**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Finalidad**

[…], la Ley 996 de 2005, conocida como “Ley de Garantías Electorales”, se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial. 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Tipos de restricciones** **‒** **Ámbito temporal**

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

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición por elección de cargos populares – Convenios y contratos interadministrativos – Definición – Criterio orgánico**

Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas.

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. 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.

**CONVENIOS SOLIDARIOS – Fundamento normativo**

El artículo 3.16 de la Ley 136 de 1994 se refiere a los convenios solidarios suscritos entre los municipios y distritos con los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio. Además, el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021señala que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán celebrar directamente convenios solidarios con organismos de acción comunal para la ejecución de obras hasta por la menor cuantía. Asimismo, el parágrafo 2 del artículo 63 *ibidem* permite la celebración de convenios solidarios entre entidades del orden nacional, departamental, distrital, local y municipal con los organismos de acción comunalpara 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*.*

**ORGANISMOS DE ACCIÓN COMUNAL – Organizaciones civiles y demás asociaciones residentes en el territorio – ESAL – Ley de Garantías**

[…] considerando la naturaleza jurídica de las partes, los convenios solidarios entre entidades del orden nacional y los organismos de acción comunal no se calificarían como contratos interadministrativos. Al respecto, tal y como se expuso en el numeral 2.2. de este concepto, 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.

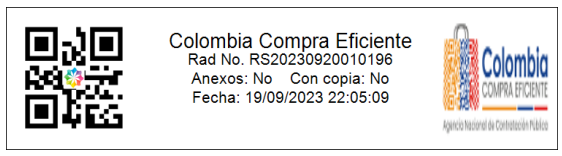
En este sentido, dichos convenios no corresponden a la categoría definida en el 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, pues –tomando en consideración el citado artículo 7 de la Ley 2166 de 2021– no implica una contratación entre autoridades del Estado sino un negocio jurídico entre una entidad territorial y una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro. Por tanto, los convenios solidarios entre las entidades nacionales y los organismos de acción comunal no están dentro de la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías, ya que –de acuerdo con la calidad de las partes– no corresponden a la tipología de contratos o convenios interadministrativos.

La misma conclusión aplica a los convenios solidarios que, conforme al artículo 3.16 de la Ley 136 de 1994, suscriban los municipios y distritos con las organizaciones civiles y demás asociaciones residentes en el territorio.

**DOCUMENTO TIPO – Convenios solidarios - Contratación directa - Ejecución de obras - Menor cuantía - Organismos de acción comunal**

Con fundamento en la competencia prevista en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, el pasado 30 de junio de 2023, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Resolución 358 de 2023 “[Por la cual se adopta el documento tipo para la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal”.](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/02._resolucion_358_de_2023_dt_-_convenios_solidarios.pdf) La Resolución señalada, consta de cuatro (4) artículos, el primero dispone a través de esta se adoptan los documentos tipo para la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal.

Bogotá D.C., 19 Septiembre 2023



Señora

**Liliana Astrid Baquero Rojas**

Presidente

**Junta de Acción Comunal Urbanización Hierbabuena**

Villavicencio, Meta

**Concepto C-380 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Tipos de restricciones ‒ Ámbito temporal / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición por elección de cargos populares – Convenios y contratos interadministrativos – Definición – Criterio orgánico / CONVENIOS SOLIDARIOS – Fundamento normativo / ORGANISMOS DE ACCIÓN COMUNAL – Organizaciones civiles y demás asociaciones residentes en el territorio – ESAL – Ley de Garantías / DOCUMENTO TIPO – Convenios solidarios - Contratación directa - Ejecución de obras - Menor cuantía - Organismos de acción comunal |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20230809014023 |

Estimada señora Baquero Rojas:

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, así como lo establecido en la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 8 de agosto de 2023.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente solicitud:

“Respetuosamente solicito que se nos informe lo siguiente:

• A la fecha SI se pueden realizar Convenios Solidarios si nos encontramos en Ley de Garantías.

• Formatos que se facilitan para esta clase de contratación con Organizaciones Comunales - MINUTA.

• Contexto de la Normatividad que aplica para los Convenios Solidarios” [SIC].

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

En virtud de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales; ii) restricciones en los comicios para cargos de elección popular; iii) alcance y ámbito de aplicación de los convenios solidarios; iv) regímenes para la celebración de convenios solidarios y su impacto en la aplicación del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales y v) Documento tipo para la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal..

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 y C-40 del 22 de marzo de 2023, analizó los convenios solidarios, su alcance y su régimen contractual.

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-052 del 21 de abril de 2023, C-358 del 19 de julio de 2023, C-320 del 2 de agosto de 2023, entre otros[[2]](#footnote-3). Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

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

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública*.* Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y en cuanto a aspectos políticos consagra restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[3]](#footnote-4).

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como “Ley de Garantías Electorales”, se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial[[4]](#footnote-5). 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 explica que la Ley de Garantías Electorales 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”[[5]](#footnote-6).

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, incluye 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[[6]](#footnote-7) y del Consejo de Estado[[7]](#footnote-8), 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”[[8]](#footnote-9).

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 altere las condiciones de igualdad entre los candidatos. Específicamente, las restricciones consagradas en la citada ley se dirigen a dos (2) tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como territorial.

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe “[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado” durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo “[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias”[[9]](#footnote-10).

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital “[…] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista”[[10]](#footnote-11).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aclarado la distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate. Al respecto, considera que:

“La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38”.[[11]](#footnote-12)

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

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

Teniendo en cuenta el objeto de la consulta y que en el presente año se desarrollaran elecciones de autoridades territoriales, tales como gobernadores, alcaldes, diputados, concejales, ediles y miembros de las juntas administradoras locales, a continuación, se analizará la prohibición contenida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales respecto a la celebración de contratos y convenios interadministrativos.

**2.2.** **Restricciones** **para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios para cargos de elección popular**

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 dispone que “[l]os 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”. Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas[[12]](#footnote-13).

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[[13]](#footnote-14). 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. De esta manera, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, el literal c) del artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007 dispone que “En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”.

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[[14]](#footnote-15). 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. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

“[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales”[[15]](#footnote-16).

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

Así las cosas, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa, pues, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de Entidades Estatales.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o en términos generales a los interadministrativos y no al convenio, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues 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, 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.

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.

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que “Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos […]”, esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del EGCAP por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que “Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las Entidades Estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]”[[16]](#footnote-17).

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena tener en cuenta que cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia han establecido algunas diferencias o caracterización de los contratos interadministrativos frente a los convenios interadministrativos de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Por ejemplo, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 2019 expresó:

“La Sala de Consulta y Servicio Civil[[17]](#footnote-18) de esta Corporación se ha referido a los *“convenios interadministrativos”* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *“puros”* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *“intercambio patrimonial”*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[[18]](#footnote-19) había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *“verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)”*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *“convenios interadministrativos”* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales”[[19]](#footnote-20) [[20]](#footnote-21).

Vale la pena reiterar 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[[21]](#footnote-22). 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[[22]](#footnote-23).

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.

Se observa entonces que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 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, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la 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.

En todo caso, es importante resaltar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que no se les aplica la restricción contemplada en el artículo 38 de la Ley de Garantías a los convenios o contratos interadministrativos que deben celebrarse en virtud de un fallo judicial. Esto en la medida que la obligatoriedad y la fuerza vinculante de las sentencias ejecutoriadas proferidas por los funcionarios investidos del poder judicial emanan de la autonomía conferida a estos por la Constitución y del derecho que tienen los ciudadanos al acceso y oportuna administración de justicia[[23]](#footnote-24).

**2.3.** **Alcance y ámbito de aplicación de los convenios solidarios**

La contratación estatal con entidades privadas sin ánimo de lucro encuentra su fundamento en el artículo 355 de la Constitución Política. Esta norma proscribe cualquier tipo de donación por parte del Estado a personas de derecho privado, y 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 […]”.

Conforme a lo anterior, el artículo 3.16 de la Ley 136 de 1994 –modificado por la Ley 1551 de 2012, artículo 6– prescribe que “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”. Además, el parágrafo 3 del artículo 3 *ibidem*, define los convenios solidarios 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 una interpretación armónica entre las normas anteriormente citadas, se desprende que los municipios y distritos pueden celebrar convenios solidarios: i) para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas en la Ley a los municipios y distritos, acorde con sus planes de desarrollo, ii) para la construcción de obras, y iii) para la satisfacción de necesidades y aspiraciones de las comunidades. Además, la celebración de estos convenios está limitada únicamente a los sujetos allí contemplados, esto es, los municipios y distritos con los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio. Así las cosas, de conformidad con las normas citadas se concluye que es posible celebrar convenios solidarios para ejecutar cualquiera de los objetos antes referidos con los sujetos señalados.

El parágrafo 4 del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 –modificado por la Ley 1551 de 2012, artículo 6– dispone que “Se autoriza a los entes territoriales del orden departamental y municipal para celebrar directamente convenios solidarios con las juntas de acción comunal con el fin de ejecutar obras hasta por la mínima cuantía. Para la ejecución de estas deberán contratar con los habitantes de la comunidad”. Dicho parágrafo establecía una sub-regla en la cual los convenios solidarios solo podían celebrarse de manera directa por los entes del nivel departamental y municipal con las juntas de acción comunal para ejecutar obras hasta por la mínima cuantía. En otras palabras, del contenido del parágrafo 4 se deduce que el legislador estableció un trámite preferencial que no requiere adelantar procedimiento de selección con pluralidad de oferentes para celebrar convenios solidarios cuyo objeto sea ejecutar obras hasta por la mínima cuantía con las juntas de acción comunal. Sin embargo, el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021 –posteriormente desarrollado por el artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015 y modificado por el artículo 372 de la Ley 2294 de 2023– amplió esta subregla en cuanto a los sujetos aplicables, condiciones y la cuantía del contrato:

“Artículo 95. Convenios solidarios. Se autoriza a los entes 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 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.

Parágrafo 2. Adicional del monto del Convenio Solidario, los entes 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”.

Finalmente, el artículo 128 de Ley 1955 de 2019, “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 – “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, adicionó el parágrafo 5 al artículo 6 de la Ley 1551 de 2012, permitiendo que los convenios solidarios puedan ser “[…] celebrados entre las entidades del orden nacional y los organismos de acción comunal para la ejecución de proyectos incluidos en el respectivo Plan Nacional de Desarrollo”. En este sentido, el parágrafo facultaba a las entidades del orden nacional para celebrar convenios solidarios con los organismos de acción comunal para ejecutar cualquier objeto, incluido la construcción de obras, siempre que las actividades del convenio estuvieran relacionadas con el respectivo Plan Nacional de Desarrollo. Además, no quedaron restringidos a un objeto contractual específico como sucedió con las limitaciones previstas en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, precepto totalmente independiente del anteriormente citado, el cual también fue ampliado en su alcance por el parágrafo 2 del artículo 63 *ibidem*:

“Artículo 63. Conforme con el Artículo 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 1. 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 2 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 de la Ley 1955 de 2019”.

Igualmente, es necesario destacar que –en desarrollo del artículo 355 de la Constitución– el Gobierno Nacional expidió el Decreto 092 de 2017, el cual dispone las reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las Entidades Estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017[[24]](#footnote-25).

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

De otro lado, los *convenios de asociación* “[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”[[25]](#footnote-26). En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio. Esta idea resulta relevante especialmente en lo relativo a la aplicabilidad del Decreto 092 de 2017 relacionado con las entidades sin ánimo de lucro, puesto que, como veremos a continuación, este es uno de los regímenes aplicables a la celebración de convenios solidarios.

**2.4. Regímenes para la celebración de convenios solidarios: su impacto en la aplicación del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales**

El artículo 3.16 de la Ley 136 de 1994 se refiere a los convenios solidarios suscritos entre los municipios y distritos con los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio. Además, el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021señala que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán celebrar directamente convenios solidarios con organismos de acción comunal para la ejecución de obras hasta por la menor cuantía. Asimismo, el parágrafo 2 del artículo 63 *ibidem* permite la celebración de convenios solidarios entre entidades del orden nacional, departamental, distrital, local y municipal con los organismos de acción comunalpara 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*.*

Sobre los organismos de acción comunal debe precisarse que, conforme al artículo 6 de la Ley 2166 de 2021, son de primero, segundo, tercero y cuarto grado. Además, el artículo 7 *ibidem* les asigna a estos organismos la naturaleza de personas jurídicas sin ánimo de lucro[[26]](#footnote-27). Conforme al recuento normativo expuesto en el apartado anterior se desprende que la legislación vigente establece tres (3) regímenes para celebrar los convenios solidarios.

El *primer régimen* encuentra su fundamento en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021. 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 del orden nacional, departamental, distrital o municipal y, por otro, organismos de acción comunal; ii) que el objeto contractual consista en la ejecución de obras; y, iii) que el contrato no supere la menor cuantía. De concurrir las anteriores circunstancias, la norma autoriza la contratación directa entre la entidad y el respectivo organismo de acción comunal previamente legalizado y reconocido ante las autoridades competentes. En todo caso, esta contratación debe tomar como personal para la ejecución de la obra a los habitantes de la comunidad.

Un *segundo régimen* o modalidad de contratación se encuentra previsto 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 puede manifestarse a través de convenios solidarios, en concordancia con lo establecido en el artículo 3.16 de la Ley 136 de 1994, el parágrafo 2 del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021 y el artículo 2.2.15.1.3 del Decreto 1082 de 2015.

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 del nacional, departamental, distrital, local o municipal, y, de otro, organismos de acción comunal y organismos civiles y asociaciones residentes en el territorio de reconocida idoneidad; ii) que el objeto del contrato esté dirigido al impulso de programas y actividades de interés público concordantes con el plan de desarrollo aplicable; iii) que el contrato, dentro del límite de la menor cuantía, 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 previsto en el Decreto 092 de 2017. En lo no previsto por esa regulación, se responderá a las normas previstas en el EGCAP, con base en las remisiones directas de los artículos séptimo y octavo del citado reglamento autónomo.

En *tercer lugar*, encontramos el régimen que se fundamenta en el precitado artículo 63 de la Ley 2166 de 2021, en armonía con el parágrafo tercero del artículo 3 de la Ley 136 de 1994. Esta norma debe interpretarse armónicamente con lo dispuesto en el artículo 141 *ibidem*. En virtud de estas disposiciones normativas, los organismos 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”. Para estos efectos, conforme al parágrafo del artículo 141 de la Ley 136 de 1994, se aplicarán los artículos 375 a 378 del Decreto 1333 de 1986 y al EGCAP. Sin perjuicio de la limitación en la cuantía conforme al parágrafo 1 del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021, 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, departamental, distrital, local o municipal y organismos 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.

Ahora bien, en armonía con el literal f) del artículo 16 de la Ley 2166 de 2021, el parágrafo primero del artículo 63 *ibidem* 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[[27]](#footnote-28). 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” 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 entidades del orden nacional y los organismos de acción comunal no se calificarían como contratos interadministrativos. Al respecto, tal y como se expuso en el numeral 2.2. de este concepto, 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, dichos convenios no corresponden a la categoría definida en el 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, pues –tomando en consideración el citado artículo 7 de la Ley 2166 de 2021– no implica una contratación entre autoridades del Estado sino un negocio jurídico entre una entidad territorial y una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro. Por tanto, los convenios solidarios entre las entidades nacionales y los organismos de acción comunal no están dentro de la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías, ya que –de acuerdo con la calidad de las partes– no corresponden a la tipología de contratos o convenios interadministrativos.

La misma conclusión aplica a los convenios solidarios que, conforme al artículo 3.16 de la Ley 136 de 1994, suscriban los municipios y distritos con las organizaciones civiles y demás asociaciones residentes en el territorio. Ambas encuentran su fundamento constitucional en el artículo 38 de la Constitución Política en virtud del cual se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. Asimismo, conforme con el artículo 103 de la Constitución Política son consideradas un mecanismo democrático de representación: “El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”*.*

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-580 de 2001, sobre el artículo 103 de la Constitución Política indicó que “De la lectura de este precepto superior no queda la menor duda de que las organizaciones civiles allí enunciadas -entre las cuales se encuentran las asociaciones cívicas y comunales-, son auténticos mecanismos de participación de la ciudadanía que proyectan  su objeto en diferentes áreas  del que hacer social, en cuanto constituyen mecanismos democráticos de representación en las distintas instancias de participación, control y vigilancia de la gestión pública”[[28]](#footnote-29). A diferencia de las sociedades comerciales, estas organizaciones civiles y asociaciones se caracterizan por no tener fines de lucro, en la medida en que el motivo de su constitución está relacionado con actividades para el beneficio colectivo. De esta manera, pueden celebrar convenios en los términos del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la normativa que reglamenta el mencionado artículo.

Para estos efectos, el concepto de organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio excluye las sociedades comerciales. De acuerdo con el inciso primero del artículo 100 del Código Comercio, “Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles”. Esto significa que dentro del concepto de organizaciones civiles y asociaciones se circunscribe, por ejemplo, a las personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro previstas en los artículos 633 y siguientes del Código Civil, esto es, las corporaciones y fundaciones de beneficencia pública[[29]](#footnote-30). Incluso, se extiende de los organismos de la economía solidaria de la Ley 454 de 1998 conformadas por particulares, pues también son sujetos de derecho privado sin ánimo de lucro[[30]](#footnote-31). Desde esta perspectiva, estas organizaciones y asociaciones civiles tampoco tienen la naturaleza de entidades públicas y, por tanto, los convenios celebrados no serían interadministrativos.

En consecuencia, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 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, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la 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.

**2.5. Documento tipo para la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal**

Con fundamento en la competencia prevista en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020[[31]](#footnote-32), el pasado 30 de junio de 2023, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Resolución 358 de 2023 “[Por la cual se adopta el documento tipo para la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal”[[32]](#footnote-33).](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/02._resolucion_358_de_2023_dt_-_convenios_solidarios.pdf)La Resolución señalada, consta de cuatro (4) artículos, el primero dispone a través de esta se adoptan los documentos tipo para la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal.

Por su parte, el artículo 2 consagra que los documentos que se adoptan por medio de la Resolución antes mencionada contienen parámetros obligatorios para las entidades sometidas al EGCAP que adelanten procesos de selección bajo la modalidad de contratación directa para la celebración de convenios solidarios con organismos de acción comunal para la ejecución de obras hasta el monto de la menor cuantía[[33]](#footnote-34). Además, en este artículo se señala que el documento tipo está compuesto por: i) Minuta tipo, ii) Anexo1 – Especificaciones técnicas, iii) Anexo 2 – Análisis del sector y iii) Matriz de Riesgos.

Seguidamente, el artículo 3 dispone dispone la regla de la inalterabilidad de los documentos tipo para la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal. En consecuencia, las condiciones establecidas en los documentos que adopte la Agencia, en ejercicio del mandato establecido en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al EGCAP que adelanten procesos que deban regirse por su contenido y, salvo que se permita expresamente, variarse algunos de los requisitos fijados en ellos.

Finalmente, el artículo 4 consagra que la Resolución 358 del 30 de junio de 2023, rige a partir de su publicación y aplicará a la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal.

Conforme con el contenido de la Resolución 358 del 30 de junio de 2023, y en relación con su solicitud, conviene precisar que los documentos tipo que se adoptan, son aquellos para la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal, los cuales tiene como fundamento normativo el artículo 95 “Convenios solidarios” de la Ley 2166 de 2021[[34]](#footnote-35), reglamentado en el artículo 15 del Decreto 142 de 2023[[35]](#footnote-36) el cual adiciona el artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, disposiciones que fueron desarrolladas en los numerales 2.3 y 2.4 del presente concepto.

Conforme con lo señalado, el documento tipo adoptado por la Agencia Nacional de Contratación Pública– Colombia Compra Eficiente el documento mediante la Resolución 358 del 30 de junio de 2023, tiene como fundamento el régimen de contratación directa de los convenios solidarios señalado en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, por lo que únicamente puede realizarse conforme a lo dispuesto en dicha norma, de manera que podrán celebrarse esos convenios por la mínima o la menor cuantía de la entidad estatal sometida al EGCAP. Por lo anterior, los artículos 1, 2 y 4 de la Resolución señalada mencionan que estos aplican para la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras *hasta* la menor cuantía con organismos de acción comunal.

**3. Respuesta**

“• A la fecha SI se pueden realizar Convenios Solidarios si nos encontramos en Ley de Garantías”

De acuerdo con la interpretación de las normas generales del sistema de compras públicas, 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 […]” dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

Por su parte, el artículo 3.16 de la Ley 136 de 1994 se refiere a los convenios solidarios suscritos entre los municipios y distritos con los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio. Además, el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021señala que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán celebrar directamente convenios solidarios con organismos de acción comunal para la ejecución de obras hasta por la menor cuantía. Asimismo, el parágrafo 2 del artículo 63 *ibidem* permite la celebración de convenios solidarios entre entidades del orden nacional, departamental, distrital, local y municipal con los organismos de acción comunalpara 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*.*

Por ello, considerando la naturaleza jurídica de las partes, los convenios solidarios entre entidades del orden nacional y los organismos de acción comunal no se calificarían como contratos 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, es decir, 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. Así las cosas, 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, dichos convenios no corresponden a la categoría definida en el 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, pues –tomando en consideración el citado artículo 7 de la Ley 2166 de 2021– no implica una contratación entre autoridades del Estado sino un negocio jurídico entre una entidad territorial y una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro. Por tanto, los convenios solidarios entre las entidades nacionales y los organismos de acción comunal no están dentro de la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales, ya que –de acuerdo con la calidad de las partes– no corresponden a la tipología de contratos o convenios interadministrativos.

En consecuencia, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 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, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la 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.

En todo caso se reitera que la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto para definir o la aplicación de la ley en casos particulares, 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. La competencia de interpretación de normas generales a cargo de Colombia Compra Eficiente, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, corresponderá a cada contratante definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de algún contrato en específico.

“• Formatos que se facilitan para esta clase de contratación con Organizaciones Comunales – MINUTA”.

Con fundamento en la competencia prevista en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, el pasado 30 de junio de 2023 la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Resolución 358 de 2023 “Por la cual se adopta el documento tipo para la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal”, la cual puede ser consultada en la página web de la entidad, en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/documento-tipo-para-la-contratacion-directa-de-convenios-solidarios-para-la-ejecucion-de>

El documento tipo mencionado está compuesto por: i) Minuta tipo, ii) Anexo1 – Especificaciones técnicas, iii) Anexo 2 – Análisis del sector y iii) Matriz de Riesgos.

“• Contexto de la Normatividad que aplica para los Convenios Solidarios”.

Conforme al recuento normativo expuesto en el presente concepto, se desprenden que la legislación vigente establece tres (3) regímenes para celebrar los convenios solidarios.

El *primer régimen* encuentra su fundamento en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021. 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 del orden nacional, departamental, distrital o municipal y, por otro, organismos de acción comunal; ii) que el objeto contractual consista en la ejecución de obras; y, iii) que el contrato no supere la menor cuantía. De concurrir las anteriores circunstancias, la norma autoriza la contratación directa entre la entidad y el respectivo organismo de acción comunal previamente legalizado y reconocido ante las autoridades competentes. En todo caso, esta contratación debe tomar como personal para la ejecución de la obra a los habitantes de la comunidad.

Un *segundo régimen* o modalidad de contratación se encuentra previsto 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 puede manifestarse a través de convenios solidarios, en concordancia con lo establecido en el artículo 3.16 de la Ley 136 de 1994, el parágrafo 2 del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021 y el artículo 2.2.15.1.3 del Decreto 1082 de 2015.

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 del nacional, departamental, distrital, local o municipal, y, de otro, organismos de acción comunal y organismos civiles y asociaciones residentes en el territorio de reconocida idoneidad; ii) que el objeto del contrato esté dirigido al impulso de programas y actividades de interés público concordantes con el plan de desarrollo aplicable; iii) que el contrato, dentro del límite de la menor cuantía, 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 previsto en el Decreto 092 de 2017. En lo no previsto por esa regulación, se responderá a las normas previstas en el EGCAP, con base en las remisiones directas de los artículos séptimo y octavo del citado reglamento autónomo.

En *tercer lugar*, encontramos el régimen que se fundamenta en el precitado artículo 63 de la Ley 2166 de 2021, en armonía con el parágrafo tercero del artículo 3 de la Ley 136 de 1994. Esta norma debe interpretarse armónicamente con lo dispuesto en el artículo 141 *ibidem*. En virtud de estas disposiciones normativas, los organismos 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”. Para estos efectos, conforme al parágrafo del artículo 141 de la Ley 136 de 1994, se aplicarán los artículos 375 a 378 del Decreto 1333 de 1986 y al EGCAP. Sin perjuicio de la limitación en la cuantía conforme al parágrafo 1 del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021, 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, departamental, distrital, local o municipal y organismos 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.

Ahora bien, en armonía con el literal f) del artículo 16 de la Ley 2166 de 2021, el parágrafo primero del artículo 63 *ibidem* 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” 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.

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: | Diana Lucia Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Diana Carolina Armenta Celis  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia Del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. 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-3)
3. El artículo 127 de la Constitución Política señala: “Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

   A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria”. [↑](#footnote-ref-4)
4. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-5)
5. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-6)
6. 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-7)
7. 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-8)
8. 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-9)
9. “Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

   Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias”. [↑](#footnote-ref-10)
10. “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-11)
11. 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-12)
12. 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-13)
13. 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-14)
14. 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-15)
15. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-16)
16. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-17)
17. [Referencia propia de la cita] “CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar”. [↑](#footnote-ref-18)
18. [Referencia propia de la cita] “CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *“obligacional”* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto”. [↑](#footnote-ref-19)
19. [Referencia propia de la cita] “La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *“contratos interadministrativos”* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93”. [↑](#footnote-ref-20)
20. En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: “La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)”. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. M.P. Álvaro Namén Vargas). [↑](#footnote-ref-21)
21. 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-22)
22. 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-23)
23. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de noviembre de 2007. Expediente número 1863. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. [↑](#footnote-ref-24)
24. En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, se dijo: “[l]os convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017”. [↑](#footnote-ref-25)
25. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-26)
26. En lo pertinente, el artículo 7 de la Ley 2166 de 2021 dispone que: “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.

    […]” (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-27)
27. De acuerdo con el literal f) del artículo 16 de la Ley 2166 de 2021, uno de los objetivos de los organismos de acción comunal consiste en “Celebrar contratos, convenios y alianzas 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”. [↑](#footnote-ref-28)
28. Corte Constitucional en Sentencia C-580 del 6 de junio de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-29)
29. De acuerdo con el inciso primero del artículo 635 del Código Civil, “Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título; sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código, y por el Código de Comercio”. Para estos efectos, la doctrina define las sociedades industriales como aquellas “[…] asociaciones […] que persiguen un propósito de lucro o beneficio directo de las personas naturales que las han formado” (Cfr. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Volumen II. Tomo V. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2013. p. 454). [↑](#footnote-ref-30)
30. El inciso primero del artículo 2 de la Ley 454 de 1998 entiende por economía solidaria el “[...] sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía”.

    Conforme al inciso primero del artículo 6 de la Ley 454 de 1998, las organizaciones de la economía solidaria son “[…] personas jurídicas organizadas para realizar actividades sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios según el caso, son simultáneamente sus aportantes y gestores, creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjunta y eficientemente, bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general […]”. De acuerdo con el parágrafo 2 del artículo precitado, tienen el carácter de organizaciones solidarias, entre otras, las cooperativas, los organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad, las instituciones auxiliares de la economía solidaria, las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las precooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas, las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, las empresas asociativas de trabajo, así como todas aquellas formas asociativas solidarias que cumplan con las características mencionadas en el capítulo II de la Ley 454 de 1998. [↑](#footnote-ref-31)
31. “ARTÍCULO 1o. Modifíquese el artículo 4o de la Ley 1882 de 2018, el cual quedará así:

    Artículo 4o. Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 2o de la Ley 1150 de 2007.

    Parágrafo 7o. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

    Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

    Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios.

    La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijará un cronograma, y definirá en coordinación con las entidades técnicas o especializadas correspondientes el procedimiento para implementar gradualmente los documentos tipo, con el propósito de facilitar la incorporación de estos en el sistema de compra pública y deberá establecer el procedimiento para recibir y revisar comentarios de los interesados, así como un sistema para la revisión constante de los documentos tipo, que expida.

    En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente”. [↑](#footnote-ref-32)
32. Esta resolución puede consultarse en la página web de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/documento-tipo-para-la-contratacion-directa-de-convenios-solidarios-para-la-ejecucion-de> [↑](#footnote-ref-33)
33. En relación con el artículo 2. “Desarrollo e implementación de los documentos tipo” contenido en la Resolución 358 del 30 de junio de 2023, debe aclararse que en en relación con la palabra subrayada “(…)la ejecución de obras hasta el *momento* de la menor cuantía”, se cometió una impresión en la digitación, y esta palabra debe entenderse como *monto*. [↑](#footnote-ref-34)
34. **“Por la cual 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, y se dictan otras disposiciones”.** [↑](#footnote-ref-35)
35. “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para promover el acceso al sistema de Compras Públicas de las Mipymes, las Cooperativas y demás entidades de la economía solidaria, se incorporan criterios sociales y ambientales en los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales, se incluye el Título de emprendimiento comunal y se dictan otras disposiciones”. [↑](#footnote-ref-36)