

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad

[...] la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes, al tiempo que se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Incluso, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente.

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones – Contratación – Tipos de elección

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 establece una prohibición que impide «[...] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[...] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias». Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital «[...] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista»..

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición artículo 33 – Contratación directa – Alcance

[...] la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes .

De lo anterior se desprende que la restricción aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada y la mínima cuantía, razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición las entidades públicas pueden seguir contratando bajo estos procedimientos.

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Excepciones

[...] las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas de manera taxativa en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en lo referente a i) la defensa y seguridad del



Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición del artículo 33 – Destinatarios

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Entidades públicas – Cajas de compensación familiar – Decreto 1786 de 2021 – FONIÑEZ – Fundamento normativo

En lo relativo al objeto de la consulta, siguiendo las consideraciones realizadas por esta Agencia en los conceptos C-296 de 22 de junio de 2021 y C-391 del 11 de agosto de 2021, debe tenerse en cuenta que los convenios de asociación entre las entidades públicas y personas jurídicas privadas como las cajas de compensación familiar, tiene fundamento en el artículo 2.2.7.6.8 del Decreto 1072 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 1786 de 2021.

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones – Artículos 33 y 38 – Convenios de asociación – Cajas de compensación familiar – Decreto 1786 de 2021

El régimen de celebración de los convenios de asociación entre las entidades estatales y las cajas de compensación familiar –entendidas como ESAL– es el Decreto 092 de 2017. Concretamente, para los convenios regulados en el artículo 2.2.7.6.8 del Decreto 1072 de 2015, modificado en el Decreto 1786 de 2021, el procedimiento de selección y la tipología contractual corresponde a la del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En esta medida, la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías aplica únicamente a los procedimientos no competitivos, que son los que implican una contratación directa. Como explica la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: «Para efectos de la “Ley de Garantías Electorales”, y en armonía con las normas que regulan la contratación pública en Colombia, debe entenderse por «contratación directa» cualquier sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique».

En contraste, la restricción del artículo 33 no aplicaría a los convenios de asociación que celebren las entidades estatales y las ESAL bajo el procedimiento *competitivo*, pues este supone la pluralidad de oferentes y la selección objetiva del contratista. De otra parte, en cuanto a la restricción del párrafo del artículo 38 de la Ley de 996 de 2005, conforme se explicó *ut supra*, se reitera, la misma solo aplica a convenios interadministrativos, es decir, a aquellos en los que ambos extremos de la relación contractual están conformados por entidades estatales. Esto significa que esta restricción no es aplicable a la celebración de *convenios de asociación*, ya que este tipo de acuerdos son celebrados entre entidades estatales y ESALES, es decir, que no cumplen con el criterio orgánico que determina la calidad de interadministrativo.



Compartido por:



De esta manera, en lo relativo a la celebración de convenios de asociación en vigencia de la restricción del artículo 33 de la Ley de Garantías, se concluye que, esto solo será posible cuando dicho tipo de acuerdos se realicen a través de la modalidad *competitiva*, mientras que la celebración de este tipo de convenios en la modalidad *no competitiva* sí estaría prohibida durante el periodo de aplicación de esta restricción. De igual forma, es posible concluir que, la celebración de *convenios de asociación, per se*, no está prohibida por la restricción del párrafo del artículo 38 de la Ley 2069 de 2020, la cual solo es aplicable a convenios interadministrativos.



CCE-DES-FM-17

Bogotá, 4 de marzo de 2022

Señora
Claudia Espitia Bru
Montería, Córdoba

Concepto C – 148 de 2022

Temas:

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones – Contratación – Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES –

Página 3 de 24



Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

www.colombiacompra.gov.co



Prohibición artículo 33 – Contratación directa – Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Excepciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición del artículo 33 – Destinatarios / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Entidades públicas – Cajas de compensación familiar – Decreto 1786 de 2021 – FONÍNEZ – Fundamento normativo / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones – Artículos 33 y 38 – Convenios de asociación – Cajas de compensación familiar – Decreto 1786 de 2021

Radicación: Respuesta a consulta # P20220218001642

Estimada Señora Espitia:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde a su consulta del 17 de febrero de 2022.

1. Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta:

«¿Las restricciones y limitaciones contempladas en la Ley de Garantías Electorales aplican para los convenios de asociación que celebran las entidades territoriales con las cajas de compensación familiar en virtud del artículo 2.2.7.6.7 del Decreto 1072 de 2015?

En el evento en que la respuesta al interrogante anterior sea afirmativa, ¿existe alguna otra alternativa, diferente a la suscripción de un convenio de asociación, que permita a las entidades territoriales y las cajas de compensación familiar ejecutar el programa de Jornada Escolar Complementaria durante el periodo de las limitaciones que impone la Ley de Garantías Electorales?».

2. Consideraciones

Le informamos, de antemano, que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no tiene competencia para emitir conceptos sobre *situaciones fácticas particulares*, ni para asesorar a las entidades públicas en relación con la viabilidad o no de suscribir un contrato o convenio en cada caso concreto. Lo anterior, por cuanto el numeral

8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3, del Decreto Ley 4170 de 2011¹, solo le atribuyen a esta Agencia competencia consultiva para expedir conceptos que contengan la interpretación, *en abstracto*, de normas generales que hagan parte del sistema de compras y contratación pública. Además, el análisis sobre la conveniencia y legalidad de la contratación debe ser efectuado por cada entidad estatal, a la luz del ordenamiento y valorando los elementos jurídicos, técnicos y económicos de que dispone.

Sin perjuicio de lo anterior, tomando en consideración que la consulta que usted formula se relaciona con la aplicación de la Ley 996 de 2005 en la actualidad y que sobre este tema la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha desarrollado una completa línea conceptual, consideramos oportuno reiterar la tesis sostenida en tales conceptos, sobre la aplicación de las restricciones contenidas en dicha Ley a la celebración *directa* de convenios de asociación celebrados en las cajas de compensación familiar. Esto en la medida en que la Ley de Garantías Electorales tiene una aplicación transversal, que no distingue el régimen jurídico contractual. Por tanto, no puede aducirse que las prohibiciones que aquella consagra solo rijan para la actividad contractual sujeta a las disposiciones normativas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Para responder la consulta, se analizarán los siguientes temas: i) alcance de las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005 –más conocida como «Ley de Garantías Electorales»–, ii) restricciones especiales aplicables frente a las elecciones presidenciales, y iii) restricciones de la Ley de Garantías en los contratos de colaboración y convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, haciendo un especial énfasis en la celebración de convenios con las cajas de compensación familiar en el marco del Decreto 1786 de 2021, el cual modificó el Decreto 1072 de 2015.

Esta Agencia ha impartido lineamientos sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 y también se ha pronunciado al respecto, entre otros, en los conceptos 4201912000004632 del 6 de agosto de 2019, 2201913000005655 del 8 de agosto de 2019, 2201913000006283 del 27 de agosto de 2019, 2201913000006521 del 3 de septiembre de 2019, 2201913000006634 del 6 de septiembre de 2019, 2201913000006639 del 9 de septiembre

¹ «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

»[...]

»5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.

»[...]

«Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

»[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».

de 2019, 2201913000007430 del 7 de octubre de 2019, 2201913000007565 del 10 de octubre de 2019, 2201913000008259 del 6 de noviembre de 2019, C-074 del 17 de marzo de 2021, C-075 del 16 de marzo de 2021, C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021, C-259 del 2 de junio de 2021, C-337 del 13 de julio de 2021, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021, C-374 del 16 de septiembre de 2021, C-381 del 2 de agosto de 2021, C-396 del 13 de agosto de 2021, C-401 del 10 de agosto de 2021, C-413 del 17 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre de 2021, C-481 del 9 de septiembre de 2021, C-495 del 15 de septiembre de 2021, C-497 del 15 de septiembre de 2021, C-499 del 15 de septiembre de 2021, C-523 del 10 de octubre de 2021, C-528 del 27 de septiembre de 2021, C-543 del 9 de noviembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021, C-557 del 7 de octubre de 2021, C-563 del 8 de octubre de 2021, C-606 del 3 de noviembre de 2021, C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-633 del 11 de noviembre de 2021, C-634 del 11 de noviembre de 2021, C-636 del 16 de noviembre de 2021, C-677 del 4 de diciembre de 2021, C-674 del 6 de diciembre de 2021, 681 del 7 de diciembre de 2021, C-686 del 21 de diciembre de 2021, C-695 del 22 de diciembre de 2021, C-723 del 28 de diciembre de 2021, C-726 de 24 de enero de 2022, C-697 del 3 de enero de 2022, 002 del 15 de febrero de 2022, C-009 del 15 de febrero de 2022, C-037 de 21 de enero de 2022, C-005 del 16 de febrero de 2022, C-014 del 18 de febrero de 2022, C-022 del 21 de febrero de 2022, C-045 del 3 de marzo de 2022, C-216 del 9 de marzo de 2022. De otro lado, en los Conceptos C-296 de 22 de junio de 2021 y C-391 del 11 de agosto de 2021, se revisó la aplicación de la ley de garantías a los convenios asociativos del artículo 2.2.7.6.7 del Decreto 1072 de 2015, antes de la modificación del Decreto 1786 de 2021, y el C – 075 de 10 de marzo de 2022 sobre la misma materia, pero con posterioridad a la expedición del decreto referido².

Previamente, como lo indicó la Agencia en el informe a la opinión pública del 11 de noviembre del presente año³, se aclara que, a pesar de la expedición de la Ley 2159 de 2021⁴, «Con ocasión de la Sentencia de Tutela proferida por el Juez Tercero Administrativo

² Estos conceptos usted puede consultarlos en el siguiente sitio web: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

³ Disponible en: <https://colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/la-agencia-nacional-de-contratacion-publica-colombia-compra-eficiente-0>

⁴ Cuyo artículo 124 dispone: «Con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022, la nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.

»La presente disposición modifica únicamente en la parte pertinente el inciso primero del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

»Párrafo. Todos los convenios que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. El Contralor General de la



de Bogotá el 9 de noviembre de 2021 en el expediente 11001-33-34-003-2021-00354-00, se ordenó «[...] al presidente de la república y a los representantes legales de las entidades del orden nacional y del sector descentralizado territorialmente, abstenerse de dar aplicación a la modificación realizada al párrafo 38 de la Ley 996 de 2005»⁵. Por ende, la Agencia expresó que «cada entidad destinataria de la orden determinará su alcance, precisando si la restricción del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 debe aplicarse en los términos del contenido original de la Ley de Garantías Electorales»⁶.

No obstante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 29 de noviembre de 2021, decretó la nulidad de todo lo actuado en el trámite de la acción de tutela mencionada. En consecuencia, ordenó la vinculación del señor Presidente de la República y dio traslado del expediente al Consejo de Estado, por ser el órgano judicial competente, conforme al artículo 1 del Decreto 333 de 2021. Sin embargo, este no es el tema objeto de la presente consulta, porque se indaga por el alcance de la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

2.1. Definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales: alcance de las restricciones

El ordenamiento jurídico colombiano contempla provisiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública. Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y, en cuanto a aspectos políticos, establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral⁷.

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma a la normatividad de orden constitucional y legal que se ha ocupado

República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá dicho control especial».

⁵ Op.cit.: <https://colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/la-agencia-nacional-de-contratacion-publica-colombia-compra-eficiente-0>

⁶ Ibid.

⁷ El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

»A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria».

de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial⁸. En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales. De esta manera, explica que tiene como propósito:

[...] la definición de reglas claras que permitan acceder a los canales de expresión democrática de manera efectiva e igualitaria. El objetivo de una ley de garantías es definir esas reglas.

[...]

Una ley de garantías electorales es una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa. Un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a los electores. Una ley de garantías busca afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Igualmente, una ley de garantías debe permitir que, en el debate democrático, sean las ideas y las propuestas las que definan el ascenso al poder, y no el músculo económico de los que se lo disputan.⁹

En este contexto, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes y paralelamente se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Por ello, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al analizar la referida ley, precisó lo siguiente:

No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden

⁸ Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁰ y del Consejo de Estado¹¹, coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador¹².

De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Así, con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los períodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos. Específicamente, las restricciones consagradas en la citada ley se dirigen a dos (2) tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial.

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe «[...] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[...] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencias: C-233 de 4 de abril de 2002, expediente: D-3704; C-551 de 9 de julio de 2003, expediente: CRF-001 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente: DD7966; entre otras.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras.

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»¹³.

Por otro lado, el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital «[...] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista»¹⁴. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aclarado la distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate. Al respecto, considera que:

La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para períodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República–; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las

¹³ «Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

» Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias».

¹⁴ «Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

» [...]

» Párrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista».

restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38¹⁵.

De lo anterior se desprende que la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. *En primer lugar*, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, conforme al artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. *En segundo lugar*, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

Ambas restricciones no son excluyentes, lo que permite concluir que en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas solo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, señaló que, para que la garantía sea plena, era necesario que la prohibición se aplicara para el Presidente o el Vicepresidente desde que éstos –estando en ejercicio de su cargo– manifiesten el interés de ser candidato presidencial, lo cual debe ocurrir seis meses antes de la elección en primera vuelta, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 996 de 2005. Sin embargo, el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional, relacionado con el momento en que estas restricciones empiezan a regir para el Presidente y el Vicepresidente de la República, ha perdido vigencia ante la prohibición de la reelección presidencial, restablecida por el Acto Legislativo 2 de 2015, excepto para el Vicepresidente que no haya ejercido la presidencia o que la haya ejercido por un tiempo inferior a tres (3) meses durante el respectivo cuatrienio, en forma continua o discontinua, conforme al artículo 197 de la Constitución Política.

2.2. Restricciones en elecciones presidenciales: prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2015. C.P. William Zambrano Cetina. Radicación No. 11001-03-06-000-2015-00164-00(2269).



El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión «queda prohibida la contratación directa». A propósito de esta restricción de la Ley de Garantías Electorales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que:

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública¹⁶.

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado 'contratación directa' es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso¹⁷. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas. [...] ¹⁸.

De acuerdo con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la mínima cuantía u otros previstos en normas especiales, que contemplen en alguna de sus etapas la posible participación de pluralidad de oferentes. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos¹⁹ y

¹⁶ «[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-».

¹⁷ «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil».

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

¹⁹ Artículo 2.

sistematizó las causales de contratación directa²⁰, además lo es con la posterior creación de la modalidad de mínima cuantía establecida actualmente en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con las modificaciones realizadas por leyes posteriores.

De esta forma, con fundamento en la evolución de la normativa sobre la contratación pública, se ha depurado la noción de «contratación directa», precisando el Consejo de Estado –en el concepto citado– que, «aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado²¹, han establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes».

En efecto, vale la pena mencionar que, en algunos sistemas de contratación, utilizados por entidades públicas con regímenes especiales, o sujetas al derecho privado, la convocatoria o invitación para contratar puede limitarse a aquellas personas que previamente se hayan inscrito en una lista de precalificados o de simples interesados, o en un determinado registro o banco de datos de proveedores. En estos casos, lo determinante para considerar que dicho sistema no constituye «contratación directa», es que la convocatoria para inscribirse en forma previa se haga de manera pública, y que se permita la participación de una pluralidad de oferentes²².

Como se advierte de lo anterior, el Consejo de Estado realiza una interpretación amplia de la contratación directa, para efectos de aplicar las restricciones establecidas en la Ley de Garantías, al señalar que no solo aplica frente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino también frente a las entidades que tengan un régimen especial de contratación. No obstante, también se observa que luego de la expedición de Ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado comenzó a delimitar con mayor precisión el término de «contratación directa».

Así las cosas, ha de entenderse que, para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de

²⁰ *Ídem*.

²¹ «[...] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado».

²² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de mayo de 2018. Radicación Número: 11001-03-06-000-2018-00095-00(2382). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes²³.

De lo anterior se desprende que la restricción aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada y la mínima cuantía, razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición las entidades públicas pueden seguir contratando bajo estos procedimientos.

Como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Agencia, las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de los mismos, pueden tener lugar en el período de aplicación de la Ley de Garantías²⁴. Esto sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

De otro lado, las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en lo referente a: i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Es responsabilidad del respectivo ente del Estado, examinar en cada caso la naturaleza de las actividades que adelanta y determinar si las mismas se enmarcan en alguna de las mencionadas excepciones, de manera que se le permita realizar la contratación que necesite en forma directa.

En esta labor es importante tener en cuenta, como lo anotó la Corte Constitucional, en Sentencia C-1153 de noviembre 11 de 2005 que «si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos, cuya garantía está en cabeza del

²³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas.

²⁴ Cfr. Concepto C-757 del 30 de diciembre de 2021.



ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación»²⁵. De ahí que la Corte haya señalado que las excepciones a la restricción protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas, que tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre los candidatos como garantía electoral.

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 1727 del 20 de febrero de 2006, consideró que el artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica incluso a las entidades estatales con régimen especial de contratación y que están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como por ejemplo «los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma»²⁶.

Por lo tanto, la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la ley de garantías electorales, cubre a cualquier ente público que pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los candidatos en desarrollo de las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular en las contiendas electorales, se puede presentar

²⁵ La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153-05 de 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, efectuó el Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara que dio lugar a la Ley de Garantías Electorales.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00026-00 (1727). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Conceptuó que para las entidades que contratan por el derecho privado, estaba prohibida la contratación diferente de la licitación pública regulada por el código de comercio, criterio que luego se extendió para aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas con regímenes especiales y establecidos en sus manuales de contratación, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes.

tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por normas especiales.

2.3. Restricciones de la Ley de Garantías en los contratos de colaboración y convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro: la celebración de convenios con cajas de compensación familiar

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 entidades privadas sin ánimo de lucro –ESAL– con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo²⁷. Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96, 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 jurídicas²⁸. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

En desarrollo del artículo 355 de la Constitución, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 092 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los *contratos de colaboración* o de interés público, con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los *convenios de asociación*, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el

²⁷ Sobre esta norma consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 4201913000008240.

²⁸ «Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

» Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes».



artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017²⁹.

Los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar esté dirigido al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras, en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. Solo cuando se reúnan estas condiciones, y se cuente con la autorización previa y escrita del representante legal de la entidad estatal, es procedente celebrar contratos de colaboración.

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»³⁰. En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse «con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes», elementos dentro de los que resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

²⁹ En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 220191300000663, se dijo: «[l]os convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017».

³⁰ Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512.



La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación ni tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, la unión temporal o el consorcio³¹. Sin embargo, comoquiera que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio debe buscar el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales involucradas, es necesario que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio coincidan, de manera que los cometidos funcionales de una y otra entidad se relacionen con el objeto del convenio.

Igualmente, considerando 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, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente, pues de lo contrario deberá adelantarse un proceso competitivo. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse»³².

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso

³¹ El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente determina:

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

»El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación».

³² Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611.



2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, para estructurar el respectivo proceso de selección.

En suma, las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las entidades estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas. Este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

Ahora bien, el Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A –Exp. 62.003–, estudió la solicitud de suspensión provisional³³ 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. No obstante, sobre esta última norma concluyó que el análisis de esta disposición debe realizarse a profundidad para establecer si efectivamente existe una contradicción normativa que implique que se afectó la competencia del legislador. En consecuencia, negó la solicitud de suspensión provisional, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia de fondo. Por tanto, si se pretende realizar un *convenio de asociación* con ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

Para los convenios de asociación, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia; salvo en aquellos casos en que una entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio³⁴, y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%. De hecho, en relación con la naturaleza y cuantía de los convenios, la norma anteriormente citada no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporte recursos en especie: solo indica que en esos casos la entidad estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio.

En lo relativo al objeto de la consulta, siguiendo las consideraciones realizadas por esta Agencia en los conceptos C-296 de 22 de junio de 2021, C-391 del 11 de agosto de

³³ 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.

³⁴ 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».



2021³⁵ y C-075 de 10 de marzo de 2022, en primer lugar, se observa que, aunque en la petición se hace alusión al artículo 2.2.7.6.7. del Decreto 1072 de 2015, del contenido de la norma que se transcribe en la misma se observa que se trata del artículo 2.2.7.6.8. del Decreto 1072 de 2015, que fue modificado recientemente por el artículo 1 del Decreto 1786 de 2021 y, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que los convenios de asociación entre las entidades públicas y personas jurídicas privadas como las cajas de compensación familiar, tiene fundamento en el artículo 2.2.7.6.8 del Decreto 1072 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 1786 de 2021, que dispone:

ARTÍCULO 2.2.7.6.8. Convenios. Los programas financiados con cargo al FONIÑEZ se podrán ejecutar *mediante convenios suscritos entre las Cajas de Compensación Familiar y las entidades competentes del orden nacional, departamental, distrital o municipal, o entidades privadas idóneas para el desarrollo de estos, en los términos del régimen especial previsto en el numeral 3° del artículo 41 de la Ley 21 de 1982 y los numerales 1, 5 y 6 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002.*

PARÁGRAFO. Los Programas de Atención Integral de la Primera Infancia y Jornada Escolar Complementaria, deberán ejecutarse con la aprobación del Consejo Directivo de las Cajas de Compensación. Los saldos de cada vigencia formarán parte del saldo inicial de la siguiente vigencia, previa aprobación del Consejo Directivo de las Cajas de Compensación Familiar (énfasis fuera de texto).

Frente a las restricciones de los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005, la norma citada en el párrafo precedente no dispone si estos convenios de asociación corresponden a la modalidad de contratación directa o si se califican como contratos interadministrativos. Al respecto, es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que –de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 21 de 1982– «*Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del estado en la forma establecida por la Ley*» (Énfasis fuera de texto). En segundo lugar, el artículo 41, numeral 3, de la Ley 21 de 1982 dispone: «Artículo 41. Las Cajas de Compensación Familiar tendrán entre otras, las siguientes funciones: [...] 3. Ejecutar, con otras Cajas, o mediante la vinculación con organismos y entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios, dentro del orden de prioridades señalado por la Ley». Finalmente, los numerales 1, 5 y 6 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 establece otras funciones de las Cajas de Compensación Familiar, que prescriben:

³⁵ Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-296%20del%202021>.



ARTÍCULO 16. FUNCIONES DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN. El artículo 41 de la Ley 21 de 1982 se adiciona, con las siguientes funciones:

1. Ejecutar actividades relacionadas con sus servicios, la protección y la seguridad social directamente, o mediante alianzas estratégicas con otras Cajas de Compensación o a través de entidades especializadas públicas o privadas, conforme las disposiciones que regulen la materia.

[...]

5. Administrar, a través de los programas que a ellas corresponda, las actividades de subsidio en dinero; recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales; cultura, museos, bibliotecas y teatros; vivienda de interés social; créditos, jardines sociales o programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años; programas de jornada escolar complementaria; educación y capacitación; atención de la tercera edad y programas de nutrición materno-infantil y, en general, los programas que estén autorizados a la expedición de la presente ley, para lo cual podrán continuar operando con el sistema de subsidio a la oferta.

6. Administrar jardines sociales de atención integral a niños y niñas de 0 a 6 años a que se refiere el numeral anterior, propiedad de entidades territoriales públicas o privadas. En la destinación de estos recursos las cajas podrán atender niños cuyas familias no estén afiliadas a la Caja respectiva.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar definirá de manera general los estándares de calidad que deberá cumplir la infraestructura de los jardines sociales para la atención integral de niños o niñas para que la entidad pueda ser habilitada.

Cuando se trate de jardines de propiedad de entes territoriales, la forma de contratación de cada programa de estos Jardines será definida mediante convenio tripartito entre la respectiva Caja de Compensación Familiar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el ejecutivo del ente territorial.

El régimen de celebración de los convenios de asociación entre las entidades estatales y las cajas de compensación familiar –entendidas como ESAL– es el Decreto 092 de 2017. Concretamente, para los convenios regulados en el artículo 2.2.7.6.8 del Decreto 1072 de 2015, modificado en el Decreto 1786 de 2021, el procedimiento de selección y la tipología contractual corresponde a la del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En esta medida, la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías aplica únicamente a los procedimientos no competitivos, que son los que implican una contratación directa. Como explica la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: «Para efectos de la “Ley de Garantías Electorales”, y en armonía con las normas que regulan la contratación pública en Colombia, debe entenderse por “contratación directa” cualquier sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni



sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique»³⁶.

En contraste, la restricción del artículo 33 no aplicaría a los convenios de asociación que celebren las entidades estatales y las ESAL bajo el procedimiento *competitivo*, pues este supone la pluralidad de oferentes y la selección objetiva del contratista. De otra parte, en cuanto a la restricción del párrafo del artículo 38 de la Ley de 996 de 2005, conforme se explicó *ut supra*, se reitera, la misma solo aplica frente a convenios interadministrativos, es decir, a aquellos en los que ambos extremos de la relación contractual están conformados por entidades estatales. Esto significa que esta restricción no es aplicable a la celebración de *convenios de asociación*, ya que este tipo de acuerdos son celebrados entre entidades estatales y ESALES, es decir, que no cumplen con el criterio orgánico que determina la calidad de interadministrativo.

De esta manera, en lo relativo a la celebración de convenios de asociación en vigencia de la restricción del artículo 33 de la Ley de Garantías, se concluye que, esto solo será posible cuando dicho tipo de acuerdos se realicen a través de la modalidad *competitiva*, mientras que la celebración de este tipo de convenios en la modalidad *no competitiva* sí estaría prohibida durante el periodo de aplicación de esta restricción. De igual forma, es posible concluir que, la celebración de *convenios de asociación*, *per se*, no está prohibida por la restricción del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, la cual solo es aplicable frente a convenios *interadministrativos*, esto es, los celebrados entre entidades estatales.

3. Respuesta

«¿Las restricciones y limitaciones contempladas en la Ley de Garantías Electorales aplican para los convenios de asociación que celebran las entidades territoriales con las cajas de compensación familiar en virtud del artículo 2.2.7.6.7. del Decreto 1072 de 2015?

En el evento en que la respuesta al interrogante anterior sea afirmativa, ¿existe alguna otra alternativa, diferente a la suscripción de un convenio de asociación, que permita a las entidades territoriales y las cajas de compensación familiar ejecutar el programa de Jornada Escolar Complementaria durante el periodo de las limitaciones que impone la Ley de Garantías Electorales?».

El régimen de celebración de los convenios de asociación entre las entidades estatales y las cajas de compensación familiar –entendidas como ESAL– es el Decreto 092 de 2017. Concretamente, para los convenios regulados en el artículo 2.2.7.6.8 del Decreto 1072 de

³⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Rad. 2382. C.P. Álvaro Namén Vargas.

2015, modificado en el Decreto 1786 de 2021, el procedimiento de selección y la tipología contractual corresponde a la del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En esta medida, la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías aplica únicamente a los procedimientos no competitivos, que son los que implican una contratación directa. Como explica la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: «Para efectos de la “Ley de Garantías Electorales”, y en armonía con las normas que regulan la contratación pública en Colombia, debe entenderse por “contratación directa” cualquier sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique»³⁷.

En contraste, la restricción del artículo 33 no aplicaría a los convenios de asociación que celebren las entidades estatales y las ESAL bajo el procedimiento *competitivo*, pues este supone la posibilidad de pluralidad de oferentes y la selección objetiva del contratista. De otra parte, en cuanto a la restricción del párrafo del artículo 38 de la Ley de 996 de 2005, conforme se explicó *ut supra*, se reitera, la misma solo aplica frente a convenios interadministrativos, es decir, a aquellos en los que ambos extremos de la relación contractual están conformados por entidades estatales. Esto significa que esta restricción no es aplicable a la celebración de *convenios de asociación*, ya que este tipo de acuerdos son celebrados entre entidades estatales y ESALES, es decir, que no cumplen con el criterio orgánico que determina la calidad de *interadministrativo*.

De esta manera, en lo relativo a la celebración de convenios de asociación en vigencia de la restricción del artículo 33 de la Ley de Garantías, se concluye que, esto solo será posible cuando dicho tipo de acuerdos se realicen mediante la modalidad *competitiva*, mientras que la celebración de este tipo de convenios en la modalidad *no competitiva* sí estaría prohibida durante el periodo de aplicación de esta restricción. De igual forma, es posible concluir que la celebración de *convenios de asociación*, *per se*, no está prohibida por la restricción del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, la cual solo es aplicable a los convenios *interadministrativos*, esto es, los celebrados entre entidades estatales.

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

Atentamente,

³⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Rad. 2382. C.P. Álvaro Namén Vargas.



Compartido por:



Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Nina María Padrón Ballestas
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE

