CCE-DES-FM-17

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Entidades públicas – Cajas de compensación familiar – Programas de Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria – Fundamento normativo**

Los convenios de asociación entre las entidades públicas y personas jurídicas privadas como las cajas de compensación familiar, tiene fundamento en el artículo 2.2.7.6.7 del Decreto 1072 de 2015, adicionado por el artículo 7 del Decreto 1729 de 2008. De conformidad con el inciso primero, «Los Programas de Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria, se podrán ejecutar mediante convenios de asociación suscritos entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, las Cajas de Compensación Familiar, las entidades del nivel nacional, departamental, municipal, las Organizaciones no Gubernamentales de reconocida trayectoria en el tema de primera infancia y de educación, o en general, con entidades públicas y personas jurídicas privadas nacionales o internacionales, idóneas para el desarrollo de los mismos». Incluso, en el inciso segundo, agrega que «En aquellos entes territoriales que cuentan con recursos para la cofinanciación de los Programas de Atención Integral de la Niñez y de Jornada Escolar Complementaria, las Cajas de Compensación Familiar podrán establecer convenios o alianzas con los gobiernos respectivos para tal fin».

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Artículo 33 – Aplicación – Convenios de asociación – Entidades públicas – Cajas de Compensación Familiar – Restricción – Alcance – Procedimientos no competitivos**

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».

Por tanto, respecto de los convenios del artículo 2.2.7.6.7 del Decreto 1072 de 2015 entre las entidades estatales y las cajas de compensación, 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Artículo 33 – Aplicación – Convenios de asociación – Entidades públicas – Cajas de Compensación Familiar – Restricción – Alcance – Procedimientos competitivos**

En contraste, la restricción citada no aplicaría a los convenios de asociación que celebren las entidades estatales y las cajas de compensación familiar bajo el procedimiento competitivo, pues este supone la pluralidad de oferentes y la selección objetiva del contratista. Conforme al artículo 5 del Decreto 092 de 2017, esta es la regla general, salvo en aquellos casos en que una entidad sin ánimo de lucro –como las cajas de compensación familiar– comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra ESAL que ofrezca aportes iguales o superiores a dicho porcentaje.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricción – Convenios interadministrativos Artículo 38 – Aplicación – Convenios de asociación – Entidades públicas – Cajas de Compensación Familiar**

Considerando la naturaleza jurídica de las partes, los convenios asociativos del artículo 2.2.7.6.7 del Decreto 1072 de 2015 entre las entidades públicas y las cajas de compensación tampoco se calificarían como contratos interadministrativos, lo que es importante dada la restricción establecida en el parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005. Al respecto, debe tenerse en cuenta que esta última tipología contractual fue creada en la Ley 80 de 1993 y, aunque no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales . De acuerdo con esto, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

En este sentido, los convenios de asociación que no tienen como partes exclusivamente a entidades estatales, no corresponden a la categoría definida en el 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, tal como sucede cuando una de las partes es una persona jurídica privada, como lo es una caja de compensación, pues –tomando en consideración el citado artículo 39 de la Ley 21 de 1982– no implicaría una contratación entre entidades estatales sino un negocio jurídico entre una entidad estatal y una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro. Por tanto, los convenios asociativos del artículo 2.2.7.6.7 del Decreto 1072 de 2015 entre las entidades públicas y las cajas de compensación familiar no está dentro de la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías, pues –de acuerdo con la calidad de las partes– no corresponden a la tipología de contratos o convenios interadministrativos.

Bogotá D.C., 11 Agosto 2021 Texto

Descripción generada automáticamente

Señora

**María Margarita Muñoz Mendoza**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 391 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Entidades territoriales – Cajas de compensación familiar – Programas de Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria – Fundamento normativo / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Artículo 33 – Aplicación – Convenios de asociación – Entidades territoriales – Cajas de Compensación Familiar – Restricción – Alcance – Procedimientos no competitivos / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Artículo 33 – Aplicación – Convenios de asociación – Entidades territoriales – Cajas de Compensación Familiar – Restricción – Alcance – Procedimientos competitivos / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricción – Convenios interadministrativos Artículo 38 – Aplicación – Convenios de asociación – Entidades territoriales – Cajas de Compensación Familiar |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20210623005467 |

Estimada señora Muñoz:

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 su consulta del 22 de junio de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta: «[…] solicito me informen si en virtud de las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005 – (Ley de Garantías as Electorales) establecidas para el período de elecciones presidenciales, la suscripción de nuevos convenios de asociación bajo el régimen especial del Decreto 1729 de 2008 compilado por el Decreto 1072 de 2015, se encuentra limitada para el período del 29 de enero hasta el 19 de junio de 2022, teniendo en cuenta que dichos convenios no se encuentran incluidos en las causales de contratación directa del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responderá la consulta, luego de analizar el régimen de los convenios de asociación, y su relación con la Ley de Garantías.

La Agencia Nacional de contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la Ley de Garantías, entre otros, en los conceptos 4201913000004536 de 17 de julio de 2019, 4201912000005556 del 12 de septiembre de 2019, 4201913000005175 del 13 de septiembre de 2019, 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201913000005082 del 17 de octubre de 2019, 4201913000006306 del 21 de octubre de 2019, 4201912000006552 del 07 de noviembre de 2019, 4201913000006604 del 17 de diciembre de 2019, C-227 del 24 de mayo de 2021 y C-352 del 27 de julio de 2021.

Igualmente, se ha pronunciado sobre el régimen de los contratos de asociación en los Conceptos 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 de junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1º de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-782 del 19 de enero de 2021 y C-057 del 10 de marzo de 2021. Finalmente, en el Concepto C-296 de 22 de junio 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. En lo pertinente, la tesis propuesta en estos conceptos se reitera y se complementa a continuación:

**2.1. Finalidad y restricciones de la Ley de Garantías Electorales**

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones 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 electoral[[1]](#footnote-2).

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005 se suma a las normas jurídicas constitucionales y legales que se ha ocupado de evitar la injerencia de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Respecto a su finalidad, conforme a la Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005, 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 presidencial, introduciendo limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional –en la Sentencia C-1153 de 2005– consideró que:

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.

Siguiendo el mencionado derrotero, 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. En efecto, lo anterior fue indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al precisar que:

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 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 Constitucional[[2]](#footnote-3) y del Consejo de Estado[[3]](#footnote-4), 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 legislador[[4]](#footnote-5).

De conformidad con lo anterior, es claro que la Ley de Garantías Electorales, para el cumplimiento de los objetivos que dieron lugar a su expedición, fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. No obstante, debe aclararse que estas disposiciones se dirigen a dos 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 territorial.

Conforme a esto, 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 sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»[[5]](#footnote-6).

Por su parte, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de elección, 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»[[6]](#footnote-7). La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado aclara la distinción en las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate, en los siguientes términos:

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[[7]](#footnote-8).

De lo anterior se desprende que la Ley 996 de 2005 establece dos tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. Por un lado, 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 aludidas excepciones. Por otra parte, la del artículo 38, aplicable respecto de cualquier tipo de elección, que prohíbe la celebración de convenios o contratos interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos, por parte de las autoridades señaladas en el parágrafo de dicho artículo.

**2.2. Convenios de asociación y restricciones de la Ley de Garantías**

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 desarrollo[[8]](#footnote-9). 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 jurídicas[[9]](#footnote-10). 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 *ibídem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017[[10]](#footnote-11).

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, pues 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»[[11]](#footnote-12). 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.

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 consorcio[[12]](#footnote-13). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir.

Igualmente, 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, ya que 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»[[13]](#footnote-14).

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 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

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 provisional[[14]](#footnote-15) 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, como se explicó *ut supra*, 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 convenio[[15]](#footnote-16), 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 el concepto C-296 de 22 de junio de 2021[[16]](#footnote-17), 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 2.2.7.6.7 del Decreto 1072 de 2015, adicionado por el artículo 7 del Decreto 1729 de 2008. De conformidad con el inciso primero, «Los Programas de Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria, se podrán ejecutar mediante convenios de asociación suscritos entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, las Cajas de Compensación Familiar, las entidades del nivel nacional, departamental, municipal, las Organizaciones no Gubernamentales de reconocida trayectoria en el tema de primera infancia y de educación, o en general, con entidades públicas y personas jurídicas privadas nacionales o internacionales, idóneas para el desarrollo de los mismos». Incluso, en el inciso segundo, agrega que «En aquellos entes territoriales que cuentan con recursos para la cofinanciación de los Programas de Atención Integral de la Niñez y de Jornada Escolar Complementaria, las Cajas de Compensación Familiar podrán establecer convenios o alianzas con los gobiernos respectivos para tal fin».

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).

Por tanto, respecto de los convenios del artículo 2.2.7.6.7 del Decreto 1072 de 2015 entre las entidades estatales y las cajas de compensación, 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[[17]](#footnote-18).

En contraste, la restricción citada no aplicaría a los convenios de asociación que celebren las entidades estatales y las cajas de compensación familiar bajo el procedimiento competitivo, pues este supone la pluralidad de oferentes y la selección objetiva del contratista. Conforme al artículo 5 del Decreto 092 de 2017, esta es la regla general, salvo en aquellos casos en que una entidad sin ánimo de lucro –como las cajas de compensación familiar– comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra ESAL que ofrezca aportes iguales o superiores a dicho porcentaje. Por ello, el inciso segundo de la norma citada dispone que «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».

Por otra parte, considerando la naturaleza jurídica de las partes, los convenios asociativos del artículo 2.2.7.6.7 del Decreto 1072 de 2015 entre las entidades públicas y las cajas de compensación tampoco se calificarían como contratos interadministrativos, lo que es importante dada la restricción establecida en el parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005. Al respecto, debe tenerse en cuenta que esta última tipología contractual fue creada en la Ley 80 de 1993 y, aunque no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[18]](#footnote-19). De acuerdo con esto, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

En este sentido, los convenios de asociación que no tienen como partes exclusivamente a entidades estatales, no corresponden a la categoría definida en el 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, tal como sucede cuando una de las partes es una persona jurídica privada, como lo es una caja de compensación, pues –tomando en consideración el citado artículo 39 de la Ley 21 de 1982– no implicaría una contratación entre entidades estatales sino un negocio jurídico entre una entidad estatal y una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro. Por tanto, los convenios asociativos del artículo 2.2.7.6.7 del Decreto 1072 de 2015 entre las entidades públicas y las cajas de compensación familiar no está dentro de la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías, pues –de acuerdo con la calidad de las partes– no corresponden a la tipología de contratos o convenios interadministrativos.

Finalmente, a modo de conclusión, la Subdirección de Gestión Contractual reitera que la regla general de interpretación y aplicación de la prohibición de la contratación directa establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 es la expuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de la siguiente manera: «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»[[19]](#footnote-20).

En consecuencia, siempre que un proceso de contratación se enmarque dentro del referido supuesto de selección del contratista con ausencia de convocatoria pública y sin la necesidad de contar con varios oferentes que compitan por ser la mejor oferta, aplicará la restricción prevista en el artículo 33 la Ley de Garantías Electorales, según sus condiciones temporales y materiales de aplicación explicadas previamente.

Lo anterior sin olvidar que el mismo artículo 33 de la Ley de Garantías consagra varias excepciones a la prohibición, por lo que la restricción no resulta aplicable a la contratación directa referente a asuntos de «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».

**3. Respuesta**

«[…] solicito me informen si en virtud de las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005 – (Ley de Garantías as Electorales) establecidas para el período de elecciones presidenciales, la suscripción de nuevos convenios de asociación bajo el régimen especial del Decreto 1729 de 2008 compilado por el Decreto 1072 de 2015, se encuentra limitada para el período del 29 de enero hasta el 19 de junio de 2022, teniendo en cuenta que dichos convenios no se encuentran incluidos en las causales de contratación directa del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007».

En relación con los convenios de asociación del artículo 2.2.7.6.7 del Decreto 1072 de 2015 entre las entidades públicas y las cajas de compensación familiar, el procedimiento de selección y la tipología contractual corresponde a la del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, especialmente, cuando estas últimas tienen la categoría de personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro. En esta medida, para responder la pregunta del peticionario debe tenerse en cuenta que la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías aplica únicamente a los procedimientos no competitivos del reglamento citado. Lo anterior dado que, para efectos de la Ley de Garantías, siempre que un proceso de contratación se enmarque dentro del supuesto de selección del contratista con ausencia de convocatoria pública y sin la necesidad de contar con varios oferentes que compitan por ser la mejor oferta, aplicará la restricción prevista en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 para la contratación directa, independientemente del régimen de contratación que se aplique, a menos que el asunto se enmarque dentro de alguna de las excepciones establecidas en el inciso segundo de la misma disposición.

Por otra parte, los convenios de asociación que no tienen como partes exclusivamente a entidades estatales, no corresponden a la categoría definida en el 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, ya que una de las partes es una persona jurídica privada, como lo es una caja de compensación, pues –tomando en consideración el citado artículo 39 de la Ley 21 de 1982– dichos convenios no implican una contratación entre autoridades del Estado sino un negocio jurídico entre entidades estatales y una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro –caja de compensación familiar–. Por tanto, los convenios asociativos del artículo 2.2.7.6.7 del Decreto 1072 de 2015 entre las entidades estatales territoriales y las cajas de compensación no está dentro de la tipología de contratos o convenios interadministrativos, para efectos de la otra prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas Paredes  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por si 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». [↑](#footnote-ref-2)
2. 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. [↑](#footnote-ref-3)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 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. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-5)
5. «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». [↑](#footnote-ref-6)
6. «Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

   »[…]

   »Parágrafo. 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». [↑](#footnote-ref-7)
7. 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). [↑](#footnote-ref-8)
8. 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. [↑](#footnote-ref-9)
9. «Articulo 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». [↑](#footnote-ref-10)
10. En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, 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». [↑](#footnote-ref-11)
11. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-12)
12. 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». [↑](#footnote-ref-13)
13. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-14)
14. 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. [↑](#footnote-ref-15)
15. 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». [↑](#footnote-ref-16)
16. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-296%20del%202021>. [↑](#footnote-ref-17)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Rad. 2382. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-18)
18. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

    »Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-19)
19. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Rad. 2382. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-20)