**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 inciso primero 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.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN - ESAL – Objeto**

[…] 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”. En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

**CONTRATACIÓN CON ESAL‒ Ley de garantías – Restricciones – Artículos 33 y 38 – Alcance**

[…] la celebración de convenios de asociación, así como las consideraciones realizadas en los acápites previos, es posible concluir que la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales únicamente aplica frente a los procedimientos *no competitivos*, que son los que implican una contratación directa. Como explica la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: *“Para efectos de la “Ley de Garantías Electorales”, y en armonía con las normas que regulan la contratación pública en Colombia, debe entenderse por “contratación directa” cualquier sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique”*.

[…]

[…] en lo relativo a la celebración de *convenios de asociación* en vigencia de la restricción del artículo 33 de la Ley de Garantías, se concluye que, esto solo será posible cuando dicho tipo de acuerdos se realicen a través de la modalidad *competitiva*, mientras que la celebración de este tipo de convenios en la modalidad *no competitiva* sí estaría prohibida durante el periodo de aplicación de esta restricción. De igual forma, es posible concluir que, la celebración de *convenios de asociación*, *per se,* no está prohibida por la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 2069 de 2020, la cual solo es aplicable a convenios interadministrativos.

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] del [Año]

Señora

**Kerlly Julieth Zea Galindo**

kerly.zea.galindo@gmail.com

Ibagué, Tolima

# Concepto C- 385 del 2023

**Temas:** LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Tipos de restricciones ‒ Ámbito temporal / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Objeto / CONTRATACIÓN CON ESAL‒ Ley de garantías – Restricciones – Artículos 33 y 38 – Alcance

**Radicación:** Respuesta a consulta Nro. P20230810014092

Estimada señora Zea:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8° del artículo 11 y el numeral 5° del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta elevada a esta entidad el día 10 de agosto del 2023.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta: “*[…] nos indique si los procesos que estan contemplados dentro del Decreto 092 de 2017, esto es los procesos que se adelantan con Entidades sin Animo de Lucro, es decir convenios de colaboracion que se delantan por proceso competitivo y los convenios de asociacion que se adelantan con las ESAL, siempre y cuando la ESAL aporte el 30% del valor del presupuesto ofcial destinado para el proceso contractual, se les aplica la misma restriccion establecida en la Ley de Garantias, especificamente los Convenios de Asociacion.”* (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-1). 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 contractuales de donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la Entidad que suscribió el contrato y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

 Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. En línea con lo anterior, para responder la consulta planteada, la Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente realizará algunas consideraciones sobre los siguientes temas: i) alcance y finalidad de las restricciones a la contratación establecidas en la Ley de Garantías Electorales; y ii) aplicabilidad de las restricciones contractuales de la Ley de Garantías Electorales a los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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-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-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, C–005 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-054 del 7 de marzo de 2022, C-064 del 8 de marzo de 2022, C-072 del 11 de marzo de, 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-134 del 1° de abril de 2022, , C-076 del 25 de abril de 2023, C-098 del 4 de mayo de 2023, C-105 del 14 de junio de 2023, C-107 del 8 de mayo de 2023, C-115 del 8 de junio de 2023, C-116 del 8 de junio de 2023, C-118 del 9 de junio de 2023, C-134 del 26 de mayo de 2023, C-145 del 18 de mayo de 2023 y C-149 del 1° de junio de 2023, C-182 del 23 de junio de 2023, C-345 del 14 de julio de 2023 y C-358 del 19 de julio de 2023, se ha pronunciado sobre la aplicación de la Ley de garantías[[2]](#footnote-2). Las tesis expuestas en los anteriores conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

* 1. **Alcance y finalidad de las restricciones a la contratación establecidas en la Ley de Garantías Electorales**

La Ley 996 de 2005, conocida como “Ley de Garantías Electorales”, 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[[3]](#footnote-3). En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales. De esta manera:

“[…] 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[[4]](#footnote-4).”

En este contexto, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes y paralelamente se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Por ello, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al analizar la referida ley, precisó lo siguiente:

“No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[[5]](#footnote-5) y del Consejo de Estado[[6]](#footnote-6), coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador[[7]](#footnote-7).”

De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Así, con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos. Específicamente, las restricciones consagradas en la citada ley se dirigen a dos (2) tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial.

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe “[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo “[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias”[[8]](#footnote-8).

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”[[9]](#footnote-9). 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[[10]](#footnote-10).”

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 inciso primero del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

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

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, señaló que, para que la garantía sea plena, era necesario que la prohibición se aplicara para el Presidente o el Vicepresidente desde que éstos –estando en ejercicio de su cargo– manifiesten el interés de ser candidato presidencial, lo cual debe ocurrir seis meses antes de la elección en primera vuelta, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 996 de 2005. Sin embargo, el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional, relacionado con el momento en que estas restricciones empiezan a regir para el Presidente y el Vicepresidente de la República, ha perdido vigencia ante la prohibición de la reelección presidencial, restablecida por el Acto Legislativo 2 de 2015, excepto para el Vicepresidente que no haya ejercido la presidencia o que la haya ejercido por un tiempo inferior a tres (3) meses durante el respectivo cuatrienio, en forma continua o discontinua, conforme al artículo 197 de la Constitución Política.

* 1. **Aplicabilidad de las restricciones contractuales de la Ley de Garantías Electorales a los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro**

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro –ESAL– con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[11]](#footnote-11). Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96, permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas[[12]](#footnote-12). Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

En desarrollo del artículo 355 de la Constitución, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 92 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los *contratos de colaboración* o de interés público con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los *convenios de asociación*, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 92 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 92 de 2017[[13]](#footnote-13).

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 92 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar esté dirigido al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras, en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. Solo cuando se reúnan estas condiciones, y se cuente con la autorización previa y escrita del representante legal de la entidad estatal, es procedente celebrar contratos de colaboración.

De otro lado, y teniendo en cuenta el objeto de esta consulta, 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”[[14]](#footnote-14). En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse “con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”, elementos dentro de los que resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación ni tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, la unión temporal o el consorcio[[15]](#footnote-15). Sin embargo, como quiera que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio debe buscar el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales involucradas, es necesario que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio coincidan de alguna de tal manera que, los cometidos funcionales de una y otra entidad se relacionen con el objeto del convenio.

Igualmente, considerando que los convenios de asociación “no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio”, las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente, pues de lo contrario deberá adelantarse un proceso competitivo. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben “asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse”[[16]](#footnote-16).

La noción “seleccionar de forma objetiva”, contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 92 de 2017.

En suma, las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las entidades estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas. Este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

Ahora bien, el Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A –Exp. 62.003–, estudió la solicitud de suspensión provisional[[17]](#footnote-17) del inciso 2 del artículo 1, literales a y c del artículo 2, inciso 5 del artículo 2, inciso 2 del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 092 de 2017. No obstante, sobre esta última norma concluyó que el análisis de esta disposición debe realizarse a profundidad para establecer si efectivamente existe una contradicción normativa que implique que se afectó la competencia del legislador. En consecuencia, negó la solicitud de suspensión provisional, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia de fondo. Por tanto, si se pretende realizar un *convenio de asociación* con ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

Para los convenios de asociación, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia; salvo en aquellos casos en que una entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio[[18]](#footnote-18), y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%. De hecho, en relación con la naturaleza y cuantía de los convenios, la norma anteriormente citada no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporte recursos en especie: sólo indica que en esos casos la entidad estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio.

Teniendo en estas consideraciones sobre la celebración de convenios de asociación, así como las consideraciones realizadas en los acápites previos, es posible concluir que la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales únicamente aplica frente a los procedimientos *no competitivos*, que son los que implican una contratación directa. Como explica la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: *“Para efectos de la “Ley de Garantías Electorales”, y en armonía con las normas que regulan la contratación pública en Colombia, debe entenderse por “contratación directa” cualquier sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique”*[[19]](#footnote-19).

 En contraste, la restricción del artículo 33 no aplicaría a los convenios de asociación que celebren las entidades estatales y las ESAL bajo el procedimiento *competitivo*, pues este supone la pluralidad de oferentes y la selección objetiva del contratista. Conforme al artículo 5 del Decreto 092 de 2017, esta es la regla general, salvo en aquellos casos en que una ESAL comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra ESAL que ofrezca aportes iguales o superiores a dicho porcentaje, supuesto excepcional en que procede la selección directa.

De otra parte, en cuanto a la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley de 996 de 2005, conforme se explicó *ut supra,* se reitera, la misma solo aplica a convenios interadministrativos, es decir, a aquellos en los que ambos extremos de la relación contractual están conformados por entidades estatales. Esto significa que esta restricción no es aplicable a la celebración de los *convenios de asociación* regulados por el Decreto 092 de 2017, ya que este tipo de acuerdos son celebrados entre entidades estatales y ESALES, es decir, que no cumplen con el criterio orgánico que determina la calidad de interadministrativo.

De esta manera, en lo relativo a la celebración de *convenios de asociación* en vigencia de la restricción del artículo 33 de la Ley de Garantías, se concluye que, esto solo será posible cuando dicho tipo de acuerdos se realicen a través de la modalidad *competitiva*, mientras que la celebración de este tipo de convenios en la modalidad *no competitiva* sí estaría prohibida durante el periodo de aplicación de esta restricción. De igual forma, es posible concluir que, la celebración de *convenios de asociación*, *per se,* no está prohibida por la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 2069 de 2020, la cual solo es aplicable a convenios interadministrativos.

En cuanto a la vigencia de estas restricciones en el momento actual es necesario poner de presente que para el año lectivo no se encuentran programadas elecciones presidenciales. Por otro lado, de conformidad con el calendario electoral definido por la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante Resolución No. 28229 del 14 de octubre de 2022, el próximo 29 de octubre de 2023 se celebrarán elecciones de autoridades territoriales. Lo anterior significa que, mientras que la restricción a la contratación directa prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 no regirá el presente año, la prohibición a la celebración de convenios interadministrativos del inciso primero del parágrafo del artículo 38 se encuentra surtiendo sus efectos desde el pasado 29 de junio de 2023, los cuales continuarán hasta la fecha de los comicios.

1. **Respuesta**

“*[…] nos indique si los procesos que estan contemplados dentro del Decreto 092 de 2017, esto es los procesos que se adelantan con Entidades sin Animo de Lucro, es decir convenios de colaboracion que se delantan por proceso competitivo y los convenios de asociacion que se adelantan con las ESAL, siempre y cuando la ESAL aporte el 30% del valor del presupuesto ofcial destinado para el proceso contractual, se les aplica la misma restriccion establecida en la Ley de Garantias, especificamente los Convenios de Asociacion.”* (sic)

Con base en las consideraciones expuestas es posible afirmar que, la restricción a la contratación directa prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 cobija a *“todos los entes del Estado”*, expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta restricción prohíbe la contratación directa durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, en caso de que se presente. Esto implica que, la celebración de contratos o convenios, cuya selección se adelante a través de contratación directa, está prohibida durante el período de aplicación de esta restricción.

Por otro lado, la prohibición impuesta por el inciso primero del parágrafo del artículo 38 a los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y 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.

Lo anterior implica que, en cuanto a los *convenios de asociación*, la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías aplica únicamente a los procedimientos no competitivos. En contraste, la restricción citada no aplicaría a los *convenios de asociación* que celebren las Entidades Estatales y entidades privadas sin ánimo de lucro bajo el procedimiento competitivo, pues este supone la pluralidad de oferentes y la selección objetiva del contratista. No obstante, cuando el *convenio de asociación* se celebre bajo modalidad *no competitiva* sí estaría prohibida la suscripción de estos durante el periodo de aplicación de esta restricción

Por otra parte, es posible concluir que, la celebración de *convenios de asociación*, no está prohibida por la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 2069 de 2020, la cual solo es aplicable a convenios interadministrativos.

Con todo, es pertinente poner de presente que durante el 2023 no se realizarán elecciones presidenciales, más si se llevarán a cabo elecciones de autoridades territoriales el próximo 29 de octubre. Esto significa que la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 no aplicará durante la presente vigencia, contrario a lo que sucede con la del parágrafo del artículo 38, que se encuentra rigiendo desde el 29 de junio y así continuará hasta el 29 de octubre de 2023.

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,



Elaboró: Julio Cesar Martelo Martelo

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Raúl Sarmiento Cantillo

Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio

 Subdirectora de Gestión Contractual

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-1)
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-2)
3. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional. Sentencias: C-233 de 4 de abril de 2002, expediente: D-3704; C-551 de 9 de julio de 2003, expediente: CRF-001 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente: DD7966; entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-7)
8. “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-8)
9. “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-9)
10. 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-10)
11. Sobre esta norma consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-11)
12. “Articulo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

“Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”. [↑](#footnote-ref-12)
13. 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-13)
14. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-14)
15. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente determina:

“16.9 Uniones temporales y consorcios conformados por entidades sin ánimo de lucro.

“El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-16)
17. Se precisa que la suspensión provisional, de acuerdo con el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, es una medida cautelar que busca proteger y garantizar, de forma provisional, que la norma demandada no genere actos contrarios al ordenamiento jurídico, razón por la cual, para decretarla es necesario que la transgresión de las normas superiores invocadas surja de la comparación entre estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud. [↑](#footnote-ref-17)
18. Decreto 1082, artículo 5: “[…] no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional”. [↑](#footnote-ref-18)
19. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Rad. 2382. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-19)