**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Tipos de restricciones** **‒** **Ámbito temporal – Artículo 38**

[…] 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”.

[…]

[…] 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, de conformidad con el 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.

**LEY 1276 DE 2009 – Convenios – Contratación – Parágrafo del artículo 8 – Estampilla – Adulto mayor**

Los convenios sub examine están regulados, entonces, por el EGCAP (infra num. i) o, eventualmente, por el Decreto 092 de 2018 (infra num. ii), siendo la aplicación de aquel la regla general, mientras que la de este último la excepción, dentro de los parámetros que pasarán a explicarse a continuación:

i) Los procedimientos contractuales mediante los cuales las entidades ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general deben regirse por la normativa de contratación pública ―Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y normas complementarias―, que contiene los principios, reglas y procedimientos que rigen los contratos de las entidades estatales. Como se explicó, el EGCAP se aplica a las entidades estatales relacionadas en el citado artículo 2 y demás normas que lo complementan, dentro de las cuales se encuentran mencionados los departamentos, distritos y municipios.

[…]

Por otra parte, teniendo en cuenta el objeto de su consulta, es importante señalar que, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 1276 de 2009, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales se encuentran habilitados para emitir la “Estampilla para el bienestar del Adulto Mayor”, como recurso de obligatorio recaudo para contribuir a la construcción, instalación, adecuación, dotación, funcionamiento y desarrollo d programas de prevención y promoción de los Centros de Bienestar del Anciano y Centros de Vida para la Tercera Edad, en sus respectivas entidades territoriales. A su turno, sobre la destinación del producto de dichos recursos, el precitado artículo dispone lo siguiente: “[e]l producto de dichos recursos se destinará, como mínimo, en un 70% para la financiación de los Centros Vida, de acuerdo con las definiciones de la presente ley; y el 30% restante, a la dotación y funcionamiento de los Centros de Bienestar del Anciano, sin perjuicio de los recursos adicionales que puedan gestionarse a través del sector privado y la cooperación internacional".



Señora

**Dana María Mancilla Uribe**

Bucaramanga, Santander

 **Concepto C – 078 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Tipos de restricciones ‒ Ámbito temporal – Artículo 38 / LEY 1276 DE 2009 – Convenios – Contratación – Parágrafo del artículo 8 – Estampilla – Adulto mayor |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas acumuladas P20230310002238 y P20230315002415 |

Estimada señora Mancilla Uribe:

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 sus consultas acumuladas del 10 y 15 de marzo de 2023. Estas consultas fueron remitidas por Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante oficios con radicados No. 2-2023-011576 y 2-2023-012655 de las mismas fechas, respectivamente.

**1. Problema planteado**

Usted pone de presente algunas consideraciones sobre los Centros de Bienestar del Adulto Mayor y los convenios de asociación, teniendo en cuenta la Ley 996 de 2005 –Ley de Garantías–. Al respecto, solicita lo siguiente: “Generar un concepto sobre la aplicación de la Ley de Garantías sobre los convenios de asociación suscritos entre los Municipios de Santander y los Centros de Protección del Adulto Mayor y el giro de recursos de estampilla del adulto mayor”.

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente 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 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-296 del 22 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-391 del 11 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 98 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-674 del 6 de diciembre de 2021, C-677 del 4 de diciembre de 2021, C-695 del 22 de diciembre de 2021, C-699 del 6 de enero de 2022, C-700 del 6 de enero de 2021, C-723 del 28 de diciembre de 2021, C-715 del 21 de enero de 2022, C-718 del 24 de enero de 2022, C-726 del 24 de enero de 2022, C-002 del 15 de febrero de 2022, C-116 del 18 de febrero de 2022, C-163 del 29 de marzo de 2022 y C-279 del 17 de junio de 2022. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera y complementa a continuación:

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

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-1).

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como “Ley de Garantías Electorales”, se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado 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 presidencial[[2]](#footnote-2). 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”.[[3]](#footnote-3)

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 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[[4]](#footnote-4) y del Consejo de Estado[[5]](#footnote-5), 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”[[6]](#footnote-6).

 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 periodos 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 sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias”[[7]](#footnote-7).

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”[[8]](#footnote-8). 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 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”[[9]](#footnote-9).

De conformidad con lo anterior, 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, de conformidad con el 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 sólo 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. Ley 1276 de 2009: convenios del parágrafo del artículo 8 y recaudo de la Estampilla para el bienestar del Adulto Mayor**

La Constitución Política de 1991 establece tres (3) regímenes de contratación. El *primero* se fundamenta en la competencia prevista en el inciso final del artículo 150 superior, por el cual se faculta al Congreso de la República para expedir un Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El *segundo* se relaciona con la posibilidad de crear regímenes especiales, caso en el cual la Constitución los exceptúa directamente, como sucede con las universidades públicas y el Banco de la República –arts. 69 y 371–, o permite que la ley defina el régimen jurídico de determinados órganos del Estado, como en el caso de las entidades descentralizadas por servicios –art. 210– y las empresas de servicios públicos domiciliarios –art. 365–. Finalmente, el artículo 355 establece el régimen de los contratos con las ESAL, el cual –además de extenderse a los *convenios de asociación* en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998– se desarrolló a través del Decreto 092 de 2017.

 Los primeros dos regímenes se caracterizan por la exhaustiva regulación de la actividad contractual. Los contratos sometidos al EGCAP, aunque se rigen por el derecho público, permiten la aplicación del derecho civil y comercial en los casos previstos en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Además, pese a la aplicación de las normas comunes sobre obligaciones y contratos en las entidades del régimen exceptuado, deben respetar los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, los cuales se concretan en los respectivos manuales de contratación –Ley 1150 de 2007, art. 13–. Sin embargo, en relación con la regulación de los *contratos del art. 355 de la Constitución* y los *convenios de asociación*, los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 disponen lo siguiente:

“Artículo 6°. Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto.

Artículo 7°. Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables […]

Artículo 8°. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”.

 Las anteriores normas, integran las lagunas o vacíos normativos del Decreto 092 de 2017, y se aplican a todo lo que no esté expresamente regulado en él. Por ello no es posible aplicar ninguna de las disposiciones anteriormente citadas en temas como la competencia para celebrar los *contratos del artículo 355 de la Constitución* y la indelegabilidad de la autorización –art. 2–, la idoneidad de las ESAL –art. 3–, su registro en el SECOP –art. 9– y la inaplicación del registro único de proponentes –art. 10–.

Por otro lado, existen algunas disposiciones normativas que habilitan a diferentes entidades estatales para suscribir contratos o convenios en unos eventos en particular, como es el caso del artículo 3 de la Ley 1575 de 2012[[10]](#footnote-10), sobre contratación con cuerpos de bomberos; el artículo 6 de la Ley 1551 de 2012[[11]](#footnote-11), en materia de convenios solidarios; o el el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1276 de 2009, modificado por el artículo 16 de la Ley 1850 de 2017, que se refiere a los convenios para el manejo de los denominados *Centros Vida, Centros de Bienestar del Anciano y Granjas del Adulto Mayor*.

Algunas de estas normas remiten directamente al estatuto aplicable, como ocurre con el artículo 6 de la Ley 1551 de 2012, cuyo numeral 16 remite al artículo 355 de la Constitución, esto es, al Decreto 092 de 2017, habida consideración de que este Decreto reguló ese artículo constitucional. Sin embargo, hay otras que no se refieren ni directa ni indirectamente al régimen contractual aplicable, como es el caso del referido parágrafo del artículo 8 de la Ley 1276 de 2009.

En relación con este tipo de normas, podría pensarse *prima facie* que establecen un régimen de contratación diferente a los tres (3) señalados y, en consecuencia, que no hay lugar a la aplicación de ninguno de estos en lo que respecta al trámite contractual, lo que, a su vez, generaría la duda sobre cuál es la regulación aplicable. Sin embargo, Colombia Compra Eficiente considera que esas normas no contienen regímenes de contratación diferentes a los que dispuso la Constitución Política, lo que implica que los contratos o convenios a los que dichas normas se refieren tendrán que tramitarse teniendo en cuenta las disposiciones de alguno de esos tres regímenes de contratación: el que contiene el EGCAP, el que regula el Decreto 092 de 2017 o el régimen exceptuado que corresponde por la naturaleza de la entidad contratante –por ejemplo las empresas sociales del Estado o las instituciones educativas–. La aplicación de esos regímenes de contratación no es facultativa, pues en todo caso, dependerá de la remisión que hacen estas normas a un estatuto en particular –si lo hacen–, así como también de las particularidades del proceso de contratación y de la naturaleza jurídica de la entidad contratante o la de la persona jurídica con la que las entidades pretenden contratar.

En ese sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública advierte que el artículo 8 de la Ley 1276 de 2009 disponía lo siguiente:

“Artículo 8o. <Ver modificaciones a este artículo directamente en la ley 687 de 2001> Modifícase el artículo 5o de la Ley 687 de 2001, el cual quedará así: Responsabilidad. El Alcalde municipal o distrital será el responsable del desarrollo de los programas que se deriven de la aplicación de los recursos de la estampilla y delegará en la dependencia afín con el manejo de los mismos, la ejecución de los proyectos que componen los Centros Vida y creará todos los sistemas de información que permitan un seguimiento completo a la gestión por estos realizada.

Parágrafo. *Los distritos y municipios podrán suscribir convenios con entidades reconocidas para el manejo de los Centros Vida*; no obstante, estos deberán prever dentro de su estructura administrativa la unidad encargada de su seguimiento y control como estrategia de una política pública orientada a mejorar las condiciones de vida de las personas de tercera edad”. (Cursivas propias)

Esta norma fue modificada por el artículo 16 de la Ley 1850 de 2017 vigente desde 19 de julio del año 2017. En consecuencia, el texto vigente de la norma *sub examine* es el siguiente:

“Artículo 16. Modifícase el artículo 8o de la Ley 1276 de 2009. A través del cual se modifica el artículo 5o de la Ley 687 de 2001, el cual quedará así:

Artículo 8o. Modifícase el artículo 5o de la Ley 687 de 2001, el cual quedará así: Responsabilidad. El Gobernador o el Alcalde municipal o Distrital será el responsable de sus recursos recaudados por la estampilla en el desarrollo de los programas que se deriven de su inversión en la respectiva jurisdicción, dando cumplimiento a lo relacionado en su plan de desarrollo para el grupo poblacional al que se refiere la presente ley, y delegará en la dependencia competente, la ejecución de los proyectos que componen los Centros Vida, Centros de Bienestar del Anciano y Granjas para adulto mayor, creando todos los sistemas de información que permitan un seguimiento completo de la gestión realizada por estos.

Parágrafo. *La ejecución de los recursos en los departamentos, distritos y municipios se podrá realizar a través de convenios con entidades reconocidas para el manejo de los Centros Vida, Centros de Bienestar del Anciano y Granjas para adulto mayor*, no obstante, estos deberán prever dentro de su estructura administrativa la unidad encargada de su seguimiento y control como estrategia de una política pública orientada a mejorar las condiciones de vida de las personas de tercera edad”. (Cursivas propias)

Nótese que la norma citada autoriza a las entidades territoriales a celebrar “convenios con entidades reconocidas para el manejo de los Centros Vida, Centros de Bienestar del Anciano y Granjas para adulto mayor […]”, pero no establece la regulación contractual aplicable a ese tipo de convenios. Tal regulación tampoco se deriva de ninguno de los otros artículos de la Ley 1850 de 2017, así como no lo hacían el artículo 5 de la Ley 687 de 2001 o el artículo 8 de la Ley 1276 de 2009[[12]](#footnote-12). De hecho, ninguna de estas tres leyes reguló la materia, omisión que se explica en el hecho que dichas normas regulan la “estampilla pro-dotación y funcionamiento de los Centros de Bienestar del Anciano, instituciones y centros de vida para la tercera edad”, aspecto sustancialmente distinto de las normas que regulan la contratación con el Estado.

Teniendo en cuenta la ausencia de regulación en las Leyes 687 de 2001, 1276 de 2009 y 1850 de 2017, y de acuerdo a las consideraciones expuestas en párrafos precedentes, Colombia Compra Eficiente considera que los convenios a los que se refieren las tres normas mencionadas anteriormente, están regulados por el EGCAP y, eventualmente, por las disposiciones especiales contenidas en el Decreto 092 del 2017. Lo anterior, siempre que el convenio sea suscrito con una ESAL y únicamente si se cumplen los otros requisitos que se derivan del contenido de dicho decreto, entre ellos, que no se genere una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco una relación conmutativa entre esta y la ESAL; así como también que el negocio jurídico tenga como objeto “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”.

Al respecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública considera necesario hacer dos precisiones: *por un lado*, que los convenios referidos en las tres normas *sub lite* no podrán regularse por las disposiciones de los regímenes exceptuados del EGCAP –tercero de los regímenes constitucionales de contratación–, pues dichos convenios son suscritos por entidades territoriales únicamente, particularmente, los departamentos, los distritos y los municipios. Lo anterior debido a su competencia frente a la ejecución de los recursos de la estampilla enunciada en los párrafos precedentes; autoridades que se denominan “entidades estatales” para los fines de la contratación estatal, y cuyos procesos contractuales son regulados por el EGCAP, según los artículos 1 y 2 de la Ley 80 de 1993, que establecen lo siguiente:

WArtículo 1o. Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las *reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*.

Artículo 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1o. *Se denominan entidades estatales*:

a) La Nación, las regiones, *los departamentos*, las provincias, *el distrito capital y los distritos especiales*, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y *los municipios*; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. […]” (Cursivas propias)

*Por otro lado*, el Decreto 092 de 2017 también puede aplicarse a los convenios regulados por el artículo 5 de la Ley 687 de 2001, modificado por el artículo 8 de la Ley 1276 de 2009 y, posteriormente, por el artículo 16 de la Ley 1850 de 2017. En efecto, la aplicación de aquel Decreto resulta procedente y también necesaria, en aquellos eventos en los que el convenio se celebra con una ESAL. Es de resaltar que las tres normas mencionadas no contienen ninguna regulación procesal o sustantiva en materia de contratación estatal, esto es, no establecen las disposiciones que habrían de tenerse en cuenta en el trámite de contratación.

Incluso, el Ministerio de Salud y de la Protección Social, en documento sin fecha denominado “Orientaciones a las entidades territoriales para la aplicación de la Ley 1276 de 2009 y normas complementarias sobre la Estampilla para el Bienestar del Adulto Mayor”[[13]](#footnote-13), refiriéndose al régimen de contratación resaltó lo siguiente:

“Los centros vida a que se refiere la Ley 1276 son de naturaleza pública, de creación distrital y municipal, razón por la cual la norma establece que una vez creados, la administración puede celebrar convenios para su manejo con entidades con experiencia en la materia, en cuyo caso debe efectuar el seguimiento y evaluación de los servicios prestados, a través de la instancia especialmente creada para esta función dentro de la estructura municipal (Parágrafo del art. 8º de la Ley 1276/09). *Estos convenios se rigen por la normatividad contractual vigente”.* (Cursivas propias)

Los convenios *sub examine* están regulados, entonces, por el EGCAP (*infra* num. *i*) o, eventualmente, por el Decreto 092 de 2018 (*infra* num. *ii*), siendo la aplicación de aquel la regla general, mientras que la de este último la excepción, dentro de los parámetros que pasarán a explicarse a continuación:

1. Los procedimientos contractuales mediante los cuales las entidades ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general deben regirse por la normativa de contratación pública ―Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y normas complementarias―, que contiene los principios, reglas y procedimientos que rigen los contratos de las entidades estatales. Como se explicó, el EGCAP se aplica a las entidades estatales relacionadas en el citado artículo 2 y demás normas que lo complementan, dentro de las cuales se encuentran mencionados los departamentos, distritos y municipios.

En aplicación del EGCAP, los procedimientos de contratación se estructuran a partir de las modalidades de selección, y al hacer una revisión de las normas citadas se observa que contienen los procedimientos para adelantarlas y las reglas de cada modalidad: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía[[14]](#footnote-14). La exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 explica las razones por las cuales se establecieron las modalidades de selección: “A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente, es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto”.

 La determinación de la modalidad de selección del contratista para el caso de los convenios regulados en el parágrafo del artículo 16 de la Ley 1850 de 2017, que modificó el artículo 8 de la Ley 1276 de 2010, depende de las particularidades del caso, entre las que se resaltan la cuantía del contrato y el objeto del mismo, siendo una decisión que, en todo caso, le corresponde a la entidad contratante de manera autónoma, con apego a las directrices que establecen las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como las que contiene el Decreto 1082 de 2015, entre otras normas complementarias y reglamentarias.

Lo anterior, claro está, cuando no se trate de un convenio interadministrativo, pues para este caso la modalidad es la contratación directa, de acuerdo con lo que establece el artículo 2.2.1.2.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”[[15]](#footnote-15). En todo caso, hay que tener en cuenta que un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley, deba adelantarse un procedimiento amplio[[16]](#footnote-16). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

 Si bien es cierto que los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015, también lo es que esto no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto. Lo anterior por cuanto una entidad estatal de Ley 80 de 1993 puede celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993[[17]](#footnote-17).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, pues comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. Por regla general, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable para la celebración de los contratos interadministrativos.

1. El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[18]](#footnote-18).

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[[19]](#footnote-19). Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

Por otra parte, teniendo en cuenta el objeto de su consulta, es importante señalar que, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 1276 de 2009, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales se encuentran habilitados para emitir la “Estampilla para el bienestar del Adulto Mayor”, como recurso de obligatorio recaudo para contribuir a la construcción, instalación, adecuación, dotación, funcionamiento y desarrollo d programas de prevención y promoción de los Centros de Bienestar del Anciano y Centros de Vida para la Tercera Edad, en sus respectivas entidades territoriales. A su turno, sobre la destinación del producto de dichos recursos, el precitado artículo dispone lo siguiente: “[e]l producto de dichos recursos se destinará, como mínimo, en un 70% para la financiación de los Centros Vida, de acuerdo con las definiciones de la presente ley; y el 30% restante, a la dotación y funcionamiento de los Centros de Bienestar del Anciano, sin perjuicio de los recursos adicionales que puedan gestionarse a través del sector privado y la cooperación internacional".

De igual forma, el recaudo de la estampilla de cada Administración Departamental será distribuido en los distritos y municipios de su jurisdicción, en proporción directa al número de adulto mayores de los niveles I y II del Sisbén que se atiendan en los centros de vida y en los centros de bienestar del anciano en los entes Distritales o Municipales.

Finalmente, i) conforme al artículo 5 de la Ley 1276 de 2009, el recaudo de la estampilla en cuestión será aplicado, en su totalidad, a la dotación y funcionamiento de los Centros de Bienestar del Anciano y de los Centros de Vida para la Tercera Edad, en la respectiva jurisdicción, y ii) de acuerdo con el artículo 9 *ídem,* en el Acuerdo del Concejo municipal o distrital, en donde se establezca la creación de la estampilla, se adoptarán las definiciones de Centros Vida, anteriormente contempladas, y se establecerán aquellos servicios que como mínimo, se garantizarán a la población objetivo, de acuerdo con los recursos a recaudar y el censo de beneficiarios.

**3. Respuesta**

“Generar un concepto sobre la aplicación de la Ley de Garantías sobre los convenios de asociación suscritos entre los Municipios de Santander y los Centros de Protección del Adulto Mayor y el giro de recursos de estampilla del adulto mayor”.

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, de conformidad con el 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.

En particular, 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”.

Por otra parte, de acuerdo con las consideraciones realizadas en el presente concepto, los convenios del parágrafo del artículo 8 de la Ley 1276 de 2009 están regulados, entonces, por el EGCAP o, eventualmente, por el Decreto 092 de 2018, siendo la aplicación de aquel la regla general, mientras que la de este último la excepción. En ese sentido, la aplicación de la restricción contenida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías dependerá de si lo que se celebra es un convenio interadministrativo o no, así como si el mismo implica la ejecución de recursos públicos o no. Por lo tanto, en caso de no tratarse de un convenio interadministrativo para la ejecución de recursos públicos, la restricción de la Ley de Garantías en comento no resultaría aplicable.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Kevin Arlid Herrera SantaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora 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-1)
2. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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-4)
5. 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-5)
6. 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-6)
7. “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-7)
8. “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-8)
9. 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-9)
10. “ARTÍCULO 3o. COMPETENCIAS DEL NIVEL NACIONAL Y TERRITORIAL. El servicio público esencial se prestará con fundamento en los principios de subsidiariedad, coordinación y concurrencia, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 288 de la Constitución.

[…]

Es obligación de los distritos, con asiento en su respectiva jurisdicción y de los municipios la prestación del servicio público esencial a través de los cuerpos de bomberos oficiales o *mediante la celebración de contratos y/o convenios con los cuerpos de bomberos voluntarios*. […]” (Cursivas propias). [↑](#footnote-ref-10)
11. “ARTÍCULO 6o. <Ver modificaciones a este artículo directamente en la Ley 136 de 1994> El artículo 3o de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 3o. Funciones de los municipios. Corresponde al municipio:

[…]

16. En concordancia con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política, los municipios y distritos podrán celebrar convenios solidarios con: los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio, para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos, acorde con sus planes de desarrollo.” [↑](#footnote-ref-11)
12. Estas normas hacen parte de los antecedentes legislativos de la norma en comento, así como también la Ley 48 1986. [↑](#footnote-ref-12)
13. Documento suscrito por la Oficina de Promoción Social del Ministerio de Salud y de la Protección Social. Documento disponible para consulta en (consultado el 13 de julio de 2020): https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/Alcances%20de%20la%20Ley%201276%20de%202009.pdf [↑](#footnote-ref-13)
14. Ley 1150 de 2007: “Artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa [...]”. [↑](#footnote-ref-14)
15. 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-15)
16. Ley 1150 de 2007: “Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ley 1150 de 2007, artículo 2, literal 4, numeral c, modificada por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. [↑](#footnote-ref-17)
18. 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-18)
19. “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-19)