

CONCEPTO 10047 DE 2013

(marzo 6)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Suscripción de alianzas en ley de Garantías.

En atención a su comunicación radicada bajo el No. 8-2014-008520 del 26 de febrero de 2014, mediante el cual consulta si en ley de garantías se pueden firmar alianzas con empresas privadas o públicas; si dentro de la misma alianza se puede establecer una donación por parte de la empresa con el fin de desarrollar satisfactoriamente la alianza en Ley de Garantías y se le informe cuales son las diferencias entre convenio de cooperación y alianza, al respecto le informo lo siguiente:

Las figuras jurídicas de los contratos y convenciones (convenios) pertenecen al derecho general y son comunes al Derecho Privado y al Derecho Público. Contrato se entiende que es todo acuerdo de voluntades que se dirige a producir efectos jurídicos, mediante el establecimiento acordado de una relación jurídica que conlleva obligaciones y contraprestaciones recíprocas. En un sentido similar se define el convenio, por cuanto este es también un acuerdo libre y voluntario, de dos o más personas para crear, modificar o terminar derechos y obligaciones entre las partes.

Es decir que los convenios son aquellos acuerdos de voluntades mediante los cuales las partes establecen compromisos e intenciones generales o específicas de cooperación mutua, para desarrollar en forma planificada actividades de interés y beneficio común. Los convenios podrán materializarse mediante acuerdos, memorandos, actas o cartas de entendimiento.⁽¹⁾

Además el convenio de cooperación es una forma asociativa con el fin de desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los fines, funciones y deberes de las entidades estatales sin necesidad de existir un carácter patrimonial.

Por lo anterior no existe una diferencia entre convenio de cooperación y alianzas, pues como se manifestó anteriormente es un acuerdo de voluntades en el cual las partes establecen unos compromisos de cooperación mutua para el bien común.

Por otra parte, sobre la viabilidad de suscribir convenios de cooperación u alianzas en ley de garantías, le informo que la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías Electorales) en su artículo 33 y parágrafo del artículo 38, señala lo siguiente:

“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”.

“**Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos.** (...):

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. (...)” (Subrayas nuestras)

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Garantías Electorales, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa para todas las entidades públicas y en el mismo plazo (4 meses), para cualquier elección popular, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital tampoco 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.

En relación con el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, cabe destacar que la prohibición allí señalada cubre no sólo la contratación regida por el derecho público sino también la que se rige por el derecho privado, tal como lo conceptuó el Consejo de Estado⁴¹, en los siguientes términos:

“i) **La finalidad de la norma** con base en la cual se entiende que **la prohibición de la ley está encaminada a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, ya que esta Posibilidad se da (no) solo con la contratación regida por el derecho público sino también la regida por el derecho privado.**

Todo contrato que se celebre es una oportunidad que se le brinda al contratista, de vender sus productos, de prestar un servicio, de empleo para sus subcontratistas, etc., y esto es aplicable en cualquier entidad. Por eso advirtió la Sala, que a pesar de que siempre ha estado prohibido **celebrar contratos** con fines políticos, la ley de garantías, para evitar toda suspicacia que pudiera deslegitimar el proceso electoral, fue mucho más allá y prohibió la contratación directa.

ii) **La definición de la contratación directa, que en la Ley 80 de 1993 no es un procedimiento propiamente tal, sino un conjunto de métodos de selección del contratista particular que tienen en común que son diferentes a la licitación.** Se hace notar ahora que hay unos de éstos que se hacen previa invitación pública con oposición de los oferentes, como en el de la menor cuantía con conformación dinámica de la oferta, otros en los que hay libertad de selección del contratista, etc. Entonces, **está Sala, tomando como criterio de interpretación la finalidad de la ley, conceptuó que para las entidades que contratan por el derecho privado, estaba prohibida la contratación diferente de la licitación pública regulada por el código de comercio**”. (Se resalta lo que se quiere destacar)

También el Consejo de Estado en otro concepto⁵¹ precisó los destinatarios de la prohibición,

indicando que son:

“La totalidad de los entes del Estado, sin que resulte relevante su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía”, y que “para los efectos de la Ley de garantías, y dada su finalidad, **el enunciado 'contratación directa' es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública**, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993” (Se resalta lo que se quiere destacar).

En este orden de ideas, la administración no podría, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, celebrar contratos o convenios por el sistema de contratación directa.

Teniendo en cuenta que la elecciones para la presidencia se realizarían el 25 de mayo de 2014 y, en caso que haya necesidad de una segunda vuelta, la elección se extendería hasta el 15 de junio de 2014, razón por la cual no es factible celebrar contratos o convenios aplicando la modalidad de selección de contratación directa antes del 25 de mayo y/o 15 junio de 2014.

En relación con las excepciones que contempla el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, frente a las cuales las entidades del Estado podrían hacer uso de la contratación directa, debemos acotar que esas excepciones son taxativas y restrictivas, dentro de las cuales no encuadra el caso consultado.

Finalmente si se puede establecer una donación en una alianza, al respecto le informo que si esta hace parte del acuerdo y a la colaboración entre las entidades es factible recibir un bien en donación, sin embargo por la restricción en ley de garantías, no es viable el recibo de la misma hasta tanto se levante la restricción.

Cordialmente,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora Grupo de Conceptos y Producción Normativa

SENA – Dirección General Torre Sur Piso 3

mvlozano@sena.edu.co

Teléfono +57(1) 546 1500 IP 12508

Dirección: Calle 57 No. 8-69. Bogotá, D.C. - Colombia

<http://www.sena.edu.co>

Facebook: SENAComunica Twitter: @SENAComunica

SENA, Más Trabajo

NIS: 2014-02-039802

Proyectó: Cristy García.

NOTAS AL FINAL:

1. Guía para el Trámite de Convenios. UNAL. 2012

2. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1738 de 2006

3. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1712 de 2006



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

