**CCE-DES-FM-17**

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ 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 y otro tipo de actuaciones que impliquen destinar recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones – Elecciones presidenciales**

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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones para elecciones – 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.

[…] 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. Finalmente, es importante destacar que la prohibición aplicará cuando el contrato o convenio interadministrativo sea celebrado por los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades del orden municipal, departamental o distrital, como expresamente lo establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Modificación – Ley 2159 de 2021 – Artículo 124 – Alcance**

El 12 de noviembre de 2021 el Congreso de Colombia promulga la Ley 2159 de 2021 «Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2022», la cual, en su artículo 124, modificó el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005

[…] Ahora bien, vale la pena aclarar que el alcance de esta norma es modificar de manera parcial y transitoria el primer inciso del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. En efecto, como se observa del inciso segundo del artículo citado, esta disposición «modifica únicamente en la parte pertinente el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005».

[…]

Por otro lado, la aplicación artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 se restringe a un criterio orgánico, pues se requiere que uno de los extremos contractuales sea la Nación y el otro una entidad territorial para que la celebración del convenio o contrato administrativo sea procedente. Así, por ejemplo, durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, dos departamentos no podrían celebrar un convenio o contrato interadministrativo.

A su vez, el objeto contractual de los convenios interadministrativos se debe limitar a la ejecución de programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación. Es decir que, durante los cuatro meses previos a las elecciones, queda prohibido celebrar convenios interadministrativos que no se relacionen con la ejecución de programas y proyectos correspondientes a las tres Ramas del Poder Público, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil o de los Establecimientos Públicos Nacionales.

Finalmente, en lo relacionado con la aplicación transitoria, el primer inciso del artículo en comento establece que la modificación de Ley de Garantías rige «[…] a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022», esto implica que una vez se acabe la vigencia fiscal 2022, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 dejará de producir efectos jurídicos.

CCE-DES-FM-17



Bogotá, **7/12/2021**

Señor

**Oscar Fabián López Sierra**

Tunja, Boyacá

 **Concepto C – 681 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Definición – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ‒ Restricciones para elecciones – Presidenciales / LEY DE GARANTÍAS ‒ Restricciones para elecciones – Comicios a cargos de elección popular / LEY DE GARANTÍAS – Modificación – Ley 2159 de 2021 – Artículo 124 – Alcance. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211029010065 |

Estimado señor López Sierra:

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 a su consulta realizada el 29 de octubre de 2021.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente consulta:

«¿[C]on la aprobación del proyecto de presupuesto General de la Nación de la vigencia 2022, queda derogada la ley de garantías y por consiguiente queda sin efecto lo consignado frente a ley de garantías en la Circular Única externa emitida por Colombia Compra Eficiente?»

1. **Consideraciones**

Con el propósito de resolver la consulta se analizará: i) la definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales; ii) la determinación de las restricciones según el tipo de elecciones y excepciones a las mismas; y iii) la modificación del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 a la Ley de Garantías.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005, en materia contractual, en los conceptos con radicado: 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- 259 de 2 de junio de 2021, C-296 de 22 de junio de 2021, C-337 de 13 de julio de 2021, C-350 de 16 de julio de 2021, C-374 de 16 de septiembre de 2021, C-376 de 26 de julio de 2021, C-381 de 2 de agosto de 2021, C-391 de 11 de agosto de 2021, C-396 de 13 de agosto de 2021, C-401 de 10 de agosto de 2021, C-439 de 27 de agosto de 2021 C-456 de 3 de septiembre de 2021, C.477 de 6 de septiembre de 2021, C-481 de 9 de septiembre de 2021, C-494 de 17 de septiembre de 2021 C-495 de 15 de septiembre de 2021 C- 497 de 15 de septiembre de 2021, C- 499 de 15 de septiembre de 2021, C-553 del 25 de octubre de 2021 y C-634 del 11 de noviembre de 2021. La tesis y argumentos desarrollados en dichos conceptos se reiteran y se complementan en esta oportunidad.

Antes de comenzar, como lo indicó la Agencia en el informe a la opinión pública del 11 de noviembre del presente año[[1]](#footnote-1), se aclara que, a pesar de la expedición de la Ley 2159 de 2021[[2]](#footnote-2), «Con ocasión de la Sentencia de Tutela proferida por el Juez Tercero Administrativo de Bogotá el 9 de noviembre de 2021 en el expediente 11001-33-34-003-2021-00354-00, se ordenó «[...] al presidente de la república y a los representantes legales de las entidades del orden nacional y del sector descentralizado territorialmente, abstenerse de dar aplicación a la modificación realizada al parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005»[[3]](#footnote-3). Por ende, la Agencia expresó que «cada entidad destinataria de la orden determinará su alcance, precisando si la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 debe aplicarse en los términos del contenido original de la Ley de Garantías Electorales»[[4]](#footnote-4).

Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 29 de noviembre de 2021, decretó la nulidad de todo lo actuado en el trámite de la acción de tutela mencionada. En consecuencia, ordenó la vinculación del señor Presidente de la República y dio traslado del expediente al Consejo de Estado, por ser el órgano judicial competente, conforme al artículo 1 del Decreto 333 de 2021.

**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. Verbigracia, 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[[5]](#footnote-5).

 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 y otro tipo de actuaciones que impliquen destinar recursos públicos en desarrollo de la gestión pública que adelantan las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional[[6]](#footnote-6) 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 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.

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[[7]](#footnote-7) y del Consejo de Estado[[8]](#footnote-8), coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador.[[9]](#footnote-9)

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 como se precisará se dirigen a dos tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como territorial. Por lo anterior, es necesario analizar las restricciones aplicables según cada tipo de elecciones.

**2.2 Determinación de las 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 que de esa ley se derivan distintos tipos de prohibiciones:

[…]

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 […][[10]](#footnote-10)

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 en segundo lugar, frente a los demás comicios a cargos de elección popular.

**2.2.1 Restricciones en elecciones presidenciales**

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 que consagra una limitación que 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 norma también señala las excepciones a la prohibición, en los siguientes términos:

[…] 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.

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[[11]](#footnote-11), tratándose de las entidades sometidas al estatuto General de Contratación de la Administración Pública: i) la urgencia manifiesta; ii) la contratación entre entidades estatales; iii) cuando no exista pluralidad de oferentes[[12]](#footnote-12); iv) contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión[[13]](#footnote-13); 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; x) contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos; y xi) la selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales.

De igual forma, el artículo 2º de la Ley 2160 de 2021 adicionó al artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 las siguientes causales de contratación directa: i) contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con cabildos indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos indígenas; ii) contratos que las entidades suscriban con los consejos comunitarios de las comunidades negras, que se encuentren incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Pública Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades y; iii) contratos que las entidades estatales suscriban con las organizaciones de base de personas pertenecientes a poblaciones afrocolombianas, raizales y palenqueras o con las demás formas y expresiones, que cuenten con diez (10) años o más de haber sido incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento de sus organizaciones, la identidad étnicas y cultural, y/o la garantía de los derechos de las poblaciones de las mismas organizaciones.

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. Así lo entiende el Consejo de Estado, al definir la contratación directa, en los siguientes términos:

[…] 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[[14]](#footnote-14).

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»[[15]](#footnote-15). 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 competitivo.

De otro lado, como se ha hecho mención previamente, para efectos de las elecciones presidenciales, a la prohibición de la contratación directa se sumarán las restricciones que prevé la Ley de Garantías para los comicios que definen el acceso a cargos de elección popular, como se desarrolla a continuación.

**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, 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. En armonía con lo anterior, 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 regulado en aquella. 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, 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, denomínense contratos, convenciones o convenios, 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.

Considerando la prohibición de que trata el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, conviene precisar que la tipología de contrato interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y aunque no la definió ni la desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales.

De acuerdo con lo anterior, el contrato o convenio interadministrativo es aquel acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir que, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

En relación con 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 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.

En desarrollo de lo anterior, vale la pena destacar que la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, pese a reconocer que se han realizado algunas distinciones jurisprudenciales en torno a los contratos y convenios interadministrativos, relacionados con el alcance de las obligaciones que los caracterizan, señala que no existe una definición legal que diferencie los conceptos de convenio o de contrato. En tal sentido, de acuerdo con las consideraciones expuestas en este numeral los asimila para efectos de aplicar las disposiciones que tangencialmente se refieren a uno u otro vocablo, por ejemplo, para la aplicación de la Ley de Garantías. En este sentido, la Circular, refiriéndose al parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, expresa:

Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos. Toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin, se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas.

No obstante, por vía jurisprudencial se ha establecido que en los contratos interadministrativos existe una contraprestación directa a favor de la entidad que ha entregado el bien o prestado el servicio a la Entidad contratante, habilitado para ello por su objeto legal como entidad ejecutora, como quiera que las obligaciones asignadas legalmente a aquella entidad pública están directamente relacionadas con el objeto contractual. Por su parte, en los convenios interadministrativos las entidades se asocian con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, sin que exista una contraprestación para ninguna de las entidades ni la prestación de un servicio a cargo de alguna de ellas y en favor de la otra parte del convenio.

En el contexto de la Ley de Garantías, las restricciones además de propender por la igualdad de los candidatos están encaminadas a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, lo cual se puede lograr a través de contratos o convenios. En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción de contratos y/o convenios, que para efectos de la Ley de Garantías tienen la misma connotación y propósito.

 Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión en el sentido de que lo 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 aludidos, esto es, para los contratos o convenios interadministrativos. Finalmente, es importante destacar que la prohibición aplicará cuando el contrato o convenio interadministrativo sea celebrado por los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades del orden municipal, departamental o distrital, como expresamente lo establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

**2.3. Modificación del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 a la Ley de Garantías Electorales**

El 12 de noviembre de 2021 el Congreso de la República promulgó la Ley 2159 de 2021 «Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2022». El artículo 124 de dicho cuerpo normativo modificó el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 124. Con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022, la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.

La presente disposición modifica únicamente en la parte pertinente el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

PARÁGRAFO. Todos los convenios que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. El Contralor General de la República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá dicho control especial.

Ahora bien, vale la pena aclarar que el alcance de esta norma es modificar de manera parcial y transitoria el primer inciso del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. En efecto, como se observa del inciso segundo del artículo citado, esta disposición «modifica únicamente en la parte pertinente el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005».

De acuerdo con lo expuesto, durante los cuatro (4) meses previos a la elección presidencial del año 2022 solamente se podrán celebrar convenios administrativos cuando el proceso de selección aplicable sea de pública convocatoria y se presente la circunstancia a la que se refiere el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021. Por lo demás, esta norma no modifica el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, en consideración a lo cual las restricciones a la contratación directa previstas en este artículo permanecen incólumes.

Por otro lado, la aplicación del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 se restringe a un criterio orgánico, pues se requiere que uno de los extremos contractuales sea la Nación y el otro una entidad territorial, para que la celebración del convenio o contrato administrativo sea procedente. Así, por ejemplo, durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, dos departamentos no podrían celebrar un convenio o contrato interadministrativo.

A su vez, el objeto contractual de los convenios interadministrativos se debe limitar a la ejecución de programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación. Es decir que, durante los cuatro meses previos a las elecciones, queda prohibido celebrar convenios interadministrativos que no se relacionen con programas y proyectos que ejecuten recursos del sistema presupuestal consagrado en la Ley 38 de 1989.

Finalmente, en lo relacionado con la aplicación transitoria, el primer inciso del artículo en comento establece que la modificación de Ley de Garantías rige «[…] a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022». Esto implica que una vez se acabe la vigencia fiscal 2022, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 dejará de producir efectos jurídicos.

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas, la expedición de la Ley 2159 de 2021 no deroga la Ley 996 de 2005, sino que modifica de manera transitoria y parcial el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de dicha norma. Por tanto, esta modificación solo afecta en forma tangencial la aplicación del numeral 15.1. de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, relacionado con la restricción para celebrar convenios y/o contratos interadministrativos durante el año fiscal 2022.

1. **Respuestas**

«¿[C]on la aprobación del proyecto de presupuesto General de la Nación de la vigencia 2022, queda derogada la ley de garantías y por consiguiente queda sin efecto lo consignado frente a ley de garantías en la Circular Única externa emitida por Colombia Compra Eficiente?»

La expedición de la Ley 2159 de 2021 no deroga la Ley 996 de 2005, sino que modifica de manera transitoria y parcial el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de dicha norma.

Sin embargo, se insiste que esta modificación al ser parcial y transitoria se limita a afectar en forma relativa la aplicación del numeral 15.1. de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, relacionado con la restricción para celebrar convenios y/o contratos interadministrativos durante el año fiscal 2022.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Torres Rojas Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Disponible en: https://colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/la-agencia-nacional-de-contratacion-publica-colombia-compra-eficiente-0 [↑](#footnote-ref-1)
2. Cuyo artículo 124 dispone: «Con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022, la nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.

»La presente disposición modifica únicamente en la parte pertinente el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

»Parágrafo. Todos los convenios que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. El Contralor General de la República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá dicho control especial». [↑](#footnote-ref-2)
3. Op.cit.: https://colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/la-agencia-nacional-de-contratacion-publica-colombia-compra-eficiente-0 [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibíd. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. Corte Constitucional. Sentencia C-1553 del 11 de noviembre de 2005. Exp. PE-024. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sentencias: C-233 de 4 de abril de 2002, expediente: D-3704; C-551 de 9 de julio de 2003, expediente: CRF-001 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente: DD7966; entre otras. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de febrero de 2010. Radicación 2010-00006-00(1985) A. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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-11)
12. 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-12)
13. 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-13)
14. 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-14)
15. 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-15)