo tratamiento que le asigna a los contratos que celebra ordinariamente el Estado para ejecutar los programas previstos en sus planes de desarrollo, los cuales –estos sí– se rigen bajo la lógica del mercado y se les debe aplicar, por tanto, lo dispuesto en el Estatuto General de la Contratación Pública.

La función de fomento del artículo 355 de la C.P. tiene como propósito apoyar o impulsar a las entidades que no participan con ánimo de lucro en el mercado, pero que, además, desarrollen programas o actividades de interés público que a la entidad estatal le interese incentivar por estar "acordes" con el plan de desarrollo. En un proceso de selección ordinario se busca la "mejor oferta", mientras que, tratándose de las entidades sin ánimo de lucro, lo que se busca es contratar a la entidad que más requiera el impulso del Estado para sostener o estimular la actividad que desarrolle.

El impulso o apoyo a las entidades sin ánimo de lucro no puede estar condicionado, entonces, a la inexistencia de oferta en el mercado ni, mucho menos, a que la oferta de tales entidades represente "*... la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo*" (sic). El artículo 355 no dispone que la contratación con dichas entidades se realice cuando su ofrecimiento sea el "más favorable" para la entidad, pues, como se vio, únicamente exige que la finalidad del contrato esté relacionada con actividades o programas de interés público acordes con los planes de desarrollo. La restricción que se introduce con el literal "c" demandado, por consiguiente, desconoce que el Estado puede introducir ventajas o incentivos respecto de determinados asuntos cuando esté interesado en su promoción o fomento, como lo prevé el artículo 355 constitucional.

Bajo este escenario, es claro que se deben suspender provisionalmente los efectos de la letra "c" del artículo 2 demandando. Por la misma razón y dada la unidad de materia, también se suspenderán los del inciso quinto del mismo artículo 2 demandado.

2.4.2 Cargo 2

El segundo cargo que alega el demandante es el atinente al inciso final del artículo 4 del decreto acusado, pues, en su criterio, desconoce el derecho a la igualdad (art. 13 de la Constitución Política), teniendo en cuenta que privilegia la escogencia de determinadas entidades sin ánimo de lucro [las del sector artístico, cultural, deportivo y de promoción a la diversidad étnica], sin que sea necesario –en relación con ellas– agotar ningún procedimiento competitivo o de selección.

El artículo citado establece (se resalta el inciso que se pide suspender):

“Artículo 4. Proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. La Entidad Estatal del Gobierno Nacional, departamental, distrital y municipal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.

“En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto.

“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.

Una lectura desprevenida de la anterior disposición parece sugerir que se puede prescindir del proceso de selección cuando solo exista una entidad sin ánimo de lucro que preste el servicio correspondiente a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica.

En efecto, el mismo título del artículo 4, denominado “Proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad”, permite concluir que, cuando no existe sino una entidad sin ánimo de lucro, dicho proceso competitivo no debe surtirse –sin que importe el objeto del contrato–. El artículo –así leído– desarrollaría una excepción absolutamente lógica, dado que el agotamiento del proceso de selección depende de la existencia de pluralidad de oferentes, con independencia –como es de esperarse– de la naturaleza

misma del contrato: si solo hay una entidad sin ánimo de lucro oferente, obviamente no tendría sentido adelantar un proceso competitivo o de selección previa.

A lo anterior se puede agregar que el Gobierno Nacional se equivocó al hablar –en la norma enjuiciada– de actividades que solo pueden "... *desarrollar* determinadas personas **naturales o jurídicas** ...", pues, según la materia, el decreto únicamente está dirigido a reglamentar la contratación con las "*entidades sin ánimo de lucro*".

Puestas así las cosas, de la lectura desprevenida de la norma acusada se podrían sacar dos interpretaciones: **i)** que las entidades estatales deben adelantar un proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar –sin importar su objeto– es ofrecido por más de una entidad sin ánimo de lucro y **ii)** que las entidades estatales quedan relevadas de surtir el proceso de selección cuando advierta que el objeto del contrato gira en torno a asuntos *artísticos, culturales, deportivos y de promoción de la diversidad étnica*, siempre que verifique que el contrato en cuestión sólo puede ser desarrollado por determinadas personas (naturales o jurídicas).

No obstante, para el despacho la verdadera intención de la norma en estudio es relevar a la administración de surtir el procedimiento de selección previa, siempre que el objeto del contrato se encuentre relacionado con las actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana. Acá no importa, según la presentación de la norma, si la entidad con la cual se celebra el contrato es o no una entidad sin ánimo de lucro.

Si se lee atentamente la norma se advierte que ella se refiere a los contratos que solo pueden celebrar "... *determinadas personas naturales o jurídicas*"; luego, sin duda, lo que pretende es excluir la aplicación del proceso competitivo respecto de los contratos que tengan por objeto las actividades allí previstas [se repite: actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana].

Así, pues, el Gobierno Nacional privilegió la contratación con determinadas personas naturales o jurídicas (las del sector artístico, cultural, deportivo y de diversidad étnica) y dispuso que, cuando existan varias que ofrezcan prestar el mismo servicio, la entidad pública puede contratar a la que quiera sin adelantar, en tales casos, el proceso competitivo previsto en el decreto acusado. La norma permite prescindir, inclusive, de los procesos de selección con las entidades sin ánimo de lucro que desarrollen dichos objetos contractuales.

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 étnica¹⁷. 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.

Bajo este panorama, se concluye que la norma impugnada efectivamente desconoce el artículo 13 de la Constitución Política [y por integración normativa el artículo 209 de la misma codificación], pues la función administrativa en todos los eventos se debe desarrollar con fundamento en el principio de igualdad, lo cual no se observa garantizado con disposiciones como la que acá se acusa.

2.4.3 Cargo 3

Para el demandante el artículo 5 del decreto acusado vulnera los artículos 4 y 150 (numerales 1, 2 y 25) de la Constitución Política, pues el Gobierno Nacional invadió las competencias exclusivas del legislador, en tanto modificó el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en lo atinente a la regulación de los *convenios de asociación*. También indicó que se vulneran los artículos 1, 2 y 333 de la Constitución Política, pues, en vez de expedir un decreto reglamentario del artículo 355 de la C.P., con el objeto de hacer posible la celebración de los contratos allí previstos, lo que hizo fue expedir una normativa con la cual introdujo restricciones que impiden que se logre la finalidad de la norma constitucional.

Al respecto, el despacho considera que no es posible establecer en este estado procesal la vulneración alegada por este cargo, pues determinar si el decreto modificó o no la citada Ley 489 no es algo que se pueda hacer con la mera confrontación entre el acto acusado y las normas constitucionales presuntamente vulneradas¹⁸, máxime si se tiene en cuenta que no es pacífico que los reglamentos constitucionales tengan "... *la misma fuerza y jerarquía de la ley* ..." ni, mucho menos, que puedan "*modificarla*", "*derogarla*" o "*adicionarla*", como sostiene la doctrina [cfr., pág. 15 *supra*].

Contrario a lo anterior, esta corporación considera que los decretos autónomos o constitucionales son disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto que se caracterizan por constituir un desarrollo directo de la Constitución y, en el sistema de fuentes del derecho, ostentan una jerarquía igual a la de la ley, pero de allí no puede afirmarse que su contenido sea materialmente legislativo; por tanto, en principio, no

¹⁷ "*La selección es un deber-regla de conducta en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección*" (Consejo de Estado, sentencia del 3 de diciembre de 2007, expediente 31447).

¹⁸ El verbo "confrontar" significa "... *cotejar dos cosas, especialmente escritos*" (en: <http://www.rae.es/>, consulta realizada en línea el 5 de agosto de 2019).

pueden "... invadir la órbita de competencia correspondiente al legislador"¹⁹ y, por lo mismo, no pueden modificar, derogar o adicionar la ley.

Puestas así las cosas, es necesario, entonces, realizar un verdadero estudio de la naturaleza y el alcance del acto enjuiciado para, de esta manera, establecer si los supuestos de quebrantamiento normativo argüidos se encuentran demostrados o no, es decir, si efectivamente con la expedición del decreto acá demandado se modificó el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 (en lo concerniente a las reglas aplicables a los convenios de asociación) y, por consiguiente, determinar si se invadió la órbita de competencia asignada por excelencia al legislador. Todo ello implica, sin lugar a dudas, un verdadero juicio de valor sobre el acto acusado, lo cual no se puede realizar en esta oportunidad procesal con el simple ejercicio de confrontación normativa.

Lo mismo se predica en relación con la presunta vulneración de los artículos 1²⁰, 2²¹ y 333²² de la Constitución Política, pues establecer la forma en que el decreto acusado infringe tales disposiciones –bajo un cargo abstracto de ilegalidad–, tampoco es algo que se pueda establecer con la simple confrontación del decreto con aquellas normas. Es necesario, por tanto, realizar un estudio riguroso y exhaustivo de los alcances que tiene el acto enjuiciado.

Bajo este escenario y en lo atinente a este cargo no se advierte inconstitucionalidad alguna –al menos por ahora–, razón por la cual será en la sentencia donde se estudiará la infracción alegada.

En consecuencia, se

RESUELVE:

PRIMERO: SUSPENDER de manera provisional el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 92 de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente auto.

¹⁹ Sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 16230, radicado: 11001-03-26-000-1999-00012-01.

²⁰ "ARTÍCULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

²¹ "ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (...)"

²² "ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley (...)"

SEGUNDO: SUSPENDER de manera provisional los literales “a” y “c” del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, así como el inciso quinto de la misma norma, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

TERCERO: SUSPENDER de manera provisional el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 92 de 2017, según se indicó en la parte motiva.

CUARTO: SUSPENDER de manera provisional el inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente auto.

QUINTO: NIÉGASE la suspensión provisional del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, teniendo en cuenta las razones señaladas en las consideraciones de este proveído.

SEXTO: COMUNICAR esta decisión a la comunidad, por conducto de la página web del Consejo de Estado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA