**CCE-DES-FM-17**

**LEY DE GARANTÍAS – Definición – Finalidad**

La Ley 996 de 2005 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, respecto a su finalidad, en la Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005 se observa que 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, introduciendo en el ordenamiento jurídico 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 ‒ Restricciones para elecciones – Presidenciales – Cargos de elección popular**

Para las elecciones a la Presidencia de la República, la Ley 996 de 2005 prohíbe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado. Así lo señala su artículo 33, limitación que se aplica durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, coincidiendo con la delimitación temporal señalada para la campaña política

La Ley 996 de 2005 hace referencia a las elecciones presidenciales concretamente, y en forma general a las que se realizan para acceder a cargos de elección popular, esta diferenciación ha sido también objeto de análisis por el Consejo de Estado

**LEY DE GARANTÍAS ‒ Restricciones – Contratación directa – Destinatarios**

Para las elecciones a la Presidencia de la República, la Ley 996 de 2005 prohíbe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado. Así lo señala su artículo 33, limitación que se aplica durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, coincidiendo con la delimitación temporal señalada para la campaña política.

Por su parte, el artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, establece las causales específicas y de aplicación restrictiva para la escogencia del contratista a través de la modalidad de selección de contratación directa, en su orden: i) la urgencia manifiesta; ii) la contratación entre entidades estatales; iii) cuando no exista pluralidad de oferentes; iv) contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; v) contratos para la ejecución de contratos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales; vi) adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles; vii) contratos de empréstitos; viii) contratación de bienes y servicios del sector defensa que requieran reserva; ix) contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; y x) contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos.

**LEY DE GARANTÍAS ‒ Excepciones a las restricciones**

Las excepciones a las restricciones consagradas en la Ley 996 de 2005 se originan en la necesidad de darle continuidad a la dinámica estatal, de manera que cuente con la posibilidad de atender emergencias, evitando su inactividad y salvaguardando sus fines esenciales, sobre dichas excepciones el Consejo de Estado ha precisado que «[…] protegen diversos tipos de urgencias que tienden a no restringir desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines que podrían llevarlo a insalvables encrucijadas por su inactividad ante situaciones urgentes»

De otro lado, para efectos de las elecciones presidenciales, a la prohibición de acudir a la modalidad de contratación directa durante el periodo electoral, se sumarán las restricciones generales que prevé la Ley de Garantías para los comicios que definen el acceso a cargos de elección popular, comoquiera que las elecciones presidenciales hacen parte de estos. No obstante, están exceptuados de dicha restricción los contratos relacionados con la defensa y seguridad del Estado, aquellos necesarios para atender emergencias o relacionados con la reconstrucción de infraestructura afectada por atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá D.C., Agosto10 de 2021

Señora

**Viviana Andrea Tabares Henao**

abgvivitae@gmail.com

 **Concepto C – 401 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Definición – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones para elecciones – Presidenciales – Cargos de elección popular / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones a la contratación directa – destinatarios /LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES - excepciones a las restricciones  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210625005578 |

Estimada señora Tabares:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – responde la consulta realizada el 29 de junio de 2021.

1. **Problemas planteados**

Usted plantea la siguiente consulta : «[…] SOLICITO INFORMACIÓN EN RELACIÓN A QUÉ TIPO DE CONTRATACIÓN SERÁ SUSCEPTIBLE DE LA LEY DE GARANTÍAS».

1. **Consideraciones**

Con el propósito de resolver la consulta se analizará: i) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales y ii) determinación de las restricciones y excepciones según el tipo de elecciones.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente ha impartido lineamientos sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 y también se ha pronunciado al respecto en los conceptos con radicados: 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-227 del 24 de mayo de 2021 y C-296 del 22 de junio de 2021. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se complementan y actualizan a continuación con la respuesta a la consulta objeto de análisis.

**2.1 Definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales**

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública, *verbi gracia*, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y en cuanto a aspectos políticos establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[1]](#footnote-1).

 En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005 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, respecto a su finalidad, en la Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005 se observa que 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, introduciendo en el ordenamiento jurídico 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 y señalado los propósitos de una ley de garantías, así:

[…] 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.

Siguiendo la finalidad mencionada, 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 ciertas restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos para aspiraciones electorales.

De otra parte, 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, lo anterior fue indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al analizar la referida ley, precisando 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[[2]](#footnote-2) y del Consejo de Estado[[3]](#footnote-3), 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.[[4]](#footnote-4)

De lo anterior se desprende que, las limitaciones a la libertad contractual establecidas en la Ley 996 de 2005 deben interpretarse de forma restrictiva, y se dirigen a dos 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, siendo necesario analizar las restricciones aplicables según cada tipo de elecciones.

**2.2 Restricciones según el tipo de elecciones y excepciones a las mismas**

La Ley 996 de 2005 hace referencia a las elecciones presidenciales concretamente, y en forma general a las que se realizan para acceder a cargos de elección popular, esta diferenciación ha sido también objeto de análisis por el Consejo de Estado, que ha precisado:

[…]

La ley 996 de 2005 es el instrumento jurídico garantizador de las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos y en razón de ello, procede su aplicación en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, advirtiendo que contiene regulaciones y prohibiciones sobre dos tipos de campañas electorales: la presidencial y las que se adelanten para la provisión de los demás cargos de elección popular nacionales y territoriales […][[5]](#footnote-5).

Por lo anterior, es importante analizar las restricciones aplicables a cada una de estas elecciones, pues presentan importantes diferencias, contando cada una con un fundamento jurídico diferente. En tal sentido, en primer lugar se analizarán las restricciones aplicables frente a las elecciones presidenciales y posteriormente frente a los comicios a cargos de elección popular.

**2.2.1 Restricciones frente a las elecciones presidenciales. Contratación directa**

Para las elecciones a la Presidencia de la República, la Ley 996 de 2005 prohíbe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado. Así lo señala su artículo 33, limitación que se aplica durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, coincidiendo con la delimitación temporal señalada para la campaña política.

Por su parte, el artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, establece las causales específicas y de aplicación restrictiva para la escogencia del contratista a través de la modalidad de selección de contratación directa[[6]](#footnote-6), en su orden: i) la urgencia manifiesta; ii) la contratación entre entidades estatales; iii) cuando no exista pluralidad de oferentes[[7]](#footnote-7); iv) contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión[[8]](#footnote-8); v) contratos para la ejecución de contratos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales; vi) adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles; vii) contratos de empréstitos; viii) contratación de bienes y servicios del sector defensa que requieran reserva; ix) contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; y x) contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos.

Así las cosas, existe una diferencia fundamental con otras modalidades de selección, y es que en la contratación directa no se otorga puntaje a las ofertas para ponderarlas y elegir el ofrecimiento más favorable, ya que la entidad recibe solo una. Lo anterior es complementado por el Consejo de Estado, al definir la contratación directa:

[…] Se define la expresión contratación directa entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata. 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[[9]](#footnote-9).

Como se advierte de lo anterior, el Consejo de Estado realiza una interpretación amplia de la «contratación directa», para efectos de aplicar las restricciones establecidas en la Ley de Garantías, al señalar que no solo aplica frente a las entidades sometidas al Estatuto general de Contratación de la Administración Pública, sino también frente a las entidades que tengan un régimen especial de contratación. No obstante, cabe aclarar que el pronunciamiento anterior se profirió antes de expedirse la Ley 1150 de 2007, de manera que con la expedición de esta ley, la Corporación comenzó a delimitar con mayor precisión el término de «contratación directa», por el cual entendió, para efectos de la prohibición o restricción temporal contenida en la Ley de Garantías Electorales, a «[…] cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública, en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes»[[10]](#footnote-10).

De lo expuesto se despende que la restricción aplica, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso competitivo, y sin distinguir el estatuto contractual que aplique a las entidades estatales. Lo anterior se debe armonizar con lo señalado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, quien, haciendo referencia a la Circular 007 de 2017, expedida por la Procuraduría General de la Nación, manifestó lo siguiente respecto a los destinatarios de las restricciones de la Ley de Garantías electorales:

[…] El vocablo “todos” que utilizó el legislador comprende en consecuencia, sin distinción del “régimen jurídico”, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, a la totalidad de los entes del Estado. Es decir, la prohibición cobija a cualquier ente público que eventualmente pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a las elecciones presidenciales[[11]](#footnote-11).

Sin perjuicio de lo anterior, también es importante destacar que el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, además de prescribir la prohibición analizada, establece las excepciones a la misma, señalando los siguientes contratos y circunstancias excepcionales:

«[…] 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».

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar algunas precisiones establecidas en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, en el sentido de que las prohibiciones de la Ley de Garantías no aplican a los contratos o convenios que se deban celebrar en virtud de un fallo judicial[[12]](#footnote-12), tampoco se extienden a las prórrogas, modificaciones o adiciones, ni a la cesión de aquellos contratos suscritos antes del período electoral, siempre que dichos actos cumplan con los principios de planeación, transparencia y responsabilidad, siempre que los contratos hayan sido suscritos antes del periodo electoral y se encuentren vigentes[[13]](#footnote-13).

Las excepciones a las restricciones consagradas en la Ley 996 de 2005 se originan en la necesidad de darle continuidad a la dinámica estatal, de manera que cuente con la posibilidad de atender emergencias, evitando su inactividad y salvaguardando sus fines esenciales, sobre dichas excepciones el Consejo de Estado ha precisado que «[…] protegen diversos tipos de urgencias que tienden a no restringir desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines que podrían llevarlo a insalvables encrucijadas por su inactividad ante situaciones urgentes»[[14]](#footnote-14).

De otro lado, para efectos de las elecciones presidenciales, a la prohibición de acudir a la modalidad de contratación directa durante el periodo electoral, se sumarán las restricciones generales que prevé la Ley de Garantías para los comicios que definen el acceso a cargos de elección popular, comoquiera que las elecciones presidenciales hacen parte de estos. No obstante, están exceptuados de dicha restricción los contratos relacionados con la defensa y seguridad del Estado, aquellos necesarios para atender emergencias o relacionados con la reconstrucción de infraestructura afectada por atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

**2.2.2 Restricciones frente a los comicios a cargos de elección popular**

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece la prohibición para gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades de orden municipal, departamental o distrital, para celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección de cargos de elección popular[[15]](#footnote-15), en los siguientes términos:

 […]

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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

Ahora bien, un contrato o una convención es un acuerdo de voluntades entre dos o más partes generador de obligaciones, sean estas de dar, hacer o no hacer algo. Dicho acuerdo es ley para los extremos de la relación contractual, por lo que solo podrá ser invalidado por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Los contratos que celebren las entidades estatales en virtud de la Ley 80 de 1993 se rigen por las disposiciones civiles y comerciales salvo lo expresamente allí regulado, y en armonía con lo previsto en el Código Civil, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública define la noción de contrato estatal indicando que es cualquier acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades estatales a las que dicha Ley se refiere, previstos en el derecho privado o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Además de lo anterior, la Ley 80 de 1993 también facultó de manera expresa a las entidades estatales para celebrar contratos y los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales, así como la continua y eficiente prestación de servicios públicos.

Lo anterior quiere decir que las entidades estatales que se rigen por la Ley 80 de 1993, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden celebrar todos los acuerdos, denomínese contrato, convención, convenio, etc., que requieran para la materialización de sus objetivos misionales y consecuentemente los fines estatales. Entre otras cosas, porque de acuerdo con la Constitución Política la función administrativa está al servicio de los intereses generales, y para ello las autoridades administrativas tienen la obligación de coordinar sus actuaciones con la finalidad de lograr el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Frente a este aspecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C–671 del 28 de octubre 2015, en desarrollo del control automático de constitucionalidad del Decreto legislativo 1773 de 2015, «Por el cual se autoriza la celebración de convenios administrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de algunas entidades territoriales», se pronunció respecto de la naturaleza de los convenios interadministrativos en relación con la Ley de Garantías, indicando 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.

[…]

Si bien los contratos y 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 una entidad estatal de Ley 80 de 1993 bien puede celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993. En este sentido, debe entenderse por contrato o convenio interadministrativo, aquel celebrado entre dos entidades públicas, para las cuales, aplicará la restricción analizada.

Por ello, para determinar la aplicación de la prohibición del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, es necesario identificar la naturaleza jurídica de las entidades públicas que celebrarán el convenio o contrato interadministrativo, toda vez que, de acuerdo con lo definido en esta ley, la prohibición de celebrar esa clase de convenios o contratos está dirigida a las entidades territoriales y a las entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital. Igualmente, si alguna de las partes está sometida a la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, no podría celebrarse el referido convenio interadministrativo por existir una prohibición legal que afecta el acuerdo de voluntades de una de las partes.

Lo anterior resulta coherente con lo establecido en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, donde se señaló con claridad el alcance de la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales. En efecto, allí se expresó:

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de Entidades Estatales del orden Municipal, Departamental o Distrital celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, sin importar la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante.

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.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión en el sentido de que lo determinante para definir 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. En armonía con lo anterior, como se indicó en la Circular citada, y de acuerdo con las demás consideraciones expuestas, la restricción establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aplica para los negocios jurídicos anteriores, esto es, para los contratos o convenios interadministrativos. Lo anterior, claro está, siempre que una de las partes esté enlistada en las entidades territoriales incluidas en el parágrafo del artículo 38.

1. **Respuestas**

«[…] SOLICITO INFORMACIÓN EN RELACIÓN A QUÉ TIPO DE CONTRATACIÓN SERÁ SUSCEPTIBLE DE LA LEY DE GARANTÍAS»

De acuerdo con las consideraciones expuestas, de la Ley 996 de 2005 se derivan dos prohibiciones diferentes aplicables a periodos preelectorales distintos. De esta manera, una es la prohibición que se deriva de lo establecido en el artículo 33, respecto a las elecciones presidenciales y otra la originada en el parágrafo del artículo 38 que aplica frente elecciones para cualquier cargo de elección popular, lo que también incluye las presidenciales.

 De esta manera, la restricción del artículo 33 prohíbe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado, durante los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, en caso de que se presente. Sin perjuicio de lo anterior, el inciso segundo de dicha disposición establece algunas excepciones a esta prohibición al establecer que: «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».

 De otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de Entidades Estatales del orden Municipal, Departamental o Distrital celebrar convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección de cargos de elección popular, sin importar la naturaleza o el orden nacional o territorial de la *otra* entidad estatal contratante.

 Sin perjuicio de lo indicado, dada la amplitud de la pregunta realizada, se remite al peticionario a las consideraciones desarrolladas en el concepto, donde se precisan distintos aspectos relacionados con las prohibiciones establecidas por la Ley 996 de 2005 en materia contractual.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alfredo Benavides ZarateContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

» A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.» Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria». [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. 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-3)
4. 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-4)
5. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de febrero de 2010. Radicación 2010-00006-00(1985) A. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 1150 de 2007, artículo 2: «La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[…]

»4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[…]

»h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales». [↑](#footnote-ref-6)
7. No existe pluralidad de oferentes cuando sólo hay una persona que pueda proveer el bien o servicio, bien sea por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, bien sea por ser el proveedor exclusivo en el territorio nacional, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión son aquellos de naturaleza intelectual que se derivan del cumplimiento de funciones de la Administración, como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Sentencia del 20 de febrero de 2006. Radicado No. 1.727. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-10)
11. Departamento Administrativo de la Función Pública, concepto No 26901 del 23 de octubre de 2017. [↑](#footnote-ref-11)
12. Así quedó consignado en el numeral 15.3 de la «Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente», en armonía con el pronunciamiento del Honorable Sala de Consulta y Servicio Civil 15 de noviembre de 2007. Expediente No. 1001-03- 06-000-2007-00092-00. Número 1863 de 2007. CP: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. [↑](#footnote-ref-12)
13. Numeral 15.5, de la «Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente». [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de abril de 2006. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00011-00(1712) A, reiterado por la misma corporación en concepto del 20 de febrero de 2018. Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00205-00(2366). [↑](#footnote-ref-14)
15. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente, respecto al tipo de elecciones frente a las que procede la prohibición del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005: «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*». (Cursiva fuera de original) (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2015. Exp. 2.269 C.P. William Zambrano Cetina). [↑](#footnote-ref-15)