**CCE-DES-FM-17**

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Definición – Finalidad – Alcance de las restricciones**

[…] 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Ley 996 de 2005 – Articulo 33 – Restricciones – Elecciones presidenciales**

[…] la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos u otros previstos en normas especiales. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos y sistematizó las causales de contratación directa.

[…]

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Ley 996 de 2005 – Destinatarios**

Por lo tanto, la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la ley de garantías electorales, cobija a cualquier ente público que pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los candidatos en desarrollo de las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular en las contiendas electorales, se puede presentar tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por el Derecho Privado.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Artículo 33 - Patrimonios autónomos**

De acuerdo el artículo 32.5, inciso quinto, de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, la prohibición también se extiende a las sociedades fiduciarias, frente a los actos y contratos que realicen en desarrollo del negocio fiduciario, con independencia del régimen jurídico de la entidad fideicomitente, razón por la cual no se podría inaplicar la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, con la constitución de patrimonios autónomos. […]

El artículo 33 de la Ley de Garantías se extiende a las sociedades fiduciarias en virtud del artículo 32.5, inciso quinto, de la Ley 80 de 1993. Con las diferencias en el alcance, de acuerdo con el inciso noveno ibídem, la misma es congruente con el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, el cual rige también en los negocios fiduciarios de las entidades exceptuadas de la aplicación del EGCAP. Por tanto, con independencia del régimen jurídico de la entidad fideicomitente, la prohibición de contratación directa durante la vigencia de la Ley de Garantías también les aplica a las fiduciarias que administran los recursos públicos de los entes del Estado. En este contexto, se reitera que las sociedades fiduciarias no pueden celebrar los contratos en los que las entidades constituyentes tengan alguna restricción, por lo que no son un instrumento para eludir el artículo 33 de la Ley de Garantías.

Bogotá, 03 de noviembre de 2021 

Señor

**Carlos Eduardo Méndez Mahecha**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 606 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | LEY DE GARANTIAS ELECTORALES – Definición – Finalidad – Alcance de las restricciones / LEY DE GARANTIAS ELECTORALES – Ley 996 de 2005 – Articulo 33 – Restricciones para elecciones – Presidenciales / LEY DE GARANTIAS ELECTORALES – Ley 996 de 2005 – Destinatarios / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Artículo 33 - Patrimonios autónomos  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210915008444 |

Estimado señor Méndez:

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 del 15 de septiembre de 2021.

**1. Problema planteado.**

En relación con la Ley de Garantías Electorales, usted realiza las siguientes preguntas:

«1.Entendemos que los “Entes del Estado” a los que se refiere el artículo 33 de la Ley de Garantías coincide con la definición de “Entidades Estatales” a las que se refiere el Art. 2 de la Ley 80 de 1993. Favor confirmar si nuestro entendimiento es correcto».

«2. Entendemos que la interpretación del artículo 33 de la Ley de Garantías debe ser restringida (al limitar la autonomía contractual de los entes del estado), de forma que NO es posible extender su interpretación a entidades y/o escenarios que no estén expresamente regulados en la Ley de Garantías. Favor confirmar si nuestro anterior entendimiento es correcto».

«3. ¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resulta aplicable a la contratación adelantada por entidades descentralizadas con participación pública mayoritaria del orden nacional y/o territorial cuyo régimen de contratación sea el del derecho privado pero que administre recursos públicos?»

«4. ¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resulta aplicable a la contratación adelantada por entidades descentralizadas con participación pública minoritaria del orden nacional y/o territorial cuyo régimen de contratación sea el del derecho privado pero que administre recursos públicos?»

«5. ¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resulta aplicable a la contratación adelantada por un Patrimonio Autónomo cuyo régimen de contratación es el del derecho privado pero que administra recursos públicos provenientes de su Fideicomitente, en el cual, es una entidad del estado?»

«6.¿ La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resulta aplicable a una Fundación (entidad sin ánimo de lucro) cuyo régimen de contratación aplicable es el del derecho privado y en la que su fundador y/o alguno de sus aportantes es una entidad descentralizada con participación pública mayoritaria?»

«7.¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resultaría aplicable a un esquema similar a los Instrumentos de Agregación de Demanda, bajo el cual, dos Entidades Descentralizadas (Entidad A y Entidad B) con un régimen de contratación de derecho privado pertenecientes al “Grupo Empresarial X” realizan lo siguiente:

* La Entidad A adelanta un proceso de selección bajo el esquema de Instrumento de Agregación de demanda en el que se seleccionan varios proveedores. En la minuta del contrato del respectivo proceso de selección se incluye una disposición en el siguiente sentido: “El proveedor acept que los términos, condiciones y precios pactados en el presente contrato se extienden a las compañías del Grupo Empresarial X. Por lo tanto, el vínculo contractual entre el proveedor seleccionado y la Entidad A, será independiente del vínculo que surja entre el Proveedor Seleccionado y las demás compañías del Grupo Empresarial X”»
* La Entidad B, al pertenecer al Grupo Empresarial X se adhiere a dicho Instrumento de Agregación de Demanda y, mediante un contrato espejo-idéntico al establecido en el proceso de selección adelantado- contrata bajo las mismas condiciones a alguno de los proveedores seleccionados bajo el proceso competitivo adelantado por la Entidad B.

En consideración al anterior esquema, ¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resulta aplicable la contratación que realice la Entidad B con un proveedor seleccionado por la Entidad A en los mismos términos y condiciones establecidos bajo el proceso de selección adelantado por la Entidad A?»

«8. ¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resulta aplicable a las órdenes de compra que realice una entidad descentralizada, previa realización de un proceso competitivo similar al esquema de Acuerdo Marco de Precios, ¿en el que la entidad descentralizada emite órdenes de compra a proveedores previamente seleccionados?»

«9. Finalmente, les agradecemos compartirnos los pronunciamientos más relevantes que haya expedido Colombia Compra Eficiente en relación con los distintos escenarios en los que resulta o no resulta aplicable la restricción del Art. 33 de la Ley de Garantías».

**2. Consideraciones.**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 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 concretos 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. 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 todo caso, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario en la preguntas 7 y 8– 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 para elecciones presidenciales, iii) destinatarios de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

Al respecto, se informa que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005, pronunciándose 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, 2201913000007127 del 25 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, C-259 del 02 de junio de 2021, C-350 del 16 de julio de 2021, C-413 del 17 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 de 3 de septiembre de 2021, C-499 del 15 de septiembre de 2021 y C-528 de 27 de septiembre de 2021. Las tesis propuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementa en lo pertinente:

**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 establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[2]](#footnote-2).

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[[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, explica que tiene como propósito:

[…] la definición de reglas claras que permitan acceder a los canales de expresión democrática de manera efectiva e igualitaria. El objetivo de una ley de garantías es definir esas reglas.

[…]

Una ley de garantías electorales es una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa. Un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a los electores. Una ley de garantías busca afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Igualmente, una ley de garantías debe permitir que, en el debate democrático, sean las ideas y las propuestas las que definan el ascenso al poder, y no el músculo económico de los que se lo disputan.[[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 períodos 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 períodos 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 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.

**2.2. Restricciones en elecciones presidenciales**

El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión «queda prohibida la contratación directa». A propósito de esta restricción de la Ley de Garantías Electorales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que:

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública[[11]](#footnote-11).

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado ´contratación directa´ es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso[[12]](#footnote-12). Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas. [...][[13]](#footnote-13) .

De conformidad con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos u otros previstos en normas especiales. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos[[14]](#footnote-14) y sistematizó las causales de contratación directa[[15]](#footnote-15).

De esta forma, con fundamento en la evolución de la normativa sobre la contratación pública, se ha depurado la noción de «contratación directa», precisando el Consejo de Estado –en el concepto citado– que, «aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado[[16]](#footnote-16), han establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes».

En efecto, vale la pena mencionar que, en algunos sistemas de contratación, utilizados por entidades públicas con regímenes especiales, o sujetas al derecho privado, la convocatoria o invitación para contratar puede limitarse a aquellas personas que previamente se hayan inscrito en una lista de precalificados o de simples interesados, o en un determinado registro o banco de datos de proveedores. En estos casos, lo determinante para considerar que dicho sistema no constituye «contratación directa», es que la convocatoria para inscribirse en forma previa se haga de manera pública, y que se permita la participación de una pluralidad de oferentes[[17]](#footnote-17).

Como se advierte de lo anterior, el Consejo de Estado realizó 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, también se observa que luego de la expedición de Ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado comenzó a delimitar con mayor precisión el término de «contratación directa».

 Así las cosas, ha de entenderse que, para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es 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[[18]](#footnote-18).

De lo anterior se desprende que la restricción aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

Como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Agencia, las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de los mismos, pueden tener lugar en el período de aplicación de la Ley de Garantías, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

De otro lado, las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas de manera taxativa en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en lo referente a i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) 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, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Es responsabilidad del respectivo ente del Estado, examinar en cada caso la naturaleza de las actividades que adelanta y determinar si las mismas se enmarcan en alguna de las mencionadas excepciones, de manera que se le permita realizar la contratación que necesite en forma directa.

En esta labor es importante tener en cuenta, como lo anotó la Corte Constitucional, en Sentencia C-1153 de noviembre 11 de 2005, que «si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos, cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación»[[19]](#footnote-19). De ahí que la Corte haya señalado que las excepciones a la restricción protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas, que tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre los candidatos como garantía electoral.

**2.3. Destinatarios de la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005: especial referencia a los negocios fiduciarios**

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, 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. Incluso, dado que el legislador no distingue, la prohibición también aplica a las entidades descentralizadas indirectas, esto es, las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, como por ejemplo las ESALES derivadas de los artículos 95[[20]](#footnote-20) y 96[[21]](#footnote-21) de la Ley 489 de 1998. Por lo demás, el Consejo de Estado, en Concepto con radicado 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, consideró que:

El artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica incluso a las entidades estatales con régimen especial de contratación y que están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como por ejemplo los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma[[22]](#footnote-22).

De igual forma, en Concepto con radicado 1738 de 6 de abril de 2006, esa misma Corporación manifestó que «Las restricciones de la Ley de Garantías en materia de contratación directa y celebración de convenios interadministrativos, se aplican a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, salvo cuando la celebración de un convenio interadministrativo sea ordenada, para ambas partes, por el Legislador»[[23]](#footnote-23). Sin embargo, debe precisarse el siguiente aspecto que distinguió la Sala de Consulta y Servicio Civil:

En el concepto No. 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, ésta Sala distinguió dos clases de contratos en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios: unos, en los que la posición de la empresa es la de consumidora de las prestaciones objeto del contrato, que utiliza para la prestación de los servicios a su cargo, y los otros, en los que la empresa entrega esos servicios a los usuarios, conforme a unas reglas uniformes para todos ellos y sin que haya privilegios o tratos desiguales. En los primeros contratos, es claro que la empresa debe adquirir esos bienes previa licitación pública, según se expuso anteriormente, pero en el segundo caso, las empresas no pueden dejar de entregar los servicios públicos a su cargo a nuevas personas, ni dejar de renovar los contratos existentes, pues significaría la parálisis de una actividad propia de la administración, que incluso podría desconocer los derechos fundamentales[[24]](#footnote-24).

Aplicando este razonamiento, se tiene que las empresas industriales y comerciales del estado y a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas no pueden adquirir los suministros de bienes y servicios necesarios para la realización de su actividad por contratación directa sino por mecanismos competitivos que impliquen convocatoria pública y la posibilidad de pluralidad de oferentes, pero, «es obvio que si una de estas entidades va a prestar un servicio a un particular, lo puede hacer, pues estos se ofrecen a toda la comunidad en condiciones de igualdad. Si se supusiera que está prohibida su contratación directa, significaría la parálisis de tal actividad de interés público, lo que de ninguna manera es lo querido por la ley 996 de 2005» [[25]](#footnote-25).

Tratándose de los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, es necesario tener en cuenta que la naturaleza jurídica del fideicomitente no se traslada *ipso iure* a los bienes fideicomitidos que administra la sociedad fiduciaria. Por ello, el inciso primero del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 dispone que «[…] aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia».

En esta medida, conforme a los artículos 1226 y 1233 del Código de Comercio, el patrimonio autónomo es un centro de imputación de derechos y obligaciones afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo, de carácter temporal y totalmente diferente a la persona que lo origina –fiduciante, fideicomitente o constituyente–, quien lo administra –fiduciario– y quien habrá de recibirlo –fideicomisario o beneficiario–. Al respecto, la Superintendencia Financiera considera que:

[…] el negocio fiduciario […] supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con ellos se cumpla una finalidad. Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo. Dichos bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo. (artículos 1226 a 1244 del C. Co).

Los bienes recibidos en fideicomiso, es decir que conforman el patrimonio autónomo no pueden confundirse con los bienes del fiduciario, luego deben estar separados de los que integran los activos de la fiduciaria, son excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario y fideicomitente y garantizan las obligaciones que contraiga el patrimonio autónomo en el logro de la finalidad de la fiducia[[26]](#footnote-26).

De acuerdo con lo anterior, es importante separar los patrimonios del fiduciante y la fiduciaria del patrimonio autónomo constituido con ocasión del contrato de fiducia, puesto que cada uno de ellos deberá responder por sus propias obligaciones. Por tanto, el patrimonio autónomo solo será responsable por las obligaciones que se contraigan por el logro de la finalidad para la cual fue entregado en administración y nunca por las obligaciones derivadas del cumplimiento del objeto social de la entidad fiduciaria ni por las que haya adquirido el fiduciante. En esta medida, los patrimonios autónomos no pueden considerarse como entidades del Estado, pues derivan de negocios fiduciarios conformados por un conjunto de bienes para el cumplimiento de un objetivo específico que se expresa en el acto de constitución.

A pesar que el patrimonio autónomo no es una entidad estatal, ello no justifica por sí solo inaplicar la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías. Entender lo contrario implicaría que, con el objetivo de eludir la restricción, sería posible celebrar negocios fiduciarios para que el representante del patrimonio autónomo suscribiera los contratos que no pueda adelantar por sí misma la entidad fideicomitente. Esta consecuencia es inaceptable, pues es contraria a la finalidad de la Ley de Garantías, razón por la cual la Agencia –en el Concepto 4201713000006681 de 2018– consideró que:

La constitución de patrimonios autónomos en virtud de una fiducia mercantil no podrá transgredir preceptos legales ni podrán ser instrumentos con los cuales se omitan las restricciones para celebrar contratos a las que se encuentren sujetas las Entidades fideicomitentes, ya que con su constitución no se desnaturalizan los recursos con los cuales se conforma el patrimonio autónomo ni se desvincula el poder de direccionamiento y decisión que podría ejercer el Ente del Estado en la contratación derivada de dicho patrimonio, capaz de influir en la voluntad del electorado […]

Teniendo en cuenta las preguntas planteadas en la consulta, es necesario recoger esta postura con el fin de ampliar la fundamentación correspondiente. Así, considerando que las restricciones de la Ley de Garantías son de interpretación estricta, la aplicación a otro tipo de sujetos –como las entidades fiduciarias que administran recursos públicos de entidades estatales– debe fundamentarse en las disposiciones que conforman el bloque de legalidad. Esto en la medida que, conforme a las exigencias del debido proceso, no puede existir prohibición sin norma previa.

Para estos efectos, tratándose de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el artículo 32.5, inciso octavo, de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente: «La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto». Dado que los bienes fideicomitidos no salen del patrimonio de la entidad estatal, la ley exige que la fiduciaria los administre bajo el mismo régimen jurídico del constituyente.

Por ello, el inciso quinto *ibidem* también prescribe que «Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente». De esta manera, teniendo en cuenta que la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías es una norma a la cual están sujetos los contratos que puede celebrar la entidad fideicomitente, la restricción también se extendería a la sociedad fiduciaria en virtud de la disposición indicada, que precisamente extiende distintas disposiciones jurídicas para que resulten aplicables a los actos y contratos que se realicen en desarrollo del contrato de fiducia pública o encargo fiduciario, sin que esta extensión del régimen jurídico se limite a las normas previstas en el EGCAP, sino a las demás señaladas en el inciso citado.

Lo anterior no significa que los patrimonios autónomos constituidos a través de contratos de fiducia mercantil no se rijan por la misma prohibición. En estos casos, especialmente para las entidades exceptuadas de la aplicación del EGCAP que actúen en calidad de constituyentes, es necesario tener en cuenta que el parágrafo del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, «Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones», establece que «El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales». Como se deduce del apartado normativo, esta disposición regula el régimen aplicable a las sociedades fiduciarias, especialmente, los derechos y obligaciones de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario, por lo que es transversal al ordenamiento jurídico, es decir, aplica en todos los contratos de fiducia con independencia de que el constituyente sea o no una entidad sometida a la Ley 80 de 1993.

Esto último se confirma en el inciso noveno del artículo 32.5 de la Ley 80 de 1993, ya que «A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley». Por lo demás, aunque los encargos fiduciarios no den lugar a un patrimonio autónomo, el citado artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 también regula esta clase de negocios, pues –conforme al artículo 146.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero– «[…] En relación con los encargos fiduciarios  se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto».

De esta manera, el artículo 33 de la Ley de Garantías se extiende a las sociedades fiduciarias en virtud del artículo 32.5, inciso quinto, de la Ley 80 de 1993. Con las diferencias en el alcance, de acuerdo con el inciso noveno *ibidem*, la misma es congruente con el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, el cual rige también en los negocios fiduciarios de las entidades exceptuadas de la aplicación del EGCAP. Por tanto, con independencia del régimen jurídico de la entidad fideicomitente, la prohibición de contratación directa durante la vigencia de la Ley de Garantías también les aplica a las fiduciarias que administran los recursos públicos de los entes del Estado. En este contexto, se reitera que las sociedades fiduciarias no pueden celebrar los contratos en los que las entidades constituyentes tengan alguna restricción, por lo que no son un instrumento para eludir el artículo 33 de la Ley de Garantías. Como explica la doctrina, dado que están prohibidos los negocios fiduciarios realizados en fraude a la ley, la libertad para suscribirlos:

[…] debe entenderse limitada, de manera natural, por la imposibilidad de buscar a través de un mecanismo oblicuo, la obtención de una finalidad que no sería lícito obtener al fideicomitente, si actuara en forma directa. Y naturalmente, ello implica un análisis teleológico del contrato para saber qué es lo que realmente se busca con él, si la obtención de la finalidad económica que aparentemente se establece como objeto de contrato y carga para el fiduciario o la eliminación, por esa vía, de restricciones o requisitos que vinculados al cumplimiento de normas de tipo imperativo, en las cuales se encuentren ínsitas el orden público o las buenas costumbres, podrían conducir a la celebración de un contrato nulo por objeto ilícito[[27]](#footnote-27).

En resumen, la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la ley de garantías electorales, cobija a cualquier ente del Estado que, a través de la contratación directa, pueda romper el equilibrio entre los candidatos en desarrollo de las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular en las contiendas electorales, se puede presentar tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por el Derecho Privado. Incluso, de acuerdo con el artículo 32.5, inciso quinto, de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, la prohibición también se extiende a las sociedades fiduciarias, frente a los actos y contratos que realicen en desarrollo del negocio fiduciario, con independencia del régimen jurídico de la entidad fideicomitente, razón por la cual no podría inaplicarse la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, con la constitución de patrimonios autónomos.

**3. Respuesta**

«1.Entendemos que los “Entes del Estado” a los que se refiere el artículo 33 de la Ley de Garantías coincide con la definición de “Entidades Estatales” a las que se refiere el Art. 2 de la Ley 80 de 1993. Favor confirmar si nuestro entendimiento es correcto».

2. Entendemos que la interpretación del artículo 33 de la Ley de Garantías debe ser restringida (al limitar la autonomía contractual de los entes del estado), de forma que NO es posible extender su interpretación a entidades y/o escenarios que no estén expresamente regulados en la Ley de Garantías. Favor confirmar si nuestro anterior entendimiento es correcto».

3. ¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resulta aplicable a la contratación adelantada por entidades descentralizadas con participación pública mayoritaria del orden nacional y/o territorial cuyo régimen de contratación sea el del derecho privado pero que administre recursos públicos?»

4. ¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resulta aplicable a la contratación adelantada por entidades descentralizadas con participación pública minoritaria del orden nacional y/o territorial cuyo régimen de contratación sea el del derecho privado pero que administre recursos públicos?»

«5. ¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resulta aplicable a la contratación adelantada por un Patrimonio Autónomo cuyo régimen de contratación es el del derecho privado pero que administra recursos públicos provenientes de su Fideicomitente, en el cual, es una entidad del estado?».

6. ¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resulta aplicable a una Fundación (entidad sin ánimo de lucro) cuyo régimen de contratación aplicable es el del derecho privado y en la que su fundador y/o alguno de sus aportantes es una entidad descentralizada con participación pública mayoritaria?».

De acuerdo con la interpretación de las normas generales aplicables al sistema de compras y contratación pública, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, 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. Incluso, dado que el legislador no distingue, la prohibición también aplica a las entidades descentralizadas indirectas, esto es, las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, como por ejemplo las ESALES derivadas de los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998.

En resumen, la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la ley de garantías electorales, cobija a cualquier ente público que pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los candidatos en desarrollo de las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular en las contiendas electorales, se puede presentar tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por el Derecho Privado. Incluso, de acuerdo el artículo 32.5, inciso quinto, de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, la prohibición también se extiende a las sociedades fiduciarias, frente a los actos y contratos que realicen en desarrollo del negocio fiduciario, con independencia del régimen jurídico de la entidad fideicomitente, razón por la cual no se podría inaplicar la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, con la constitución de patrimonios autónomos.

«7. ¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resultaría aplicable a un esquema similar a los Instrumentos de Agregación de Demanda, bajo el cual, dos Entidades Descentralizadas (Entidad A y Entidad B) con un régimen de contratación de derecho privado pertenecientes al “Grupo Empresarial X” realizan lo siguiente:

* La Entidad A adelanta un proceso de selección bajo el esquema de Instrumento de Agregación de demanda en el que se seleccionan varios proveedores. En la minuta del contrato del respectivo proceso de selección se incluye una disposición en el siguiente sentido: “El proveedor acept que los términos, condiciones y precios pactados en el presente contrato se extienden a las compañías del Grupo Empresarial X. Por lo tanto, el vínculo contractual entre el proveedor seleccionado y la Entidad A, será independiente del vínculo que surja entre el Proveedor Seleccionado y las demás compañías del Grupo Empresarial X”»
* La Entidad B, al pertenecer al Grupo Empresarial X se adhiere a dicho Instrumento de Agregación de Demanda y, mediante un contrato espejo-idéntico al establecido en el proceso de selección adelantado- contrata bajo las mismas condiciones a alguno de los proveedores seleccionados bajo el proceso competitivo adelantado por la Entidad B.

En consideración al anterior esquema, ¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resulta aplicable la contratación que realice la Entidad B con un proveedor seleccionado por la Entidad A en los mismos términos y condiciones establecidos bajo el proceso de selección adelantado por la Entidad A?»

«8. ¿La restricción incluida en el artículo 33 de la Ley de Garantías resulta aplicable a las órdenes de compra que realice una entidad descentralizada, previa realización de un proceso competitivo similar al esquema de Acuerdo Marco de Precios, ¿en el que la entidad descentralizada emite órdenes de compra a proveedores previamente seleccionados?».

Por las razones expuestas en la parte considerativa de este concepto, haciendo abstracción del caso particular expuesto en la consulta, se informa para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es 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.De lo anterior se desprende que la restricción aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo.

«9. Finalmente, les agradecemos compartirnos los pronunciamientos más relevantes que haya expedido Colombia Compra Eficiente en relación con los distintos escenarios en los que resulta o no resulta aplicable la restricción del Art. 33 de la Ley de Garantías».

Los conceptos referidos en el acápite preliminar de las consideraciones del presente oficio, así como los demás pronunciamientos de Colombia Compra Eficiente sobre temas generales de la contratación estatal, pueden consultarse en la relatoría dispuesta en la página web de la entidad para su público conocimiento, cuyo enlace es el siguiente: [*https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos*](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos).

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector 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-1)
2. 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-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. «[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-». [↑](#footnote-ref-11)
12. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-13)
14. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-14)
15. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-15)
16. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de mayo de 2018. Radicación Número: 11001-03-06-000-2018-00095-00(2382). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-17)
18. 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-18)
19. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153-05 de 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, efectuó el Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara que dio lugar a la Ley de Garantías Electorales. [↑](#footnote-ref-19)
20. ARTÍCULO 95.- Asociación entre entidades públicas. 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 o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de sus entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.

 [↑](#footnote-ref-20)
21. ARTÍCULO 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 observación 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.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

 [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. 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, criterio que luego se extendió para aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas con regímenes especiales y establecidos en sus manuales de contratación, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00(1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo: «Si bien en el tema del concepto del que se extractaron los párrafos transcritos, se hacía referencia a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, la explicación dada cobija también a las empresas industriales y comerciales del estado y a las de crédito, pues todas ellas hacen parte de la definición de administración pública de la ley 489 de 1998, y además encajan dentro de la noción de todos los entes del Estado que trae la ley 996 de 2005 en el artículo 33, de manera que no es lógico pretender exonerarse de ésta prohibición alegando un régimen especial de los actos o contratos». [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00(1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, ídem. [↑](#footnote-ref-25)
26. Concepto 2013010362-001 del 18 de marzo de 2013. <https://actualicese.com/concepto-2013010362-001-de-18-03-2013/>. [↑](#footnote-ref-26)
27. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios fiduciarios: su significación en América Latina. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2017. p. 227. [↑](#footnote-ref-27)