|  |
| --- |
|  |

Bogotá D.C., **##FechaActual**

**N° Radicado: ##Respuesta**

Señor

**Carlos Alberto Moreno Figueroa**

Sincelejo, Sucre

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4201913000006742 |
| **Temas:**  | Aplicación Ley de Garantías, contratación directa |
| **Tipo de asunto consultado:** | Restricción de Ley de Garantías que aplica para las elecciones del año 2019 |

Estimado señor Moreno,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, responde su consulta remitida el 1 de octubre de 2019, 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.

1. **Problema Planteado**

“(…) solicito que se me aclaren en materia (sic) sobre las restricciones para la contratación directa y demás que impone el Artículo 33 de Ley 993 del 2005 (sic) en el periodo de las elecciones de las autoridades locales 2019 en lo respecto a la ejecución de los recursos públicos a través de los Fondos de Servicios Educativos Docentes, teniendo en cuenta que pertenecemos al régimen especial”.

1. **Consideraciones**

Las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 descentralizaron el sistema educativo en Colombia, asignándole a los departamentos, distritos y municipios las competencias y los recursos económicos para dirigir las instituciones educativas[[1]](#footnote-1).

Es decir, el sistema educativo está descentralizado debido a las competencias que se les han otorgado a los entes territoriales, con lo cual, administran instituciones educativas sin que estas sean entidades descentralizadas.

Conforme a lo anterior, las instituciones educativas pertenecen a la entidad territorial que haya efectuado su reconocimiento de carácter oficial. No obstante, carecen de personería jurídica, pero tienen capacidad para contratar y se concreta en la competencia que le otorgó el legislador en la Ley 715 de 2001 para administrar los fondos de servicios educativos, siendo cuentas contables que les permiten a estas instituciones realizar la gestión y ejecución presupuestal de los recursos que reciben[[2]](#footnote-2) [[3]](#footnote-3).

Los fondos de servicios educativos tampoco cuentan con personería jurídica según lo previsto en el artículo 2.3.1.6.3.4 del Decreto 1075 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Educación, que dispone: “Los fondos de servicios educativos carecen de personería jurídica. El rector o director rural es el ordenador del gasto del Fondo de Servicios Educativos y su ejercicio no implica representación legal”.

Respecto de la capacidad para contratar con la que cuentan las instituciones educativas por medio de los fondos de servicios educativos, hay que precisar que cuando se trate de actos y contratos cuya cuantía no exceda los veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes se sujetarán a las condiciones previstas en el reglamento de contratación que expida el consejo directivo de la institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 715 de 2001[[4]](#footnote-4) y el Decreto 1075 de 2015[[5]](#footnote-5).

Cuando la celebración de los contratos con recursos del fondo de servicios educativos supere la cuantía de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, debe hacerse con sujeción a la Ley 80 de 1993.

Ahora, la Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías, establece un catálogo de prohibiciones para brindar mayores garantías durante la etapa preelectoral. El parágrafo del artículo 38 *ibidem* establece la prohibición para gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades de orden municipal, departamental o distrital, para celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, en los siguientes términos:

“Artículo 38. prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (…)

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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos”.

Para precisar el ámbito de aplicación del anterior parágrafo es necesario identificar la naturaleza jurídica de las entidades públicas que celebrarán el convenio o contrato interadministrativo, toda vez que, de acuerdo con lo definido en la Ley 996 de 2005, la prohibición de celebrar esa clase de convenios o contratos aplica a las entidades territoriales y a las entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital.

El artículo 68 de la Ley 489 de 1998 estableció como características o atributos de las entidades descentralizadas: la personería jurídica, la autonomía administrativa y la autonomía presupuestal o financiera. En concordancia con lo anterior, el parágrafo primero del mismo artículo señala que a las entidades descentralizadas del nivel territorial les aplicará el mismo régimen jurídico[[6]](#footnote-6).

Así las cosas, ni los fondos de servicios educativos ni las instituciones educativas departamentales, distritales o municipales son entidades descentralizadas porque carecen de personería jurídica, uno los atributos a los que hace referencia el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 para ostentar tal calidad.

La restricción del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aplica para cualquier clase de elecciones, por lo tanto, es ésta la prohibición que le aplica al periodo anterior a las elecciones territoriales que se llevarán a cabo el 27 de octubre de 2019.

El articulo 38 de la Ley 996 de 2005 contiene una prohibición diferente a la establecida en el articulo 33 de la misma ley, pues la primera limita los contratos o convenios interadministrativos en las condiciones antes descritas, mientras el articulo 33 restringe cualquier contratación directa únicamente antes de la elección presidencial, en los siguientes términos:

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.

En reiteradas ocasiones el Consejo de Estado por conducto de su Sala de Consulta y Servicio Civil, ha tenido la oportunidad de referirse sobre el alcance de la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38, comparando este precepto con la prohibición que fue establecida por el legislador en el artículo 33 de la misma norma, para afirmar que estas prohibiciones son diferentes, pues tienen condiciones disimiles. En concepto del 17 de febrero de 2006, radicación No 11001-03-06-000-2006-00019-00(1720), Consejero ponente Luis Fernando Álvarez Jaramillo, esa sala manifestó:

La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos 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 parágrafo 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 restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.”.

1. **Respuesta**

Por virtud del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 las entidades de orden territorial tienen prohibido, a partir del 27 de junio de 2019, celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, pero esta prohibición no aplica para fondos de servicios educativos ni para instituciones educativas departamentales, distritales o municipales pues no son entidades descentralizadas.

Por otra parte, el artículo 33 de la Ley 996 no es aplicable durante la presente vigencia fiscal, toda vez que en el año 2019 no se adelantará ninguna elección presidencial.

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

Atentamente,



Proyectó: Felipe Muñoz Tocarruncho

1. Ley 60 de 1993: “Artículo 2. Competencias de los Municipios. Corresponde a los Municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales. (…)

“Artículo 3. Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas (…)

“Artículo 4. Competencias de los distritos. Corresponde a los distritos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas competentes, conforme a la Ley, a las normas técnicas nacionales y a los respectivos acuerdos”.

Ley 715 de 2005: “Artículo 9. (…) Las instituciones educativas estatales son departamentales, distritales o municipales”. [↑](#footnote-ref-1)
2. “Artículo 11. Fondos de servicios educativos. Las instituciones educativas estatales podrán administrar Fondos de Servicios Educativos en los cuales se manejarán los recursos destinados a financiar gastos distintos a los de personal, que faciliten el funcionamiento de la institución”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 68001-23-31-000-2005-03845-01(51.634). [↑](#footnote-ref-3)
4. “Artículo 13. Procedimientos de contratación de los fondos de servicios educativos. (…) Los actos y contratos de cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos mensuales se regirán por las reglas de la contratación estatal, teniendo en cuenta su valor y naturaleza, y las circunstancias en las que se celebren. El Gobierno Nacional podrá indicar los casos en los cuales la cuantía señalada en el presente inciso será menor

“Con estricta sujeción a los principios y propósitos enunciados en el primer inciso de este artículo, y a los reglamentos de esta Ley, el Consejo Directivo de cada establecimiento podrá señalar, con base en la experiencia y en el análisis concreto de las necesidades del establecimiento, los trámites, garantías y constancias que deben cumplirse para que el rector o director celebre cualquier acto o contrato que cree, extinga o modifique obligaciones que deban registrarse en el Fondo, y cuya cuantía sea inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales. El Consejo puede exigir, además, que ciertos actos o contratos requieran una autorización suya específica”. [↑](#footnote-ref-4)
5. “Decreto 1075 de 2015: “Artículo 2.3.1.6.3.5. Funciones del Consejo Directivo. (…) 6. Reglamentar mediante acuerdo los procedimientos, formalidades y garantías para toda contratación que no supere los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)”. [↑](#footnote-ref-5)
6. “Artículo 68. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

“Parágrafo 1. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial”. [↑](#footnote-ref-6)