**LEY 996 DE 2005 – Parágrafo artículo 38 – Convenios o contratos interadministrativos**

[L]as 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 territorial, como, por ejemplo, las que se van a llevar a cabo en este año 2023.

Para el caso en específico de su consulta, 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”.

**CONTRATOS Y CONVENIOS – Semejanzas – Diferencias – Contraprestación – Cooperación**

No obstante, por vía jurisprudencial se ha establecido que en los contratos interadministrativos existe una contraprestación directa a favor de la entidad que ha entregado el bien o prestado el servicio a la Entidad contratante, habilitado para ello por su objeto legal como entidad ejecutora, como quiera que las obligaciones asignadas legalmente a aquella entidad pública están directamente relacionadas con el objeto contractual. Por su parte, en los convenios interadministrativos las entidades se asocian con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, sin que exista una contraprestación para ninguna de las entidades ni la prestación de un servicio a cargo de alguna de ellas y en favor de la otra parte del convenio.

[…]Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión en el sentido de que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. Además, como se indicó en la Circular citada, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio, por lo que se partió de su asimilación para la aplicación de la Ley de Garantías Electorales. En tal sentido, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido se logre inferir que se le quiere otorgar un contenido en particular, pues como se expresó, el legislador utiliza estos conceptos de forma indistinta.

**CONVENIOS SOLIDARIOS – Marco normativo - Ley 136 de 1994 – Ámbito de aplicación – Organismos de acción comunal**

[…] de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo tercero del artículo 3 del referido cuerpo normativo, los convenios solidarios se definen como “*la complementación de esfuerzos institucionales, comunitarios, económicos y sociales para la construcción de obras y la satisfacción de necesidades y aspiraciones de las comunidades*” de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 1551 de 2012, determina tres (3) alternativas mediante las cuales las entidades territoriales pueden celebrar convenios solidarios con organismos de acción comunal, las cuales se enlistan a continuación: i) En primer lugar, las entidades territoriales del orden municipal o distrital pueden celebrar convenios solidarios con organismos de acción comunal “[…] para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos, acorde con sus planes y desarrollos”.ii) En segundo lugar, existe la opción, establecida en el parágrafo cuarto de la norma en cita, consistente en que las entidades territoriales del orden departamental y municipal podrán celebrar directamente convenios solidarios con juntas de acción comunal para la ejecución de obras hasta por la mínima cuantía. iii) En tercer lugar, la Ley 1955 de 2019 introdujo un quinto parágrafo al artículo tercero, mediante el cual se permite la celebración de convenios solidarios entre entidades del orden nacional y los organismos de acción comunal, en aras de ejecutar proyectos previstos en el Plan Nacional de Desarrollo.

**LEY 136 DE 1994 – Regímenes de contratación – Organismos de acción comunal**

[…] el *primer régimen* encuentra su fundamento en el parágrafo cuarto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994. Como se indicó, este determina una sub-regla de contratación prevalente por su especificidad. Para la aplicabilidad de este régimen es necesario que concurran los siguientes requisitos: i) que las partes intervinientes sean, por un lado, entes territoriales del orden departamental o municipal y, por otro, juntas de acción comunal; ii) que el objeto contractual consista en la ejecución de obras; y, iii) que el contrato no supere la mínima cuantía. De concurrir las anteriores circunstancias, la norma autoriza la contratación directa entre la entidad territorial y la respectiva junta de acción comunal previamente legalizada y reconocida ante los organismos competentes, procedimiento contractual que se encuentra desarrollado en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias.

[…]

Un *segundo* *régimen* o modalidad de contratación se encuentra prevista en el Decreto 092 de 2017, exceptuando lo consignado en su artículo quinto, pues versa sobre convenios de asociación. Este decreto desarrolla, en términos generales, la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política, la cual, en concordancia con el numeral 16 y el parágrafo tercero del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, puede manifestarse a través de convenios solidarios. En este sentido, el régimen especial y preferente previsto en el Decreto 092 de 2017 para la celebración de convenios solidarios será aplicable cuando se reúnan los siguientes requisitos: i) que las partes intervinientes sean, de un lado, entidades territoriales del orden nacional, departamental, distrital o municipal y, de otro, organismos de acción comunal de reconocida idoneidad; ii) que el objeto del contrato esté dirigido al impulso de programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo aplicable; iii) que el contrato no refleje relaciones conmutativas que impliquen contraprestaciones para la entidad del Estado; y iv) que la entidad del Estado no imparta instrucciones precisas para la ejecución del objeto convenido.

[…]

*Por último*, en armonía con la modificación realizada por la Ley 1955 de 2019, se presenta un *tercer régimen*, que encuentra su fundamento en los parágrafos tercero y quinto del artículo tercero de la Ley 136 de 1994. Retomando los Conceptos de esta Agencia, se ha considerado que estas normas deben interpretarse armónicamente con lo dispuesto en el artículo 141 de la precitada Ley y el artículo 55 de la Ley 743 de 2002 –norma vigente hasta la expedición de la Ley 2166 de 2021–. En virtud de tales disposiciones normativas, las organizaciones comunitarias cuentan con la posibilidad de “vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal mediante la participación en el ejercicio de las funciones, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada”. Para ese efecto, se aplicarán los artículos 375 a 378 del Decreto 1333 de 1986 así como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta modalidad de contratación resulta aplicable a todos los casos no reglamentados a través de normas específicas en los que: i) se vinculen entidades del orden nacional, municipal o distrital y organizaciones comunales; ii) se cumpla con el objetivo planteado en el parágrafo tercero del artículo tercero de la Ley 136 de 1994, en consonancia con el artículo 355 constitucional; y iii) no exista otra forma especial de contratación.

**LEY 2166 DE 2021 – Organismos de acción comunal – Artículo 95 – Convenios solidarios – Contratación directa – Contratos de obra**

[…], el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021 determina la celebración por contratación directa de convenios solidarios. Este régimen de contratación, como se explicó, ya se había contemplado inicialmente en el parágrafo 4 del artículo 3 de la Ley 136 de 1994. Sin embargo, el contenido del artículo 95 es más amplio en relación con los sujetos, la cuantía del contrato y la ejecución de dichos convenios. En efecto, el artículo 95 incluye a los “entes territoriales del orden Nacional, Departamental, Distrital y municipal” y a los “organismos de acción comunal”. Es decir, conforme a esta Ley podrán celebrar convenios solidarios directamente no solo los entes territoriales del orden departamental, municipal y distrital sino también las entidades del orden nacional y se podrán celebrar con todos los organismos de acción comunal y no únicamente con las juntas de acción comunal. Además, se amplía la cuantía de los convenios permitiendo que se contraten hasta por la menor cuantía y no solo por la mínima cuantía. En cuanto al objeto, las normas son claras en señalar que se trata de la ejecución de obras. Por lo demás, dichos aspectos se sintetizan en el desarrollo reglamentario del Decreto 142 de 2013, el cual adiciona el artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015.

**LEY 2166 DE 2021 – Artículo 63 – Convenios solidarios – Artículo 141 de la Ley 136 de 1994 - Convenios solidarios y contratos interadministrativos de mínima**

Es necesario tener en cuenta que esta disposición contempla supuestos distintos al establecido en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021. En efecto, el parágrafo 2 del artículo 63 *ibidem* permite la celebración de convenios solidarios con organismos de acción comunal con la finalidad de que estos se vinculen al desarrollo y mejoramiento municipal mediante: i) su participación en el ejercicio de sus funciones, ii) la prestación de bienes y servicios o iii) la ejecución de obras públicas cargo de la administración central o descentralizada. Además, con fundamento en este artículo, las entidades del orden nacional, departamental, distrital, local y municipal y los organismos de acción comunal podrán ejecutar los proyectos incluidos en el respectivo Plan Nacional de Desarrollo o para la ejecución de los proyectos derivados del Acuerdo Final de Paz, como lo son, los Programas de Desarrollo con Enfoque territorial o los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) o la Hoja de Ruta Única de que trata el artículo [281](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019_pr005.html#281) de la Ley 1955 de 2019. Como se observa, la norma señalada contempla diversos objetos para la celebración de convenios solidarios, mientras que en contraste el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021 permite la ejecución de obras

[…] Aunado a lo anterior, para la celebración de dichos convenios el inciso primero del citado artículo 63 remite al artículo 141 de la Ley 136 de 1994, en virtud del cual “Los contratos o convenios que se celebren en desarrollo del artículo anterior, se sujetarán a lo dispuesto por los artículos [375](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1333_1986_pr008.html#375) a [378](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1333_1986_pr008.html#378) del Decreto 1333 de 1986 y la Ley [80](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#inicio) de 1993”. En este sentido, retomando las consideraciones de los conceptos de esta Agencia, en este caso resulta aplicable el tercer régimen expuesto, es decir, lo anterior implica que los convenios solidarios que se celebren con fundamento el artículo 63 de la Ley 2166 de 2021 deben interpretarse armónicamente con el artículo 141 de la Ley 136 de 1994 y los parágrafos tercero y quinto del artículo tercero de la Ley 136 de 1994, por lo que deberá aplicarse lo dispuesto en los artículos 375 a 378 del Decreto 1333 de 1986 y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. No obstante, se considera que en el caso en que el objeto del convenio involucre únicamente la ejecución una obra por parte de la organización comunal, sin superar el monto de la menor cuantía, la entidad podrá aplicar el régimen previsto en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021 y cumplir con los presupuestos allí contemplados.

**CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS DE MÍNIMA CUANTÍA – Naturaleza jurídica – Convenios solidarios – No son convenios interadministrativos**

El parágrafo primero del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021 dispone que los organismos de acción comunal podrán contratar con las entidades territoriales hasta por la menor cuantía de dicha entidad de conformidad con la ley. Por su parte, el parágrafo segundo se refiere a la facultad que tienen las entidades del orden nacional, departamental, distrital, local y municipal y los organismos de acción comunal para celebrar convenios solidarios con el fin de ejecutar los proyectos allí señalados. De lo anterior se desprende que los parágrafos primero y segundo dan alcance a lo señalado en el inciso primero del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021. De esta manera, esta Agencia considera que cuando el parágrafo segundo extrañamente se refriere a los “contratos interadministrativos de mínima” es posible colegir que se hace referencia a los convenios solidarios precisamente para destacar que estos pueden celebrarse con las entidades estatales señaladas en dicho parágrafo. Sin embargo, se aclara que, a juicio de esta Agencia, lo señalado en el parágrafo segundo no se trata de una tipología adicional a las existentes en el ordenamiento jurídico y no se advierte que el legislador hubiese querido crear una tipología o modalidad adicional, máxime cuando el parágrafo se integra al contenido del artículo 63.

Por ello, considerando la naturaleza jurídica de las partes, los convenios solidarios entre las entidades estatales y los organismos de acción comunal no se calificarían como contratos o convenios interadministrativos. Al respecto, 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, aunque los convenios solidarios tienen el propósito de cooperación explicado en el acápite 2.2, no corresponden a la categoría definida en el 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, pues –tomando en consideración lo señalado en el artículo 7 de la Ley 2166 de 2021– no implica una contratación entre autoridades del Estado, sino un negocio jurídico entre una entidad estatal y una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro. Bajo estas consideraciones, es viable concluir que la intención del legislador en relación con los parágrafos del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021 consiste en precisar las facultades que tienen las entidades estatales allí señaladas para la celebración de convenios solidarios con los organismos de acción comunal, sin que ello signifique la creación de una tipología contractual distinta.

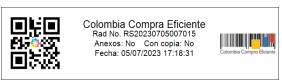
**ORGANISMOS DE ACCIÓN COMUNAL – Capacidad jurídica**

[…] además de que cada organismo debe acreditar su existencia y representación legal en los términos del artículo 78 de la Ley 2166 de 2021, teniendo en cuenta la naturaleza de las Juntas de Acción Comunal y la incidencia que en ellas tiene el principio de participación, es importante realzar que la territorialidad de la cual hace parte es el único lugar en el cual puede desarrollar sus actividades, pues sólo así se garantizaría una verdadera participación de la comunidad en la formulación, ejecución y administración de planes, programas y proyectos en su territorio, por lo que resultaría contrario al principio de participación que las Juntas de Acción Comunal pudieran ejecutar contratos en sitios donde no tienen representación participativa

**ORGANISMOS DE ACCIÓN COMUNAL – Capacidad técnica – Acreditación**

[…] iv) Para la ejecución de las obras se establece el deber de contratar con los habitantes de la comunidad. v) En el valor total del convenio la entidad podrá incluir los costos directos, los costos administrativos y el subsidio al dignatario representante legal para transportes de que trata el literal c) del artículo 38 de la Ley 2166 de 2022. Estos costos deberán incluirse en el ejercicio de planeación que realice la entidad y estar debidamente justificados. vi) Las entidades deberán contar con personal técnico y administrativo-contable para apoyar y supervisar a los organismos de acción comunal durante la ejecución de las obras.

Bogotá D.C., 5 de julio de 2023



Señor

**Eduardo Emilio Esquivel López**

Secretario de Gobierno

Departamento del Cesar

Ciudad

**Concepto C – 136 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | LEY 996 DE 2005 – Parágrafo artículo 38 – Convenios o contratos interadministrativos/ CONTRATOS Y CONVENIOS – Semejanzas – Diferencias – Contraprestación – Cooperación / CONVENIOS SOLIDARIOS – Marco normativo / LEY 136 DE 1994 – Convenios Solidarios – Ámbito de aplicación – Organismos de acción comunal – Régimen jurídico / LEY 136 DE 1994 – Regímenes de contratación – Organismos de acción comunal / LEY 2166 DE 2021 – Organismos de acción comunal – Artículo 95 – Convenios solidarios – Contratación directa – Contratos de obra / LEY 2166 DE 2021 – Artículo 63 – Convenios solidarios – Artículo 141 de la Ley 136 de 1994 - convenios solidarios y contratos interadministrativos de mínima / ORGANISMOS DE ACCIÓN COMUNAL – Capacidad jurídica – Capacidad técnica – Acreditación/ CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS DE MÍNIMA CUANTÍA – Naturaleza jurídica – Convenios solidarios – No son convenios interadministrativos/ |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20230519011458 |

Respetado señor Esquivel:

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 la consulta radicada el 19 de mayo de 2023.

1. **Problema planteado**

En su petición realiza la siguiente pregunta respecto de la aplicación de la Ley de Garantías Electorales en la suscripción de los convenios solidarios con juntas de acción comunal, de que tratan los artículos 3 parágrafos 2 y 3 del artículo 136 de 1994; artículo 63 de parágrafo 2 y 95 de la Ley 2166 de 2021:

“¿Existe alguna prohibición derivada de la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías), para que el Departamento del Cesar suscriba con las Juntas de Acción Comunal del Departamento convenios solidarios de los que habla la normatividad de la referencia dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de las elecciones territoriales del 2023?”.

1. **Consideraciones**

Para responder los problemas planteados, se abordarán los siguientes temas: i) alcance de la restricción para celebrar de convenios o contratos interadministrativos prevista en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005; ii) aplicación de los convenios solidarios y los organismos de acción comunal de conformidad con la Ley 136 de 1994; iii) convenios solidarios con organismos de acción comunal bajo la Ley 2166 de 2021 y el Decreto 142 de 2023; y iv) análisis de la figura de los contratos y convenios en el ordenamiento jurídico colombiano.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos C-168 del 14 de abril de 2021, C-585 de 15 de octubre de 2021, C-639 del 14 de marzo de 2021, C-664 del 1° de septiembre de 2022, C-771 del 29 de diciembre de 2022, analizó el régimen de los contratos y los convenios. Por otra parte, en los Conceptos No. 4201913000006135 del 10 de septiembre de 2019, 4201912000004117 del 17 de septiembre de 2019, C-140 del 31 de abril de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-477 del 27 de julio de 2020, C-656 del 17 de noviembre de 2020, C-763 del 7 de enero de 2021, C-785 del 18 de enero de 2021, C-155 del 14 de abril de 2021, C-364 del 28 de julio de 2021, C-394 del 17 de septiembre de 2021, C-627 del 25 de octubre de 2021, C-002 del 15 de febrero de 2022, C-008 del 25 de febrero de 2022, C-079 del 18 de marzo de 2022, C-092 del 16 de marzo de 2022, C-107 del 18 de marzo de 2022, C-116 del 18 de febrero de 2022, C-119 del 25 de marzo de 2022, C-177 del 8 de abril de 2022, C-185 del 12 de abril de 2022, C-333 del 24 de mayo de 2022, C-390 del 21 de junio de 2022, C-404 del 26 de mayo de 2022, C-435 del 6 de julio de 2022, C-455 del 15 de julio de 2022, C-465 del 21 de julio de 2022, C-559 del 2 de septiembre de 2022, C-576 del 25 de septiembre de 2022, C-588 del 21 de septiembre de 2022, C-682 del 19 de octubre de 2022, C-717 del 31 de octubre de 2022, C-718 del 31 de octubre de 2022, C-729 del 28 de noviembre de 2022, C-730 del 3 de noviembre de 2022, C-740 del 31 de octubre de 2022, C-940 del 29 de diciembre de 2022, C-971 del 28 de febrero de 2023, C-972 del 8 de febrero de 2023 y C-068 del 9 de marzo de 2023, C-40 del 22 de marzo de 2023, C-068 de 9 de marzo de 2023, C-094 de 4 de mayo de 2023 y C-117 de 21 de abril de 2023, analizó los convenios solidarios, su alcance y su régimen contractual[[1]](#footnote-2). La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente de acuerdo con las preguntas realizadas.

Por su parte, sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 se ha pronunciado 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 y C-726 del 24 de enero de 2022, C-002 del 15 de febrero de 2022, C005 del 16 de febrero de 2022, C-009 del 15 de febrero de 2022, C-014 del 18 de febrero de 2022, C-022 del 21 de febrero de 2022, C-023 del 22 de febrero de 2022, C-008 del 24 de febrero de 2022, C-045 del 3 de marzo de 2022, C-064 del 8 de marzo de 2022, C-072 del 11 de marzo de 2022, C-109 del 14 de marzo de 2022, C-073 del 14 de marzo de 2022, C-075 del 10 de marzo de 2022, C-077 del 17 de marzo de 2022, C-092 del 16 de marzo de 2022, C-094 del 16 de marzo de 2022, C-096 del 22 de marzo de 2022, C-097 del 18 de marzo de 2022, C-098 del 9 de marzo de 2022, C-099 del 22 de marzo de 2022, C-102 del 22 de marzo de 2022, C-107 del 18 de marzo de 2022, C-111 del 22 de marzo de 2022. C-115 del 22 de marzo de 2022, C-116 del 18 de marzo de 2022, C-127 del 22 de marzo de 2022, C-164 del 22 de marzo de 2022 y C-608 del 23 de septiembre de 2022,C-027 de 22 de marzo de 2023, C-049 de 13 de abril de 2023, C-075 de 25 de abril de 2023, C- 076 de 25 de abril de 2023, C-098 de 4 de mayo de 2023, C-115 de 8 de mayo de 2023, C-116 de 8 de mayo de 2023, C-118 de 9 de mayo de 2023, C-145 de 18 de mayo de 2023, C-134 de 26 de mayo de 2023 y C-149 de primero de junio de 2023, entre otros. Finalmente, sobre la aplicación de la Ley de Garantías Electorales en los convenios solidarios esta Agencia se pronunció en los conceptos C-040 de 24 de marzo de 2023 y C-052 de 21 de abril de 2023. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación, y de igual forma, se complementa en lo pertinente.

**2.1. Alcance de la restricción para celebrar de convenios o contratos interadministrativos prevista en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005**

En primer lugar, es importante indicar que la Ley 996 de 2005, conocida como “Ley de Garantías Electorales”, tiene como fin 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-3). 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-4)

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, 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-5) y del Consejo de Estado[[5]](#footnote-6), 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-7)

De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. 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 alteren 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 territorial, como por ejemplo, las que se van a llevar a cabo en este año 2023.

Para el caso en específico de su consulta, 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”[[7]](#footnote-8).

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado comparte la distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate. Sobre el tema 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.”[[8]](#footnote-9)

De conformidad con lo anterior, la prohibición del parágrafo del artículo 38, la cual debe observarse para este año, prohíbe en materia de contratación estatal, la celebración únicamente de convenios o contratos interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas[[9]](#footnote-10).

Ahora bien, para determinar el alcance de la prohibición consagrada por la Ley de Garantías Electorales, conviene precisar la tipología de convenios o contratos interadministrativos. Aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[10]](#footnote-11). De acuerdo con lo anterior, 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 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

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 con pluralidad de oferentes[[11]](#footnote-12). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

La Corte Constitucional expresó en la Sentencia C–671 de 2015 que “Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública”. Así las cosas, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público.

Vale la pena resaltar que el legislador y el ordenamiento jurídico, en general, en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[12]](#footnote-13). Incluso, la Corte Constitucional fundamenta la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos de forma directa, con fundamento en la causal establecida en la Ley 1150 de 2007 respecto a los contratos interadministrativos[[13]](#footnote-14).

En desarrollo de lo anterior, se destaca que la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, pese a reconocer que se han realizado algunas distinciones jurisprudenciales en torno a los contratos y convenios interadministrativos, relacionados con el alcance de las obligaciones que los caracterizan, señala que no existe una definición legal que diferencie los conceptos de convenio o de contrato. En tal sentido, de acuerdo con las consideraciones expuestas en este numeral los asimila para efectos de aplicar las disposiciones que tangencialmente se refieren a uno u otro vocablo, por ejemplo, lo que resulta bastante relevante para este concepto, para la aplicación de la Ley de Garantías Electorales. En este sentido, la Circular, refiriéndose al parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, expresa:

“Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos. Toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin, se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas.

No obstante, por vía jurisprudencial se ha establecido que en los contratos interadministrativos existe una contraprestación directa a favor de la entidad que ha entregado el bien o prestado el servicio a la Entidad contratante, habilitado para ello por su objeto legal como entidad ejecutora, como quiera que las obligaciones asignadas legalmente a aquella entidad pública están directamente relacionadas con el objeto contractual. Por su parte, en los convenios interadministrativos las entidades se asocian con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, sin que exista una contraprestación para ninguna de las entidades ni la prestación de un servicio a cargo de alguna de ellas y en favor de la otra parte del convenio.

En el contexto de la Ley de Garantías, las restricciones además de propender por la igualdad de los candidatos están encaminadas a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, lo cual se puede lograr a través de contratos o convenios. En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción de contratos y/o convenios, que para efectos de la Ley de Garantías tienen la misma connotación y propósito.”

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión en el sentido de que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. Además, como se indicó en la Circular citada, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio, por lo que se partió de su asimilación para la aplicación de la Ley de Garantías Electorales. En tal sentido, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido se logre inferir que se le quiere otorgar un contenido en particular, pues como se expresó, el legislador utiliza estos conceptos de forma indistinta.

Conforme a lo expuesto, a partir del 29 de junio de 2023, en virtud del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. En este sentido, los municipios no podrán celebrar tales convenios o contratos durante el periodo de aplicación de la Ley de Garantías Electorales, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción alguna frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto. De esta manera, la prohibición aplica a todos los contratos o convenios interadministrativos, esto quiere decir, los celebrados entre entidades estatales, con independencia de que estén o no precedidos de un procedimiento de selección con pluralidad de oferentes. Esto por cuanto, como se indicó, el contrato o convenio interadministrativo no se define por la modalidad de selección, sino por la naturaleza pública de quienes lo celebran, es decir, por un criterio orgánico.

Bajo estas consideraciones, corresponde a cada entidad pública, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos, determinar si es procedente o no la celebración de un determinado contrato o convenio en específico.

**2.2. Aplicación de los convenios solidarios y los organismos de acción comunal de conformidad con la Ley 136 de 1994**

El artículo 38 de la Constitución Política, estableció la obligación de “garantizar el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”*,* en aras de contar con una sociedad civil más participativa. De igual forma, los artículos 103 y 355 superior permitieron que las organizaciones civiles previstas por el constituyente no solamente puedan ejercer una labor de vigilancia y control, sino que también se prevé su intervención en la actividad estatal. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-580 de 2001, realizó un análisis del desarrollo comunitario de los organismos de acción comunal, concluyendo que su proceso social va de la mano con la acción participativa de la comunidad, en tanto que impulsa al individuo a involucrarse en su contexto detectando necesidades de su comunidad y ayudando a solucionarlas[[14]](#footnote-15).

Es así como, en desarrollo del principio de participación, el artículo 7 de la Ley 2126 de 2021 dispuso cuatro grados de organismos de acción comunal[[15]](#footnote-16).En el primer grado se clasifican a las Juntas de Acción Comunal y las Juntas de Vivienda Comunal. Las primeras de ellas fueron definidas como “*una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio*”, y así mismo dicha norma contempló que dicha organización se encuentra integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para“*procurar un* *desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa*.”[[16]](#footnote-17) Por su parte, las Juntas de Vivienda Comunal, fueron definidas como *“una organización cívica sin ánimo de lucro, integrada por familias que se reúnen con el propósito de adelantar programas de mejoramiento o de autoconstrucción de vivienda*” y una vez concluido el programa se podrán asimilar a la Junta de Acción Comunal siempre y cuando cumplan los requisitos de Ley.

En desarrollo de ese ejercicio democrático, el artículo 16 *ibidem* dispuso como funciones de los organismos de acción comunal promover y fortalecer en el individuo, el sentido de pertenencia frente a su comunidad, localidad, distrito o municipio a través del ejercicio de la democracia participativa, y en virtud a ello generar procesos comunitarios como la formulación, ejecución y administración, entre otros, de planes, programas y proyectos de desarrollo comunitario, por lo que se encuentran facultadas para celebrar contratos con entidades del estado, empresas públicas y privadas del orden internacional, nacional, departamental, distrital, municipal y local, hasta de menor cuantía, con el fin de impulsar planes, programas y proyectos acordes con los planes comunales y comunitarios de desarrollo territorial..

De igual forma, la Corte Constitucional en sentencia C-106 de 2016 señaló que la Junta de Acción Comunal constituye una gran oportunidad, para que sus miembros no solo puedan colaborar en la promoción del desarrollo económico y en la realización de pequeñas y medianas obras públicas, sino que además es una oportunidad para desarrollar habilidades administrativas y de gestión en su comunidad[[17]](#footnote-18).

Ahora bien, la contratación estatal con entidades privadas sin ánimo de lucro encuentra su fundamento en el artículo 355 de la Constitución Política, el cual, tras proscribir cualquier tipo de donación por parte del Estado a personas de derecho privado, dispone que “El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo […]”. A su vez, el referido mandato constitucional faculta al Gobierno Nacional para reglamentar la materia.

En concordancia con lo establecido en el artículo 355, la Ley 136 de 1994 introdujo un tipo especial de contratación cuyo objetivo consiste en la celebración de convenios solidarios. En congruencia con la conceptualización del acápite precedente, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo tercero del artículo 3 del referido cuerpo normativo, los convenios solidarios se definen como “*la complementación de esfuerzos institucionales, comunitarios, económicos y sociales para la construcción de obras y la satisfacción de necesidades y aspiraciones de las comunidades*”. En este sentido, reiterando la tesis expuesta por esta Agencia en el Concepto C-140 del 31 de abril de 2020, el artículo tercero de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 1551 de 2012, determina tres (3) alternativas mediante las cuales las entidades territoriales pueden celebrar convenios solidarios con organismos de acción comunal, las cuales se enlistan a continuación:

i) En primer lugar, las entidades territoriales del orden municipal o distrital pueden celebrar convenios solidarios con organismos de acción comunal “[…] para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos, acorde con sus planes y desarrollos”[[18]](#footnote-19).

ii) En segundo lugar, existe la opción, establecida en el parágrafo cuarto de la norma en cita, consistente en que las entidades territoriales del orden departamental y municipal podrán celebrar directamente convenios solidarios con juntas de acción comunal para la ejecución de obras hasta por la mínima cuantía.

iii) En tercer lugar, la Ley 1955 de 2019 introdujo un quinto parágrafo al artículo tercero, mediante el cual se permite la celebración de convenios solidarios entre entidades del orden nacional y los organismos de acción comunal, en aras de ejecutar proyectos previstos en el Plan Nacional de Desarrollo.

Existen características que se encuentran presentes en los tres (3) regímenes de contratación aplicables y que están contenidas en el parágrafo tercero del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, en consonancia con el artículo 355 de la Constitución Política. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que todos los convenios solidarios celebrados entre entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal y los organismos de acción comunal deben satisfacer las necesidades y aspiraciones de las comunidades, estar encaminados a la satisfacción del interés público, y ser concordantes con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, según el caso.

De esta manera, habiendo abordado las características generales aplicables a la celebración de cualquier convenio solidario, debe destacarse que el *primer régimen* encuentra su fundamento en el parágrafo cuarto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994. Como se indicó, este determina una sub-regla de contratación prevalente por su especificidad. Para la aplicabilidad de este régimen es necesario que concurran los siguientes requisitos: i) que las partes intervinientes sean, por un lado, entes territoriales del orden departamental o municipal y, por otro, juntas de acción comunal; ii) que el objeto contractual consista en la ejecución de obras; y, iii) que el contrato no supere la mínima cuantía. De concurrir las anteriores circunstancias, la norma autoriza la contratación directa entre la entidad territorial y la respectiva junta de acción comunal previamente legalizada y reconocida ante los organismos competentes, procedimiento contractual que se encuentra desarrollado en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias. En todo caso, esta contratación debe tomar como personal para la ejecución de la obra a los habitantes de la comunidad. Sin embargo, como se expondrá más adelante, el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021 amplió esta subregla en cuanto a los sujetos aplicables, condiciones y la cuantía del contrato.

Un *segundo* *régimen* o modalidad de contratación se encuentra prevista en el Decreto 092 de 2017, exceptuando lo consignado en su artículo quinto, pues versa sobre convenios de asociación. Este decreto desarrolla, en términos generales, la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política, la cual, en concordancia con el numeral 16 y el parágrafo tercero del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, puede manifestarse a través de convenios solidarios.

En este sentido, el régimen especial y preferente previsto en el Decreto 092 de 2017 para la celebración de convenios solidarios será aplicable cuando se reúnan los siguientes requisitos: i) que las partes intervinientes sean, de un lado, entidades territoriales del orden nacional, departamental, distrital o municipal y, de otro, organismos de acción comunal de reconocida idoneidad; ii) que el objeto del contrato esté dirigido al impulso de programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo aplicable; iii) que el contrato no refleje relaciones conmutativas que impliquen contraprestaciones para la entidad del Estado; y iv) que la entidad del Estado no imparta instrucciones precisas para la ejecución del objeto convenido.

Así las cosas, en caso de que concurran los requisitos antes enunciados, se aplicará al proceso de planeación, selección y contratación el procedimiento previsto en el Decreto 092 de 2017 y, en lo no previsto en este, se complementará con las normas previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–, con base en las remisiones efectuadas en los artículos séptimo y octavo del citado Decreto.

*Por último*, en armonía con la modificación realizada por la Ley 1955 de 2019, se presenta un *tercer régimen*, que encuentra su fundamento en los parágrafos tercero y quinto del artículo tercero de la Ley 136 de 1994. Retomando los Conceptos de esta Agencia[[19]](#footnote-20), se ha considerado que estas normas deben interpretarse armónicamente con lo dispuesto en el artículo 141 de la precitada Ley[[20]](#footnote-21) y el artículo 55 de la Ley 743 de 2002[[21]](#footnote-22) –norma vigente hasta la expedición de la Ley 2166 de 2021–. En virtud de tales disposiciones normativas, las organizaciones comunitarias cuentan con la posibilidad de “vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal mediante la participación en el ejercicio de las funciones, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada”. Para ese efecto, se aplicarán los artículos 375 a 378 del Decreto 1333 de 1986 así como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta modalidad de contratación resulta aplicable a todos los casos no reglamentados a través de normas específicas en los que: i) se vinculen entidades del orden nacional, municipal o distrital y organizaciones comunales; ii) se cumpla con el objetivo planteado en el parágrafo tercero del artículo tercero de la Ley 136 de 1994, en consonancia con el artículo 355 constitucional; y iii) no exista otra forma especial de contratación.

Como se observa, cada alternativa contempla su propio régimen jurídico para efectos de la gestión contractual. En este contexto, como exigencia acorde a los principios de la función administrativa, la planeación impone el deber de realizar estudios previos y análisis del sector económico, pues son los insumos para determinar desde el punto de vista técnico tanto las necesidades prioritarias como los presupuestos estimados de cada proyecto. Por otra parte, además de lo que explicará en el próximo acápite sobre la contratación de los parágrafos tercero y quinto del artículo tercero de la Ley 136 de 1994, cada una de ellas precisa el procedimiento de selección aplicable, aclarando que este se rige por las normas de la contratación directa en el primer régimen y que, para efectos del segundo, el procedimiento será competitivo o no competitivo de acuerdo con los previsto en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017[[22]](#footnote-23).

Por otro lado, sin perjuicio de las particularidades del supuesto previsto en el precitado artículo 141 del Ley 136 de 1994, el régimen de garantías se incorpora bien sea directamente a través del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o a través de remisiones como las previstas en el artículo 8 del Decreto 092 de 2012[[23]](#footnote-24), aspecto que también se extiende al régimen sancionatorio contractual en caso de responsabilidad por incumplimiento. Finalmente, respecto a la supervisión, inciso segundo del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 es una norma de aplicación transversal al sistema de compras públicas, pues dispone “[…] la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos”; razón por la cual, de acuerdo con la línea consolidada de esta Agencia, los supervisores deben ser funcionarios de planta, por lo que los contratistas únicamente intervienen en labores autorizadas por la norma[[24]](#footnote-25).

Las anteriores precisiones son importantes para el objeto de la consulta puesto que, como se analizará a continuación, los tres (3) regímenes de contratación aplicables en los convenios solidarios celebrados con organismos de acción comunal se mantienen actualmente. Sin embargo, de acuerdo con las previsiones de la Ley 2166 de 2021, se presentan algunas variaciones en relación con el contenido de estos convenios.

**2.3. Convenios solidarios con organismos de acción comunal bajo la** **Ley 2166 de 2021 y el Decreto 142 de 2023. Especial referencia a la acreditación de la capacidad jurídica y técnica**

Con la expedición de la Ley 2166 de 2021 se deroga la Ley 743 de 2002, se desarrolla el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal y se establecen lineamientos para la formulación e implementación de la política pública de los organismos de acción comunal y de sus afiliados. De acuerdo con el artículo 1 de dicho cuerpo normativo esta ley tiene por objeto “promover, facilitar, estructurar y fortalecer la organización democrática, moderna, participativa y representativa de la acción comunal en sus respectivos grados asociativos y, a la vez, pretende establecer un marco jurídico para sus relaciones con el Estado y con los particulares, así como para el cabal ejercicio de derechos y deberes”.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 95 de dicha ley contempla la celebración de directa de convenios solidarios entre organismos de acción comunal y “los entes territoriales del orden Nacional, Departamental, Distrital y municipal” prescribiendo lo siguiente:

“Artículo 95. Convenios Solidarios. Se autoriza a los entes territoriales del orden Nacional, Departamental, Distrital y municipal para celebrar directamente convenios solidarios con los Organismos de Acción Comunal con el fin de ejecutar obras hasta por la menor cuantía. Para la ejecución de estas deberán contratar con los habitantes de la comunidad.

Parágrafo 1. Los entes territoriales podrán incluir en el monto total de los Convenios Solidarios los costos directos, los costos administrativos y el Subsidio al dignatario representante legal para transportes de que trata la (SIC) el literal c) del artículo 38 de la presente ley.

Parágrafo 2. Adicional del monto del Convenio Solidario, los entes territoriales deberán contar o disponer de personal técnico y administrativo-contable, para supervisar y apoyar a los Organismos de Acción Comunal en la ejecución de las obras”[[25]](#footnote-26).

Según se evidencia, esta norma desarrolla las siguientes reglas: i) Las “entidades territoriales del orden Nacional, Departamental, Distrital y municipal” y los organismos de acción comunal podrán celebrar directamente convenios solidarios, es decir, la modalidad de contratación establecida para este caso es la contratación directa. Para el efecto, debe tenerse en cuenta la clasificación que realiza el artículo 7 de la Ley 2166 de 2021 de los organismos de acción comunal, de manera que la celebración de estos convenios puede realizarse con cualquiera de los organismos de acción comunal allí contemplados, pues la norma se refiere de forma general a los *organismos de acción comunal*[[26]](#footnote-27).

ii) Estos convenios solidarios deben tener por objeto únicamente la ejecución de obras. Esto significa que no pueden desarrollarse otros objetos distintos a la obra con fundamento en este artículo.

iii) El convenio solidario tiene un límite consistente en que no podrá exceder la menor cuantía de la entidad. Por tanto, los sujetos señalados en la norma están facultados para celebrar estos convenios por la mínima o la menor cuantía de la entidad, para lo cual se atenderá lo previsto en el literal b) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 para determinar el tope de la menor cuantía de la entidad estatal.

iv) Para la ejecución de las obras se establece el deber de contratar con los habitantes de la comunidad.

v) En el valor total del convenio la entidad podrá incluir los costos directos, los costos administrativos y el subsidio al dignatario representante legal para transportes de que trata el literal c) del artículo 38 de la Ley 2166 de 2022. Estos costos deberán incluirse en el ejercicio de planeación que realice la entidad y estar debidamente justificados.

vi) Las entidades deberán contar con personal técnico y administrativo-contable para apoyar y supervisar a los organismos de acción comunal durante la ejecución de las obras.

Como se observa, el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021 determina la celebración por contratación directa de convenios solidarios. Este régimen de contratación, como se explicó, ya se había contemplado inicialmente en el parágrafo 4 del artículo 3 de la Ley 136 de 1994. Sin embargo, el contenido del artículo 95 es más amplio en relación con los sujetos, la cuantía del contrato y la ejecución de dichos convenios. En efecto, el artículo 95 incluye a los “entes territoriales del orden Nacional, Departamental, Distrital y municipal” y a los “organismos de acción comunal”. Es decir, conforme a esta Ley podrán celebrar convenios solidarios directamente no solo los entes territoriales del orden departamental, municipal y distrital sino también las entidades del orden nacional y se podrán celebrar con todos los organismos de acción comunal y no únicamente con las juntas de acción comunal. Además, se amplía la cuantía de los convenios permitiendo que se contraten hasta por la menor cuantía y no solo por la mínima cuantía. En cuanto al objeto, las normas son claras en señalar que se trata de la ejecución de obras. Por lo demás, dichos aspectos se sintetizan en el desarrollo reglamentario del Decreto 142 de 2013, el cual adiciona el artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015 en los siguientes términos:

“Artículo 2.2.15.1.2. Convenios solidarios para la ejecución de obras. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, solo podrán celebrar de manera directa convenios solidarios para la ejecución de obras los entes territoriales del orden nacional, departamental, distrital y municipal con los organismos de acción comunal. El valor de tales convenios no podrá exceder la menor cuantía de la entidad estatal involucrada.

Estos convenios solidarios solo podrán tener por objeto la ejecución de obras. Para la ejecución de estas obras los Organismos de Acción Comunal deberán procurar vincular a los habitantes de la comunidad”.

En relación con los sujetos, es importante señalar que, aunque la norma de forma imprecisa incluye como parte de los “entes territoriales” a las entidades del orden nacional[[27]](#footnote-28), a nuestro juicio su intención no es otra que incluir a las entidades del orden nacional dentro de los sujetos que pueden celebrar estos convenios solidarios con los organismos de acción comunal. Esta interpretación resulta coherente con lo señalado en el trámite legislativo en el Congreso de la República de la Ley 2166 de 2021, conforme al cual esta iniciativa legislativa pretende fortalecer las organizaciones comunales “incentivando la formulación y ejecución de los Planes de Desarrollo Estratégicos Comunales y *su capacidad de contratación social con el Estado* a través de herramientas que beneficien el desarrollo de los territorios y sus comunidades”[[28]](#footnote-29) (Énfasis por fuera de texto). Asimismo, el artículo 1 de la Ley 2166 de 2021 señala como objetivo de esta “establecer un marco jurídico para sus relaciones con el Estado y con los particulares, así como para el cabal ejercicio de derechos y deberes”. De esta manera, el artículo 95 *ibidem* desarrolla estos objetivos *y* permite la celebración de convenios solidarios con entidades territoriales del orden departamental, municipal y distrital, así como con las entidades del orden nacional.

En este sentido, el régimen de contratación directa de los convenios solidarios señalado en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021 únicamente puede realizarse conforme a lo dispuesto en dicha norma, de manera que no podrá extenderse a otros objetos distintos al de obra, siempre que se cumplan con los demás presupuestos indicados.

Lo anterior, sin perjuicio de la celebración de convenios solidarios con los organismos de acción comunal mediante los otros dos (2) regímenes señalados en el numeral 2.2 de este concepto, esto es, el previsto en el Decreto 092 de 2017; y el que se fundamenta en los parágrafos tercero y quinto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, los cuales deben interpretarse armónicamente con lo dispuesto en el artículo 141 de la precitada Ley y, actualmente, con el artículo 63 de la Ley 2166 de 2021[[29]](#footnote-30).

A este respecto, es preciso señalar que conforme con el artículo 63 de la Ley 2166 de 2021 las organizaciones comunales cuentan con la posibilidad de vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal mediante la participación en el ejercicio de las funciones, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada. El tenor literal de este artículo es el siguiente:

“Artículo 63. Conforme con el artículo [141](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0136_1994_pr002.html#141) de la Ley 136 de 1994, los organismos comunales podrán vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal, mediante su participación en el ejercicio de sus funciones, la prestación de bienes y servicios o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada. Los contratos o convenios que celebren con los organismos comunales se realizarán de acuerdo con la ley y sus objetivos, se regularán por el régimen vigente de contratación para organizaciones solidarias.

Parágrafo 1o. Los organismos de Acción Comunal podrán contratar con las entidades territoriales hasta por la menor cuantía de dicha entidad de conformidad con la ley.

Parágrafo 2o. Los denominados convenios solidarios y contratos interadministrativos de mínima, que trata el presente artículo también podrán ser celebrados entre las entidades del orden nacional, departamental, distrital, local y municipal y los organismos de acción comunal para la ejecución de proyectos incluidos en el respectivo Plan Nacional de Desarrollo o para la ejecución de los proyectos derivados del Acuerdo Final de Paz, como lo son, los Programas de Desarrollo con Enfoque territorial o los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) o la Hoja de Ruta Única de que trata el artículo [281](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019_pr005.html#281) de la Ley 1955 de 2019.”

Es necesario tener en cuenta que esta disposición contempla supuestos distintos al establecido en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021. En efecto, el parágrafo 2 del artículo 63 *ibidem* permite la celebración de convenios solidarios con organismos de acción comunal con la finalidad de que estos se vinculen al desarrollo y mejoramiento municipal mediante: i) su participación en el ejercicio de sus funciones, ii) la prestación de bienes y servicios o iii) la ejecución de obras públicas cargo de la administración central o descentralizada. Además, con fundamento en este artículo, las entidades del orden nacional, departamental, distrital, local y municipal y los organismos de acción comunal podrán ejecutar los proyectos incluidos en el respectivo Plan Nacional de Desarrollo o para la ejecución de los proyectos derivados del Acuerdo Final de Paz, como lo son, los Programas de Desarrollo con Enfoque territorial o los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) o la Hoja de Ruta Única de que trata el artículo [281](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019_pr005.html#281) de la Ley 1955 de 2019. Como se observa, la norma señalada contempla diversos objetos para la celebración de convenios solidarios, mientras que en contraste el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021 permite la ejecución de obras. De hecho, este aspecto también fue reglamentado por el Decreto 142 de 2023, el cual adiciona el artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015 prescribiendo lo siguiente:

“Artículo 2.2.15.1.3. Convenios solidarios para el desarrollo de programas. En el marco de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 3° de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 6° de la Ley 1551 de 2012, y el parágrafo 2° del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021 entidades del orden nacional, departamental, distrital, local y municipal 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.

El objeto de estos convenios solidarios debe estar dirigido al impulso de programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo territoriales o el plan nacional de desarrollo. En consideración a este alcance es necesario que previo al proceso de planeación, selección y contratación, se verifique que el objeto derive de una consagración expresa en el instrumento de planificación de la escala respectiva”.

Aunado a lo anterior, para la celebración de dichos convenios el inciso primero del citado artículo 63 remite al artículo 141 de la Ley 136 de 1994, en virtud del cual “Los contratos o convenios que se celebren en desarrollo del artículo anterior, se sujetarán a lo dispuesto por los artículos [375](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1333_1986_pr008.html#375) a [378](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1333_1986_pr008.html#378) del Decreto 1333 de 1986 y la Ley [80](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#inicio) de 1993”. En este sentido, retomando las consideraciones de los conceptos de esta Agencia, en este caso resulta aplicable el tercer régimen expuesto, es decir, lo anterior implica que los convenios solidarios que se celebren con fundamento el artículo 63 de la Ley 2166 de 2021 deben interpretarse armónicamente con el artículo 141 de la Ley 136 de 1994 y los parágrafos tercero y quinto del artículo tercero de la Ley 136 de 1994, por lo que deberá aplicarse lo dispuesto en los artículos 375 a 378 del Decreto 1333 de 1986 y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. No obstante, se considera que en el caso en que el objeto del convenio involucre únicamente la ejecución una obra por parte de la organización comunal, sin superar el monto de la menor cuantía, la entidad podrá aplicar el régimen previsto en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021 y cumplir con los presupuestos allí contemplados.

Así las cosas, cuando inciso primero del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021 establece que “Los contratos o convenios que celebren con los organismos comunales se realizarán de acuerdo con la ley y sus objetivos, se regularán por el régimen vigente de contratación para organizaciones solidarias” debe interpretarse armónicamente con lo dispuesto por el artículo 141 de la Ley 136 de 1994 –al que hace referencia el mismo artículo 63–, de manera que su contratación debe sujetarse a los artículos 375 a 378 del Decreto 1333 de 1986 y al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En este contexto, según el artículo 376 del Decreto 1333 de 1986, “Los contratos que celebren los Municipios en desarrollo del artículo 375 no estarán sujetos a formalidades o requisitos distintos de los que la ley exige para la contratación entre particulares, ni requerirán de la revisión que ordena el Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, contendrán las cláusulas que la ley prevé sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales, multas, garantías, sujeción de los pagos a las apropiaciones presupuestales y caducidad. La verificación de su cumplimiento estará a cargo del interventor que designe el alcalde o representante legal de la entidad descentralizada, según el caso”[[30]](#footnote-31).

Ahora bien, el parágrafo primero del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021 dispone que los organismos de acción comunal podrán contratar con las entidades territoriales hasta por la menor cuantía de dicha entidad de conformidad con la ley. Por su parte, el parágrafo segundo se refiere a la facultad que tienen las entidades del orden nacional, departamental, distrital, local y municipal y los organismos de acción comunal para celebrar convenios solidarios con el fin de ejecutar los proyectos allí señalados. De lo anterior se desprende que los parágrafos primero y segundo dan alcance a lo señalado en el inciso primero del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021. De esta manera, esta Agencia considera que cuando el parágrafo segundo extrañamente se refriere a los “contratos interadministrativos de mínima” es posible colegir que se hace referencia a los convenios solidarios precisamente para destacar que estos pueden celebrarse con las entidades estatales señaladas en dicho parágrafo. Sin embargo, se aclara que, a juicio de esta Agencia, lo señalado en el parágrafo segundo no se trata de una tipología adicional a las existentes en el ordenamiento jurídico y no se advierte que el legislador hubiese querido crear una tipología o modalidad adicional, máxime cuando el parágrafo se integra al contenido del artículo 63.

Por ello, considerando la naturaleza jurídica de las partes, los convenios solidarios entre las entidades estatales y los organismos de acción comunal no se calificarían como contratos o convenios interadministrativos. Al respecto, 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, aunque los convenios solidarios tienen el propósito de cooperación explicado en el acápite 2.2, no corresponden a la categoría definida en el 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, pues –tomando en consideración lo señalado en el artículo 7 de la Ley 2166 de 2021– no implica una contratación entre autoridades del Estado, sino un negocio jurídico entre una entidad estatal y una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro. Bajo estas consideraciones, es viable concluir que la intención del legislador en relación con los parágrafos del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021 consiste en precisar las facultades que tienen las entidades estatales allí señaladas para la celebración de convenios solidarios con los organismos de acción comunal, sin que ello signifique la creación de una tipología contractual distinta.

Adicionalmente, además de que cada organismo debe acreditar su existencia y representación legal en los términos del artículo 78 de la Ley 2166 de 2021[[31]](#footnote-32), teniendo en cuenta la naturaleza de las Juntas de Acción Comunal y la incidencia que en ellas tiene el principio de participación, es importante realzar que la territorialidad de la cual hace parte es el único lugar en el cual puede desarrollar sus actividades, pues sólo así se garantizaría una verdadera participación de la comunidad en la formulación, ejecución y administración de planes, programas y proyectos en su territorio, por lo que resultaría contrario al principio de participación que las Juntas de Acción Comunal pudieran ejecutar contratos en sitios donde no tienen representación participativa. De esta forma, el desarrollo normativo que trajo consigo la Ley 2166 de 2021 con el objetivo de promover, facilitar, estructurar y fortalecer la organización democrática, moderna, participativa y representativa de la acción comunal en sus respectivos grados asociativos, dispuso en su artículo 7 una nueva definición de Junta de Acción Comunal:

“ARTÍCULO 7. Organismos de la acción comunal.

a) Son organismos de acción comunal de primer grado las juntas de acción comunal y las juntas de vivienda comunal. La junta de acción comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa”.

Asimismo, el artículo 9 *ibidem* dispuso que *“cada organismo de acción comunal desarrollará sus actividades dentro de un territorio delimitado”,* indicando las orientaciones para dicha limitación. Es así como en las capitales de departamentos y en la ciudad de Bogotá, D. C., se podrá constituir una junta por cada barrio, conjunto residencial, sector o etapa del mismo, según la división establecida por la correspondiente autoridad municipal o distrital. Por su parte, en las demás cabeceras de municipio y en las de corregimientos o inspecciones de policía podrá reconocerse más de una junta si existen las divisiones urbanas a que se refiere el literal anterior, por lo que en las poblaciones donde no exista delimitación por barrios la junta podrá abarcar toda el área urbana.

Dicha norma indica que en cada caserío o vereda sólo podrá constituirse una junta de acción comunal, pero la autoridad competente podrá autorizar, mediante resolución motivada, la constitución de más de una junta si la respectiva extensión territorial lo amerita. De otra parte, la Ley 2166 de 2021 trajo consigo también una regla para denominación social de estos organismos de acción comunal, señalando en su artículo 8 que dichas organizaciones conformaran su nombre legal con el de su territorio seguido del nombre de la entidad territorial a la que pertenezca y en la cual desarrolle sus actividades.

De lo anterior se concluye, que con base en el principio de participación, el objeto social de las Juntas de Acción Comunal está definido y limitado a la territorialidad a la cual pertenece y tiene jurisdicción, por lo tanto no podrá ejecutar actividades por fuera de esta, pues sólo así se garantizaría que el desarrollo de la comunidad, se dé a través de un proceso territorial que integren los esfuerzos de su población, organismos y el Estado, para mejorar la calidad de vida de las comunidades, fortaleciendo así la construcción de las mismas, a partir de los planes de desarrollo comunales y comunitarios construidos y concertados por los afiliados a los organismos comunales, en articulación con las autoridades de cada uno de sus territorios.

Por lo demás, en lo que respecta a la capacidad técnica del organismo de acción comunal, es necesario tener en cuenta que –de acuerdo en lo explicado en el apartado 2.1– el convenio solidario se suscribe en ámbito de colaboración institucional. De adoptar una forma contractual, como ocurre en los procedimientos adelantados a través del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la sujeción del contratista a la entidad justifica requisitos estrictos para la validación de la experiencia, pues es este último quien se encargará de la ejecución de las obligaciones. No obstante, en los convenios autorizados por la Ley 136 de 1994 y sus normas complementarias, las partes actúan en un ámbito de colaboración, por lo cual –de acuerdo con las capacidades de cada externo de la relación– ambas deben aunar sus esfuerzos para satisfacer la necesidad conjunta.

Esto se observa, por ejemplo, para efectos del artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, pues dispone que *“Los entes territoriales podrán incluir en el monto total de los Convenios Solidarios los costos directos, los costos administrativos y el Subsidio al dignatario representante legal para transportes de que trata el literal c) del artículo 38 de la presente ley”* y que *“Adicional del monto del Convenio Solidario, los entes territoriales deberán contar o disponer de personal técnico y administrativo-contable, para supervisar y apoyar a los Organismos de Acción Comunal en la ejecución de las obras”*. Estos constituyen algunos de los puntos con la entidad contribuye a la ejecución del convenio, por lo que el avance no queda totalmente en cabeza del organismo de acción comunal, pues a la entidad corresponde disponer de un personal multidisciplinario para apoyar las obras, sin perjuicio de la supervisión del convenio.

En estricto sentido, desde un punto de vista jurídico, podría ser razonable afirmar que , la validación de la idoneidad a los Organismos de Acción Comunal podría realizarse a través de criterios dirigidos a medir las capacidades propias de los mismos o de quienes los conforman, en aspectos como, por ejemplo, la ejecución exitosa de convenios solidarios anteriores, la acreditación de personal profesional con experiencia en el desarrollo de obras civiles, el cumplimiento de obligaciones como mano de obra calificada o no calificada. Sin embargo, dichos criterios se deben determinar por la Entidad Estatal luego de haber adelantado el respectivo análisis para conocer el sector relativo al objeto del convenio que se pretenda celebrar. Esto último también sería congruente con lo dispuesto en el inciso primero del artículo precitado cuando dispone que “Se autoriza a los entes territoriales del orden nacional, departamental, distrital y municipal para celebrar directamente convenios solidarios con los Organismos de Acción Comunal con el fin de ejecutar obras hasta por la menor cuantía. *Para la ejecución de estas deberán contratar con los habitantes de la comunidad*” (Énfasis fuera de texto).

De acuerdo con esto, la atribución de obligaciones a los Organismos de Acción Comunal en el marco de convenios solidarios para la ejecución de obras necesariamente debe ir en sintonía con la idoneidad que puedan demostrar para asumir las mismas. En ese sentido, no sería adecuado, salvo mejor concepto, atribuir la obligación de dirigir la ejecución de los trabajos materiales de obra a un Organismo de Acción Comunal que nunca haya ejecutado antes una obra o que no cuente dentro de su estructura con un profesional autorizado, considerando que el artículo 18 de la Ley 842 de 2023, exige que *“Todo trabajo relacionado con el ejercicio de la Ingeniería, deberá ser dirigido por un ingeniero inscrito en el registro profesional de ingeniería y con tarjeta de matrícula profesional”.* En ese sentido, en situaciones como esta, la capacidad técnica que se requiere para garantizar el desarrollo a satisfacción de la obra civil y el legal ejercicio de la ingeniería en el marco de la misma, bien podrían entrar a ser garantizados a través de las obligaciones que asuma la entidad estatal como cooperante del Organismo de Acción Comunal, asumiendo obligaciones asociadas a los aspectos técnicos y especializados como la dirección de la obra, el suministro de la maquinaria, la contratación de mano de obra calificada y demás componentes del convenio respecto de los cuales el organismo no logre demostrar idoneidad, sin perjuicio del apoyo técnico, administrativo y contable que debe prestar la entidad estatal la ejecución de las obras, con recursos adicionales a los del convenios, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 95 de la Ley 2166 de 2021.

**2.4. Análisis de la figura de los contratos y los convenios en el ordenamiento colombiano**

Previo a referirnos al régimen de contratación de los consejos comunitarios de las comunidades negras, esta Agencia estima necesario precisar la diferencia conceptual existente entre los convenios y los contratos administrativos, con el fin de aclarar el alcance del literal M) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Esta Agencia, en múltiples ocasiones, ha sostenido, al referirse a las diferencias entre los contratos y convenios, que ambas figuras resultan “equivalentes”, dado que en el régimen normativo de la contratación estatal no existen mayores diferencias entre ellas. Por ejemplo, en el Concepto C-608 del 23 de septiembre de 2022, se expresó lo siguiente: “Es bueno destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes”.

Sin embargo, cabe aclarar que la equivalencia a la cual se hace referencia en el concepto en cita debe entenderse en el sentido de que cuando las normas que integran el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no hacen distinción entre convenios y contratos interadministrativos y, por lo tanto, se aplican tanto para ambos. Sin embargo, esto no implica asumir que los contratos y los convenios sean figuras idénticas, sino simplemente que sus diferencias, en determinados casos, no resultan relevantes o determinantes para efectos de definir la aplicación de cierta normativa, como sucede con el alcance de la Ley 996 de 2005 – Ley de garantías electorales. De hecho, la distinción también se plantea en el ámbito del derecho privado con la referencia a los contratos de contraprestación y de colaboración[[32]](#footnote-33); sin embargo, también se rigen por unos principios comunes, pues se forman por el consentimiento y de ambos se derivan el nacimiento de obligaciones para las partes. Por ello, “[…] Es evidente que el hecho de que las partes tengan intereses concordantes no implica en modo alguno que estas relaciones no quepan en el campo de la contratación […]”[[33]](#footnote-34).

En otras palabras, lo que se ha querido significar con la supuesta equivalencia entre convenio y contrato es que, si bien son institutos distintos desde el punto de vista conceptual, sus diferencias, bajo ciertas circunstancias, no resultan relevantes para aplicar determinada norma o derivar de ellos ciertos efectos. Lo anterior se corrobora con el hecho de que, inclusive, en los conceptos emitidos por esta Agencia relativos a la aplicación de la Ley de Garantías y en los que se adujo la denominada “equivalencia” se advirtió que, tanto jurisprudencial como doctrinariamente, se han hecho diferenciaciones conceptuales entre las dos figuras comentadas.

En este contexto, existen algunos supuestos bajo las cuales las diferencias entre las características propias de los contratos y convenios definen la aplicación o inaplicación de ciertas normas, ante lo cual no podrán verse como “equivalentes” sino como instituciones negociales disímiles, aunque indudablemente, con algunos atributos comunes. En otras palabras, diferenciar entre los conceptos de convenio y contrato, así como establecer con precisión las características y elementos esenciales de cada uno, resulta necesario de cara a definir la aplicación de ciertas figuras contractuales y normativas a cada uno de ellos.

Este ejercicio hermenéutico ha sido realizado por esta Subdirección en múltiples conceptos en los que ha analizado la aplicación de algunas figuras en relación con los contratos y convenios interadministrativos. Así, por ejemplo, en el C-168 del 14 de abril de 2021 se indicaron las diferencias entre los convenios y contratos a efectos de concluir la improcedencia de la liquidación unilateral en los primeros. De igual forma, esta escisión conceptual se planteó en el Concepto C-664 del 1° de septiembre de 2022, a través del cual se concluyó que el límite de la adición del valor inicial no es aplicable a los convenios que carecen de contenido patrimonial y que no están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La argumentación planteada en este último concepto se reitera y complementa a continuación con el fin de aclarar la posición de esta Agencia frente a la materia en cuestión. En el concepto citado, se indicó que la normativa en la materia no establece mayor diferenciación entre estas dos figuras jurídicas. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o, en términos generales, a los interadministrativos y no al convenio. No obstante, las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, puede entenderse que cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Además, el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que dichos acuerdos no están exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que para efectos de la modalidad de contratación representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. Así sucede también al aplicar el derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil respecto de cada una de estas figuras.

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado las distinciones conceptuales que existen entre convenios y contratos indicando que mientras en el *contrato* las finalidades de las partes divergen, en el *convenio* convergen y cooperan en función del cumplimiento eficiente de un propósito estatal común superior.

Esta diferencia está mucho más apuntalada en el derecho español de acuerdo con el artículo 47.1 de la Ley 40 de 2015, la cual regula el régimen jurídico del sector público[[34]](#footnote-35). Por ello, la doctrina extrajera también estima que: “De la figura del “contrato” se diferencia la del “convenio”. Mientras el núcleo característico del “contrato” es el contenido económico de las obligaciones que asumen las partes que lo celebran, el “convenio” tiene por objeto el desarrollo de una actividad de una actividad de colaboración interadministrativa. El convenio tiene una función esencialmente organizadora, o de promoción y fomento de actividades públicas y privadas; de forma indirecta el convenio puede tener efectos económicos, pero el fundamento de la celebración del convenio es la colaboración entre dos personas”.[[35]](#footnote-36)

En suma, el *convenio* es un negocio jurídico cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común y, por tanto, tienen intereses convergentes o coincidentes, sin que se reciba por alguna de ellas el pago de un precio o contraprestación. Por su parte, el *contrato* es un negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden estas con diversidad de intereses y en ellos existe una contraprestación directa a favor de la entidad contratista que ha entregado el bien o prestado el servicio o realizado la obra a favor de la entidad contratante.

De aquí que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[36]](#footnote-37) haya señalado la necesidad de diferenciar el régimen jurídico aplicable a ciertas situaciones específicas del convenio interadministrativo que se separan del régimen jurídico común:

“[E]s preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros), en virtud del carácter vinculante de los mismos, dentro del contexto de un ánimo de cooperación que se refleja en el plano de igualdad o equivalencia en que se celebran y ejecutan, lo que significa ausencia de prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

Ahora, dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos*, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la actualidad en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que ese Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso. En tal sentido, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no”*. (Cursiva fuera del texto original)

A juicio de la citada sala si bien existe un régimen jurídico común compuesto por las normas del EGCAP que ordenan las declaraciones de voluntad negocial de las entidades estatales -el consentimiento y los efectos de las obligaciones-, y las normas de derecho público relacionadas con la capacidad o competencia de las entidades estatales para celebrar acuerdos de voluntades -que incluyen el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés-, para el resto de asuntos regulados en el EGCAP será necesario tener en cuenta el plano de igualdad o equivalencia en el que se encuentran las partes del convenio y, por ende, la aplicabilidad de cada disposición al caso concreto.

En suma, esta Agencia aclara su postura interpretativa en el sentido de que, si bien tanto los contratos como convenios comparten características comunes, difieren en cuanto a ciertos aspectos esenciales, según lo expuesto en este concepto. Así, mientras que el *contrato* se caracteriza por su naturaleza onerosa, patrimonial y se conforma por intereses básicamente contrapuestos, los *convenios,* por su parte, tienen una finalidad asociativa perseguida por las partes suscriptoras cuyos intereses se encaminan en la misma dirección y persiguen los mismos objetivos, de conformidad con el ejercicio de las funciones y competencias que les son propias y propendiendo por la cooperación interinstitucional.

Por lo tanto, para esta Subdirección, en las disposiciones normativas contenidas tanto en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007, se debe realizar una interpretación por contexto, en virtud de lo estipulado en el artículo 30 del Código Civil, según el cual el contexto de la ley servirá “para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.”. Bajo ese criterio interpretativo, esta Agencia Considera que las expresiones de contratos y convenios serán figuras “equivalentes”, en la medida en que dicha equiparación, en el contexto en el que se emita la norma, hace referencia a la existencia de eventos en los que las distinciones conceptuales entre dichos negocios jurídicos resultan indiferentes para definir la aplicación de cierta norma o figura contractual. Si embargo, esto no implica desconocer que ambos cuentan con elementos que los diferencian y distinguen, y que, en determinados casos, sí pueden resultar relevantes y determinantes para definir el régimen normativo aplicable a uno y otro negocio jurídico.

Bajo estas consideraciones, corresponde a cada entidad, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos, determinar si es procedente o no la celebración de un determinado contrato o convenio en específico. Al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

**3. Respuesta**

“¿Existe alguna prohibición derivada de la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías), para que el Departamento del Cesar suscriba con las Juntas de Acción Comunal del Departamento convenios solidarios de los que habla la normatividad de la referencia dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de las elecciones territoriales del 2023?”

[…] El parágrafo segundo se refiere a la facultad que tienen las entidades del orden nacional, departamental, distrital, local y municipal y los organismos de acción comunal para celebrar convenios solidarios con el fin de ejecutar los proyectos allí señalados. De lo anterior se desprende que los parágrafos primero y segundo dan alcance a lo señalado en el inciso primero del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021. De esta manera, esta Agencia considera que cuando el parágrafo segundo extrañamente se refriere a los “contratos interadministrativos de mínima” es posible colegir que se hace referencia a los convenios solidarios precisamente para destacar que estos pueden celebrarse con las entidades estatales señaladas en dicho parágrafo. Sin embargo, se aclara que, a juicio de esta Agencia, lo señalado en el parágrafo segundo no se trata de una tipología adicional a las existentes en el ordenamiento jurídico y no se advierte que el legislador hubiese querido crear una tipología o modalidad adicional, máxime cuando el parágrafo se integra al contenido del artículo 63.

De conformidad con lo expuesto en este concepto, 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”. En ese sentido, la prohibición del parágrafo del artículo 38, la cual debe observarse para este año 2023, prohíbe en materia de contratación estatal, la celebración únicamente de convenios o contratos interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas.

Ahora bien, considerando la naturaleza jurídica de las partes, los convenios solidarios entre las entidades estatales y los organismos de acción comunal no se calificarían como contratos o convenios interadministrativos. Al respecto, 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, aunque los convenios solidarios tienen el propósito de cooperación explicado en el acápite 2.2, no corresponden a la categoría definida en el 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, pues –tomando en consideración lo señalado en el artículo 7 de la Ley 2166 de 2021– no implica una contratación entre autoridades del Estado, sino un negocio jurídico entre una entidad estatal y una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro.

Teniendo en cuenta lo anterior, a partir del 29 de junio de 2023, en virtud del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, prohibición que no puede hacerse extensiva a los convenios solidarios.

Bajo estas consideraciones, corresponde a cada entidad, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos, determinar si es procedente o no la celebración de un determinado contrato o convenio en específico. Al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nina María Padrón Ballestas  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó | Juan David Cárdenas Cabeza  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  Gabriel Mendoza  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE |

1. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>. [↑](#footnote-ref-2)
2. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-3)
3. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-4)
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-5)
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-6)
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-7)
7. «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)
8. 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)
9. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de2006. Radicación 11001-03-06-000-2006-00023-00(1724). Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. [↑](#footnote-ref-10)
10. 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-11)
11. 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-12)
12. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Decreto 092 de 2017, que en su desarrollo hace referencia tanto a los «contratos» como a los «convenios». [↑](#footnote-ref-13)
13. A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos». (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos). [↑](#footnote-ref-14)
14. Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en sentencia C 580 del 6 de junio de 2001, Exp O.P.047. [↑](#footnote-ref-15)
15. En el segundo grado por su parte, se clasificaron las asociaciones de juntas de acción comunal; en el tercer grado a la Federación de la acción comunal, constituida por los organismos de segundo grado y en cuarto grado al Confederación nacional de Acción comunal, constituido por los organismos de tercer grado y que posteriormente se afilien. [↑](#footnote-ref-16)
16. Artículo 8, Ley 743 de 2002 [↑](#footnote-ref-17)
17. Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en sentencia C 106 del 9 de marzo de 2016, Exp D-10894 [↑](#footnote-ref-18)
18. El numeral 16 del artículo tercero de la Ley 136 de 1994 dispone lo siguiente: “[…] 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-19)
19. Al respecto puede consultarse, entre otros, los conceptos C-155 del 14 de abril de 2021, C-364 del 28 de julio de 2021, C-394 del 17 de septiembre de 2021 y C-627 del 25 de octubre de 2021. [↑](#footnote-ref-20)
20. Ley 136 de 1994, “Artículo 141. Vinculación al desarrollo municipal: Las organizaciones comunitarias, cívicas, profesionales, juveniles, sindicales, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin ánimo de lucro y constituidas con arreglo a la ley, podrán vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal mediante su participación en el ejercicio de las funciones, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada.

    PARAGRAFO: Los contratos o convenios que se celebren en desarrollo del artículo anterior, se sujetarán a lo dispuesto por los artículos 375 a 378 del Decreto 1333 de 1986 y la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-21)
21. Ley 743 del 2002, “Artículo 55. Conforme al artículo 141 de la Ley 136 de 1994, las organizaciones comunales podrán vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal, mediante su participación en el ejercicio de sus funciones, la prestación de servicios, o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada.

    Los contratos o convenios que celebren los organismos comunales se regularán por el régimen vigente de contratación para organizaciones solidarias”. [↑](#footnote-ref-22)
22. La norma dispone que “La Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.

    En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto”. [↑](#footnote-ref-23)
23. El artículo 8 dispone del Decreto 092 de 2017 dispone que “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”. [↑](#footnote-ref-24)
24. Esta Agencia se pronunció sobre la obligación de controlar y vigilar la ejecución de los contratos estatales, en los conceptos con radicado 4201913000004799, emitido el 30 de agosto de 2019, y 4201913000008240 del 20 de diciembre de 2019; y en los conceptos C-064 del 28 de febrero de 2020, C–077 del 18 de marzo de 2020, C–150 del 18 de marzo de 2020, C–134 del 30 de marzo de 2020, C–180 del 13 de abril de 2020, C-344 de 26 de mayo de 2020, C-765 de 1 de enero de 2021, C-603 de 02 de noviembre de 2021, C-745 de 3 de febrero de 2022, C-506 del 3 de agosto de 2022, C-577 del 15 de septiembre de 2022, C-620 de 27 de septiembre de 2022 y C-830 del 28 de septiembre de 2022. [↑](#footnote-ref-25)
25. Texto tomado de la ley sancionada y publicada en la página web de la presidencia de la república, disponible en el siguiente enlace: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/leyes>. [↑](#footnote-ref-26)
26. “Artículo 7. Organismos de la Acción Comunal.

    a) Son organismos de acción comunal de primer grado las juntas de acción comunal y las juntas de vivienda comunal. La junta de acción comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa;

    b) La junta de vivienda comunal es una organización cívica sin ánimo de lucro, integrada por familias que se reúnen con el propósito de adelantar programas de mejoramiento o de autoconstrucción de vivienda. Una vez concluido el programa, la junta de vivienda comunal se podrá asimilar a la Junta de Acción Comunal definida en el presente artículo, siempre y cuando cumpla los requisitos dispuestos en la ley;

    c) Es organismo de acción comunal de segundo grado la asociación de juntas de acción comunal. Tienen la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de primer grado fundadores y los que posteriormente se afilien;

    d) Es organismo de acción comunal de tercer grado la federación de acción comunal, tiene la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de acción comunal de segundo grado fundadores y que posteriormente se afilien;

    e) Es organismo de acción comunal de cuarto grado, la confederación nacional de acción comunal, tiene la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de acción comunal de tercer grado fundadores y que posteriormente se afilien.

    PARÁGRAFO 1o. Cada organismo de acción comunal, se dará su propio reglamento conforme al marco brindado por esta ley enunciado en el artículo 1 y las normas que le sucedan.

    PARÁGRAFO 2o. Dentro del año siguiente a la expedición de la presente Ley en concertación con la organización social de la Acción Comunal, el Gobierno nacional expedirá una reglamentación para las Juntas de Vivienda Comunal”. [↑](#footnote-ref-27)
27. El artículo 286 de la Constitución política de Colombia señala que “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas”. [↑](#footnote-ref-28)
28. Informe de ponencia para primer debate del proyecto de Ley 115 de 2020 Cámara, acumulado con los proyectos de ley 269 de 2020 Cámara, 341 de 2020 Cámara, y 474 de 2020 Cámara “por medio de la cual se deroga la Ley 743 de 2002 y se desarrolla el artículo 38 Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal”. Gaceta del Congreso de la República No. 578 del 4 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.camara.gov.co/juntas-de-accion-comunal> [↑](#footnote-ref-29)
29. El inciso primero de este artículo se encontraba regulado de manera similar en el artículo 55 de la Ley 742 de 2003, norma que para efectos de la celebración de convenios solidarios con los organismos de acción comunal se interpretaba armónicamente con los parágrafos tercero y quinto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 y lo dispuesto en el artículo 141 de la precitada Ley. Este artículo disponía lo siguiente: “Conforme al artículo 141 de la Ley 136 de 1994, las organizaciones comunales podrán vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal, mediante su participación en el ejercicio de sus funciones, la prestación de servicios, o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada. Los contratos o convenios que celebren los organismos comunales se regularán por el régimen vigente de contratación para organizaciones solidarias”. [↑](#footnote-ref-30)
30. De acuerdo con lo explicado en el acápite 2.1 del presente concepto, esta norma representa una excepción a la imposibilidad de ejercer potestades exorbitantes en los convenios administrativos. [↑](#footnote-ref-31)
31. El artículo citado dispone que “Los organismos de acción comunal a que se refiere esta ley, formarán una persona distinta de sus miembros individualmente considerados, a partir de su registro ante la entidad que ejerce su inspección, vigilancia y control.

    Sus estatutos y sus reformas, los nombramientos y elección de dignatarios, los libros y la disolución y liquidación de las personas jurídicas de que trata esta ley, se inscribirán ante las entidades que ejercen su inspección, vigilancia y control.

    La existencia y representación legal de las personas jurídicas a que se refiere esta ley se aprobarán con la certificación expedida por la entidad competente para la realización del registro”.

    Dicha norma debe entenderse en concordancia con el artículo 74 de la Ley 2166 de 2021, pues también prescribe lo siguiente: “Existen dos niveles de autoridades que ejercen vigilancia, inspección y control sobre los organismos comunales, de acuerdo al grado al que pertenezcan:

    a) Primer nivel: lo ejerce Ministerio del Interior, sobre los organismos comunales de tercer y cuarto grado.

    b) Segundo nivel: lo ejercen los Departamentos, Distritos y Municipios, a través de las dependencias a las que se le asignen dichas funciones sobre los organismos comunales de primer y segundo grado”. [↑](#footnote-ref-32)
32. Por ejemplo, Peña Nossa estima que “La noción tradicional de contrato restringe su aplicación a los actos jurídicos de contraprestación, esto es, aquellos en los que solo existen dos partes, dos manifestaciones de voluntad, con intereses distintos y opuestos, en donde las obligaciones de las partes son interdependientes, esto es, en donde el objeto de la obligación de una de las partes es causa de la obligación de la otra. Como ejemplo de este tipo de actos tenemos la compraventa y el arrendamiento.

    Una concepción moderna señala que el contrato no solo recoge relaciones jurídicas de contraprestación, debido a la existencia de actos o negocios jurídicos complejos o de colaboración en los que pueden intervenir más de dos partes, que persiguen intereses comunes y por tanto colaboran en su realización. Aquí, a diferencia de lo que sucede en los actos de contraprestación, las obligaciones de las partes son autónomas e independientes, por lo que el incumplimiento de una de ellas no afecta las obligaciones de las demás, y también difiere porque la nulidad que se pronuncie con relación a una de las partes no involucra a las demás ni afecta la validez del negocio jurídico, salvo que la nulidad sea esencial para la consecución del objeto (C. de Co., art. 903). Como ejemplo de este tipo de actos tenemos el contrato de sociedad, las uniones temporales, el contrato de *joint venture,* etc.” (Cfr. PEÑA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles nacionales e internacionales. Quinta edición. Bogotá: ECOE Ediciones, 2014. Libro electrónico en formato EPUB. En el mismo sentido, ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles: teoría general del negocio mercantil. Tomo I. Decimotercera edición. Bogotá: Legis, 2012. pp. 89-91). [↑](#footnote-ref-33)
33. PLANIOL, Marcel & RIPERT, Jeorge. Tratado práctico de derecho civil francés. Tomo VI. La Habana: Cultural SA, 1940. p. 24. [↑](#footnote-ref-34)
34. La norma dispone que “Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común.

    No tienen la consideración de convenios, los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles.

    Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público”. [↑](#footnote-ref-35)
35. BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 39. [↑](#footnote-ref-36)
36. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-37)