CCE-DES-FM-17

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad**

[…] la Ley 996 de 2005 «**Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones**»,se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ocupa de evitar la injerencia de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Respecto a su finalidad, conforme a la Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005, 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 limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos. Siguiendo esta línea, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes, al tiempo que 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. Incluso, 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 ‒ Restricciones** **‒ Contratación** **‒ Tipos de elección**

La Ley de Garantías Electorales, para el cumplimiento de los objetivos que dieron lugar a su expedición, fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. No obstante, debe aclararse que estas disposiciones se dirigen a dos tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de otros cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial. Por una parte, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 establece una prohibición que impide «[…] 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». Por otra parte, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de elección popular, 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»..

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Alcance**

[…] 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. 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

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES** **‒ Excepciones**

[…] 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES** **‒ Prohibición del artículo 33 ‒ Destinatarios**

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.

**CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico**

[…] la tipología de convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993. Aunque esta ley no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales. De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con el propósito de cumplir en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, 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.

**CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección**

[…] la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso, donde sea posible la participación abierta de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa, pues, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, por la calidad de entidades estatales.

**ACTO ADMINISTRATIVO – Transferencia de bienes – Decreto Legislativo 559 de 2020 – No prohibido**

[…], a la transferencia de bienes efectuada cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 no le resultan aplicables las restricciones previstas en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, porque lo que en este precepto se prohíbe es «celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos». Como se explicó en este concepto, un convenio interadministrativo es un acuerdo de voluntades en el que intervienen dos o más entidades públicas, o sea un acto jurídico bilateral o que participa de la forma contractual, de conformidad con el artículo 1495 del Código Civil. La forma jurídica consagrada, para efectuar la transferencia gratuita de bienes, en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 es el acto administrativo, no el convenio interadministrativo.

Pero, si en gracia de discusión, el anterior argumento –que para esta Agencia es el principal–, no fuera suficiente, en consonancia con lo indicado en los párrafos iniciales de este numeral, también los criterios hermenéuticos de la especialidad, de la posterioridad y del carácter restrictivo de los enunciados gravosos, apoyan la interpretación de que la transferencia efectuada en los estrictos términos del artículo 9 del Decreto 559 de 2020 no ingresa dentro de la prohibición del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Esto por cuanto el Decreto 559 es una Ley –pues se trata de un Decreto Legislativo– i) especial, en la medida en que regula una materia determinada y con vocación excepcional y ii) posterior en el tiempo. Además, iii) en consideración al criterio de interpretación restrictiva, si el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohibió la celebración de convenios interadministrativos no puede entenderse *también* prohibido el acto administrativo que permite expedir el artículo 9 del Decreto 559 de 2020, porque se estaría incluyendo una circunstancia que el supuesto de hecho de la restricción no contempla.

Finalmente, la Agencia llama la atención sobre el deber de las entidades estatales de analizar en cada caso la norma atributiva de la competencia, para observar cuál es la forma jurídica que consagra. Si la norma no permite expedir un acto administrativo para disponer de recursos durante el período de vigencia de la ley de garantías electorales, no puede la entidad pretender burlar el efecto de la prohibición de contratar directamente o de celebrar un convenio, según el caso, expidiendo un acto administrativo para disponer de los recursos. El artículo 6 de la Constitución establece que los servidores públicos son responsables «[…] por infringir la Constitución y las leyes» y «[…] por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones», es decir que solo pueden hacer lo que les esté expresamente permitido. Así las cosas, la interpretación efectuada por la Agencia en este concepto tiene en cuenta que el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 es una norma especial que permite efectuar una transferencia gratuita de bienes a través de un acto administrativo, pero este criterio no se puede generalizar en hipótesis que no establezcan dicha permisión legal expresa.

Bogotá D.C., **07/12/2021 13:35:17**

****

Doctor(a)

**Adriana Jiménez Rodríguez**

**Eduardo José González Angulo**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 592 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones ‒ Contratación ‒ Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Excepciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición del artículo 33 ‒ Destinatarios / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección / ACTO ADMINISTRATIVO – Transferencia de bienes – Decreto Legislativo 559 de 2020 – No prohibido. |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20211124010885 |

Estimada Doctora Jiménez y apreciado Doctor González:

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 23 de noviembre del 2021.

1. **Problema planteado**

Ustedes formulan la siguiente consulta:

«1. ¿Conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 906 de 2005 (sic), no se podrían entregar o transferir la propiedad de los bienes y equipos a las entidades territoriales llámese alcaldías, departamentos o distritos para atender la EMERGENCIA SANITARIA declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social como consecuencia de la pandemia?

»2. ¿Se entendería que sólo se podrá hacer esa transferencia hasta después de elecciones presidenciales?

»3. ¿Qué opciones legales tendría el FNGRD para entregar bienes y equipos a las entidades territoriales para continuar con la atención de la PANDEMIA, como Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres SNGRD?

»4. ¿Las entidades territoriales en vigencia del artículo 38 de la ley de garantías electorales, estaría imposibilitadas de suscribir convenios o ejecutar recursos públicos para atender una emergencia, emergencia sanitaria, calamidad pública o desastre en los términos de la ley 1523 de 2012 y la ley 9 de 1979?

»5. ¿Se podría aplicar por analogía las excepciones del inciso 2 del artículo 33 de la ley de garantías electorales para llenar el vacío normativo que tiene el artículo 38 ibídem?

»6. ¿Se podría dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales frente a la situación de emergencia sanitaria que afronta el país por la PANDEMIA por COVID-19?».

Las anteriores preguntas se realizan partiendo de las diferencias señaladas entre el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 –que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones– y el artículo 9 del Decreto Legislativo 559 de 2020, según el cual,

El administrador fiduciario del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres transferirá a título gratuito a las entidades públicas los bienes que se adquieran en cumplimiento del objeto y finalidad de la subcuenta. Dicha transferencia se adelantará a través de acto administrativo que profiera el Director de la Unidad Nacional de Gestión de Riesgo de Desastre o su delegado en donde se indique la valoración contable de los mismos para efectos del control que se requiera para el efecto.

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) alcance de las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005 –más conocida como «Ley de Garantías Electorales»–, ii) restricciones especiales aplicables de cara a las elecciones presidenciales, iii) restricciones para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios de cargos de elección popular e iv) inaplicación de las restricciones consagradas en la Ley de Garantías Electorales a la transferencia mediante acto administrativo por parte de Unidad Nacional de Gestión de Riesgo de Desastre, prevista en el artículo 9 del Decreto Legislativo 559 de 2020.

Esta Agencia se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la Ley de Garantías Electorales, entre otros, en los Conceptos 4201913000004536 de 17 de julio de 2019, 4201912000005556 del 12 de septiembre de 2019, 4201913000005175 del 13 de septiembre de 2019, 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201913000005082 del 17 de octubre de 2019, 4201913000006306 del 21 de octubre de 2019, 4201912000006552 del 07 de noviembre de 2019, 4201913000006604 del 17 de diciembre de 2019, C-227 del 24 de mayo de 2021 y 396 del 13 de agosto de 2021, C-429 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre, C-481 del 9 de septiembre de 2021, C- 528 del 27 de septiembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021, C-523 del 10 de octubre de 2021, C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-543 del 11 de noviembre de 2021, C-633 del 11 de noviembre de 2021 y C-674 del 6 de diciembre de 2021. Teniendo en cuenta los conceptos anteriores y analizando la consulta en cuestión se realizan las siguientes consideraciones.

Antes de comenzar, como lo indicó la Agencia en el informe a la opinión pública del 11 de noviembre del presente año[[1]](#footnote-2), se aclara que, a pesar de la expedición de la Ley 2159 de 2021[[2]](#footnote-3), «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-4). Por ende, «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-5). Sin embargo, también debe tenerse en cuenta que, 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.

Sin perjuicio de la interpretación que realicen las entidades estatales sobre la vigencia del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, esta no incide en la respuesta que se brinda en el presente concepto, porque, como se verá, la expedición del acto administrativo regulado en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 es válido y estaría permitido. No obstante, se considera pertinente esta observación, por las inquietudes generadas por el fallo de tutela, el anuncio de su impugnación por parte del gobierno nacional, así como el tránsito legislativo.

**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[[5]](#footnote-6).

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma a la normatividad 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[[6]](#footnote-7). 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.[[7]](#footnote-8)

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[[8]](#footnote-9) y del Consejo de Estado[[9]](#footnote-10), 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[[10]](#footnote-11).

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»[[11]](#footnote-12).

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»[[12]](#footnote-13). 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[[13]](#footnote-14).

De lo anterior se desprende que 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, conforme al 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[[14]](#footnote-15).

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[[15]](#footnote-16). 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. [...][[16]](#footnote-17) .

De acuerdo 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[[17]](#footnote-18) y sistematizó las causales de contratación directa[[18]](#footnote-19).

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[[19]](#footnote-20), 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[[20]](#footnote-21).

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, 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[[21]](#footnote-22).

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. Esto 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»[[22]](#footnote-23). 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.

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. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 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[[23]](#footnote-24).

De igual forma, en Concepto 1738 de 6 de abril de 2006, también 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»[[24]](#footnote-25). 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[[25]](#footnote-26).

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» [[26]](#footnote-27).

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 normas especiales.

**2.3. Restricciones para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios de cargos de elección popular**

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 dispone que «[l]os 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». Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas[[27]](#footnote-28).

Ahora bien, para determinar el alcance de la prohibición consagrada por la Ley de Garantías Electorales, conviene precisar la tipología de convenios o contratos interadministrativos. Aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[28]](#footnote-29). De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde 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, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

Estos tipos contractuales no están determinados por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes[[29]](#footnote-30). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

La Corte Constitucional expresó en la Sentencia C–671 de 2015 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». Así las cosas, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[30]](#footnote-31).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, pues comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general, a la celebración de los contratos interadministrativos.

Así las cosas, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa, pues, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o en términos generales a los interadministrativos y no al convenio, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Es bueno destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes.

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que «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 […]», esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que «Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]»[[31]](#footnote-32).

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia han establecido algunas diferencias o caracterización de los contratos interadministrativos frente a los convenios interadministrativos de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Por ejemplo, en Sentencia del 14 de junio de 2019, el Consejo de Estado expresó:

La Sala de Consulta y Servicio Civil[[32]](#footnote-33) de esta Corporación se ha referido a los *“convenios interadministrativos”* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *“puros”* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *“intercambio patrimonial”*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[[33]](#footnote-34) había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *“verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)”*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *“convenios interadministrativos”* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales[[34]](#footnote-35)[[35]](#footnote-36).

Sin perjuicio de lo anterior, debe reiterarse que el legislador y el ordenamiento jurídico, en general, en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[36]](#footnote-37). Incluso la Corte Constitucional explica la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos de forma directa, con fundamento en la causal establecida en la Ley 1150 de 2007 respecto a los contratos interadministrativos[[37]](#footnote-38).

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, lo que resulta relevante en este concepto para la aplicación de la Ley de Garantías. En este sentido, la Circular Externa Única, 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 que define 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. Además, como se indicó en la Circular citada, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio, por lo que se asimilaron para la aplicación de la Ley de Garantías. En tal sentido, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido se logre inferir que se le quiere otorgar un contenido en particular, pues como se expresó, el legislador utiliza estos conceptos de forma indistinta.

Se observa entonces que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. En este sentido, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción alguna frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto[[38]](#footnote-39).

En todo caso, es importante resaltar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que no se les aplica la restricción de la Ley de Garantías a los convenios o contratos interadministrativos que deben celebrarse en virtud de un fallo judicial. Esto en la medida que la obligatoriedad y la fuerza vinculante de las sentencias ejecutoriadas proferidas por los funcionarios investidos del poder judicial emanan de la autonomía conferida a estos por la Constitución y del derecho que tienen los ciudadanos al acceso y oportuna administración de justicia[[39]](#footnote-40).

**2.4. Inaplicación de las restricciones consagradas en la Ley de Garantías Electorales a la transferencia mediante acto administrativo por parte de Unidad Nacional de Gestión de Riesgo de Desastre, prevista en el artículo 9 del Decreto Legislativo 559 de 2020**

Para la interpretación de las disposiciones normativas es importante considerar el sector de referencia en el que rigen y el momento de su expedición. El primer criterio se corresponde con la *especialidad* de la norma. La Corte Constitucional ha prohijado esta pauta de interpretación, afirmando que «Conforme al criterio unánime de la doctrina jurídica, las normas especiales prevalecen sobre las normas generales. Así lo contempla en forma general el ordenamiento legal colombiano, al preceptuar en el Art. 5º de la Ley 57 de 1887 que […], “la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”»[[40]](#footnote-41). El segundo criterio, concerniente a la *temporalidad*, está dispuesto con alcance general en el artículo 2 de la Ley 153 de 1887, que establece: «La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior».

Como se indicó en los numerales anteriores de este concepto, la Ley 996 de 2005 consagra, en los artículos 33 y 38, restricciones generales para contratar directamente y para celebrar contratos interadministrativos por parte de las entidades estatales, en los períodos previos a las elecciones que en dicha ley se definen. Ahora bien, de allí no se sigue que cualquier forma de transferencia directa de recursos ingrese en el ámbito de aplicación de las prohibiciones previstas en la ley de garantías electorales. Debe destacarse que las disposiciones normativas que establecen prohibiciones deben interpretarse restrictivamente, para no ampliar de manera injustificada sus supuestos de hecho a circunstancias que, en sentido lógico, no caben en aquellos. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado así lo sostuvo, refiriéndose, precisamente, al alcance de las limitaciones contractuales contenidas en la ley de garantías electorales. Al respecto, afirmó:

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.

[…]

Así, en esta materia cobra importancia la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 31 del Código Civil, según la cual, *“[l]o favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación…” (“favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda”);*y de ahí la proscripción de las interpretaciones extensivas de las normas prohibitivas, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, al señalar que *“[e]n la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición”.*

En consecuencia, la interpretación y aplicación restrictiva es una regla que rige tratándose de normas prohibitivas, dado que consagran limitaciones al ejercicio de un derecho o de competencias señaladas en la ley, criterio hermenéutico que responde al principio de taxatividad, de acuerdo con el cual solo operan las prohibiciones que en forma precisa establece el legislador[[41]](#footnote-42).

Partiendo de este contexto normativo, y sobre todo considerando los criterios de interpretación a los que se ha hecho referencia, es importante, para resolver la consulta bajo análisis, mencionar brevemente el régimen regulatorio en el que nacen las inquietudes de los consultantes. Al respecto, conviene precisar –como también lo hacen los peticionarios– que, con ocasión de la pandemia del COVID-19, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020. Entre las medidas establecidas en dicho Decreto se incluyó la siguiente: «Que se dispondrá de la creación del Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME) con las subcuentas necesarias para atender las necesidades de atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento, por la situación a la que se refiere el presente decreto».

Con fundamento en lo anterior, se expidió con posterioridad el Decreto Legislativo 559 de 2020, «Por el cual se adoptan medidas para crear una Subcuenta para la Mitigación de Emergencias -Covid19- en el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se establecen las reglas para su administración, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica». En efecto, el artículo 2 del mencionado Decreto dispone:

El Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres administrará una subcuenta temporal para la contención y mitigación de la emergencia declarada por el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, la cual tendrá por objeto financiar la provisión de bienes, servicios y obras requeridas para contener, mitigar y evitar la extensión de los efectos adversos derivados de la pandemia COVID- 19 en la población en condición de vulnerabilidad residente en el territorio colombiano y en el sistema de salud.

La subcuenta de que trata el presente Decreto Legislativo tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir de su expedición.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto en comento estableció un régimen contractual especial, en los siguientes términos:

Los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses de la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias-COVlD19 , se someterán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con observancia de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y publicidad enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y con el control especial del Despacho del Contralor General de la Nación.

Parágrafo 1. El Gobierno nacional podrá, con cargo a los recursos de esta subcuenta, celebrar convenios con gobiernos extranjeros o con agencias u organismos multilaterales, cuyo objeto esté dirigido a mitigar los efectos adversos derivados de la pandemia generada por el Coronavirus COVID- 19 en la población en condición de vulnerabilidad residente en el territorio colombiano y en el sistema de salud.

Para efectos de la consulta, lo que resulta más importante es que el artículo 9 estableció un mecanismo jurídico especial para transferir, a título gratuito, a las entidades públicas los bienes del fondo. De esta manera, dispone lo siguiente:

El administrador fiduciario del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres transferirá a título gratuito a las entidades públicas los bienes que se adquieran en cumplimiento del objeto y finalidad de la subcuenta. Dicha transferencia se adelantará *a través de acto administrativo* que profiera el Director de la Unidad Nacional de Gestión de Riesgo de Desastre o su delegado en donde se indique la valoración contable de los mismos para efectos del control que se requiera para el efecto (énfasis fuera de texto).

Como puede observarse, el artículo 9 del Decreto Legislativo 559 de 2020 permite al Director de la Unidad Nacional de Gestión de Riesgo de Desastre o a su delegado transferir a las entidades públicas, «a través de un acto administrativo» y a título gratuito, los bienes que se adquieran con cargo a la «Subcuenta para la Mitigación de Emergencias - COVID19». La norma no dice que esta transferencia debe hacerse a través de convenio o contrato. Por el contrario, establece que debe formalizarse mediante la expedición de un *acto administrativo*. Esta diferencia no es, en modo alguno, despreciable, sino que adquiere relevancia, para saber si la transferencia gratuita de bienes regulada en el citado artículo 9 está prohibida por el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Para poder resolver dicho interrogante, es necesario indicar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, el contrato y el acto administrativo, constituyen instituciones distintas. En efecto, según el artículo 1495 del Código Civil[[42]](#footnote-43), «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa». En cambio, el acto administrativo es una declaración o manifestación unilateral de voluntad proferida por un órgano del Estado o un particular –en ejercicio de función administrativa, electoral o de control–, encaminada a producir efectos jurídicos. La unilateralidad, como elemento de la definición del acto administrativo, se observa en la sentencia C-487 de 1996[[43]](#footnote-44), en la que la Corte Constitucional afirmó que el acto administrativo «[…] se manifiesta a través de las declaraciones *unilaterales*, creadoras de situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas, o subjetivas particulares y concretas» (énfasis fuera de texto). Así también lo señaló en la Sentencia C-542 de 2005[[44]](#footnote-45). El Consejo de Estado, asimismo, ha indicado que el acto administrativo es «toda manifestación *unilateral*, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos» (énfasis fuera de texto).

Una explicación de la unilateralidad como elemento definitorio del acto administrativo, en comparación con la bilateralidad propia del contrato, se encuentra suficientemente desarrollada en la obra de José Antonio García-Trevijano Fos[[45]](#footnote-46). Este autor inicia su análisis diferenciando el acto administrativo y el contrato, indicando que el primero debe ser un acto *unilateral*, mientras que el segundo ha de consistir en un acto *bilateral*[[46]](#footnote-47). De igual manera, aclara que cuando emplea los conceptos unilateralidad y bilateralidad no está aludiendo a los efectos, sino a la relación jurídica o fuente de la declaración. Esta aclaración es importante, porque también está sobre la base de las definiciones jurisprudenciales que se mencionaron en el párrafo precedente. Pero, ¿qué quiere decir, por tanto, que el acto administrativo es unilateral, en oposición al contrato, que es bilateral –o sea, un negocio jurídico–? García-Trevijano Fos lo aclara así:

La unilateralidad en el Derecho administrativo hay que encontrarla en el origen de la relación jurídica y de aquí la irrelevancia de la voluntad del administrado que, aunque ponga en marcha un procedimiento y el acto que se dicte al final sea a su petición, no tiene fuerza suficiente para generar un contrato. De mantener una tesis contractualista habría que llegar a consecuencias aberrantes porque serían contratos, es decir, actos bilaterales por su origen, los convenios expropiatorios, la imposición de multas con aceptación, el servicio militar como voluntario, los recursos administrativos estimados y, en fin, todo acto jurídico procedente de la Administración a instancia de parte se transformaría en un contrato[[47]](#footnote-48).

Es cierto que en ocasiones el destinatario del acto administrativo acepta la decisión contenida en este –por ejemplo, accede a pagar la multa impuesta, recibe el subsidio, se posesiona en el cargo para el cual fue nombrado o no lo recurre (lo que podría entenderse como una aceptación tácita)–, pero esto no significa que, por haber tolerado o estado de acuerdo con el acto administrativo, este se convierta en un contrato. En tales eventos el acto administrativo no pierde su naturaleza de declaración *unilateral* de voluntad, porque se perfeccionó siendo eso: una decisión. Por tanto, la declaración *posterior* de un sujeto mostrándose conforme con lo decidido o cumpliendo lo dispuesto en la resolución no cambia la naturaleza del acto administrativo, pues este completa sus requisitos de existencia desde que se presenta la declaración unilateral. De ahí la relevancia de fijarse en el origen de la relación jurídica para apreciar la unilateralidad y no en sus efectos.

Circunstancia distinta es aquella en la que dos sujetos –públicos, privados o entremezclados– acuerden algo, produciendo *en su origen* un contrato, bien sea desde que se exprese el consentimiento –contrato consensual–, se entregue una cosa –contrato real– o se cumple con la solemnidad habilitante –contrato solemne–. En todas estas modalidades convencionales hay un acuerdo de voluntades desde el inicio de la relación jurídica. En otras palabras, «La conjunción de voluntades de las partes, con la finalidad de crear vínculos jurídicos entre ellas, reconocidos en derecho, es lo que en técnica jurídica podemos denominar consentimiento, que es el primer requisito de existencia de todo contrato»[[48]](#footnote-49). Sin ese acuerdo de voluntades el contrato no existiría jamás. Por eso, puede afirmarse que la unilateralidad de la voluntad contradice la idea de contrato. Aun cuando en el derecho privado también haya espacio para los actos jurídicos unilaterales –uno de cuyos ejemplos prototípicos, como se verá, es el testamento–, lo cierto es que dichos actos no son contratos.

A partir de la precisión hecha sobre la unilateralidad en el origen, como aquello que determina la diferencia entre el acto administrativo y el contrato –independientemente del régimen jurídico aplicable a este–, puede comprenderse por qué aunque un contrato en ocasiones reciba el nombre de «unilateral», sigue siendo bilateral en su origen, es decir, en su perfeccionamiento. En efecto, el artículo 1496 del Código Civil establece que «El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente». Sin embargo, en ambos casos hay negocio jurídico, es decir, acuerdo de voluntades para crear obligaciones. El hecho de que estas se creen solo a cargo de una de las partes no desdice de su carácter contractual. En consecuencia, cuando el mencionado artículo plantea la distinción de los contratos en unilaterales y bilaterales no se está refiriendo al origen, sino a los efectos del acuerdo sobre las obligaciones.

El contrato de donación es un buen ejemplo de un contrato unilateral en sus efectos, más no en su origen, que además se caracteriza por ser gratuito. Pero aún así, no es un acto unilateral en su origen, porque para que se perfeccione la donación se requiere que confluyan la voluntad del donante y del donatario –quien debe aceptar lo donado–. Esto es lo que dispone el artículo 1443 del Código Civil: «La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona *que la acepta*» (énfasis fuera de texto). Es por esta razón que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que «Se trata, pues, de un negocio jurídico bilateral, en tanto exige el concurso de voluntades de donante y donatario (Cfr. CSJ SC, 20 may. 2004, rad. 8565), que puede ser consensual –es la regla general–, o solemne –v.gr., si se trata de donaciones de inmuebles, o aquellas que tienen causa onerosa–»[[49]](#footnote-50).

El contrato de donación, sin embargo, no es la única forma de realizar la transferencia gratuita de un bien. El testamento –como lo señala el artículo 1055 del Código Civil– «[…] es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva», y se considera un acto jurídico *unilateral*, porque «[…] es obra de la sola voluntad del testador»[[50]](#footnote-51). Algo similar sucede en el ejercicio de la función administrativa, cuando una autoridad, mediante un acto unilateral –siempre que lo permita el ordenamiento jurídico, porque exista una norma que atribuya la competencia– transfiere bienes en dinero o en especie a favor de alguien, como es recurrente en la actividad de fomento a cargo del Estado, materializada en el otorgamiento de subsidios o ayudas. En tales casos, el beneficiario no necesariamente debe celebrar un contrato con el Estado, así acepte recibir el bien; como tampoco suscribe un contrato con el testador el que acepta la herencia. Tampoco firma, del mismo modo, contrato alguno el empleado público que se posesiona en el cargo, pues allí la relación no es contractual, sino legal y reglamentaria.

De lo anterior se deriva que la transferencia de un bien no requiere en todos los casos de la celebración de un contrato, toda vez que el ordenamiento jurídico establece normas que, en ciertos eventos, permiten efectuar dicha entrega a través de actos unilaterales. Pues bien, el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 es una de estas normas, porque otorga competencia al Director de la Unidad Nacional de Gestión de Riesgo de Desastre o a su delegado para transferir a título gratuito a las entidades públicas los bienes que se adquieran en cumplimiento del objeto y finalidad de la «Subcuenta para la Mitigación de Emergencias -Covid19-», ordenando que dicha transferencia se realice «a través de acto administrativo» y no de un contrato. Es decir, sin perjuicio de que las entidades públicas acepten la transferencia, esta se formaliza y existe desde que se manifiesta unilateralmente la voluntad de la Unidad Nacional de Gestión de Riesgo de Desastre.

Por consiguiente, a la transferencia de bienes efectuada cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 no le resultan aplicables las restricciones previstas en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, porque lo que en este precepto se prohíbe es «celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos». Como se explicó en este concepto, un convenio interadministrativo es un acuerdo de voluntades en el que intervienen dos o más entidades públicas, o sea un acto jurídico bilateral o que participa de la forma contractual, de conformidad con el artículo 1495 del Código Civil. La forma jurídica consagrada, para efectuar la transferencia gratuita de bienes, en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 es el acto administrativo, no el convenio interadministrativo.

Pero, si en gracia de discusión, el anterior argumento –que para esta Agencia es el principal–, no fuera suficiente, en consonancia con lo indicado en los párrafos iniciales de este numeral, también los criterios hermenéuticos de la especialidad, de la posterioridad y del carácter restrictivo de los enunciados normativos gravosos, apoyan la interpretación de que la transferencia efectuada en los estrictos términos del artículo 9 del Decreto 559 de 2020 no ingresa dentro de la prohibición del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Esto por cuanto el Decreto 559 es una Ley –pues se trata de un Decreto Legislativo– i) especial, en la medida en que regula una materia determinada y con vocación excepcional y ii) posterior en el tiempo. Además, iii) en consideración al criterio de interpretación restrictiva, si el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohibió la celebración de convenios interadministrativos no puede entenderse *también* prohibido el acto administrativo que permite expedir el artículo 9 del Decreto 559 de 2020, porque se estaría incluyendo una circunstancia que el supuesto de hecho de la restricción no contempla.

La Agencia llama la atención sobre el deber de las entidades estatales de analizar en cada caso la norma atributiva de la competencia, para observar cuál es la forma jurídica que consagra. Si la norma no permite expedir un acto administrativo para disponer de recursos durante el período de vigencia de la ley de garantías electorales, no puede la entidad pretender burlar el efecto de la prohibición de contratar directamente o de celebrar un convenio, según el caso, expidiendo un acto administrativo para disponer de los recursos. El artículo 6 de la Constitución establece que los servidores públicos son responsables «[…] por infringir la Constitución y las leyes» y «[…] por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones», es decir que solo pueden hacer lo que les esté expresamente permitido. Así las cosas, la interpretación efectuada por la Agencia en este concepto tiene en cuenta que el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 es una norma especial que permite efectuar una transferencia gratuita de bienes a través de un acto administrativo, pero este criterio no se puede generalizar en hipótesis que no establezcan dicha permisión legal expresa.

Por último, los peticionarios incluyen en su cuestionario las preguntas 4 a la 6, indagando por otras vías jurídicas que permitieran hacer la transferencia gratuita de bienes regulada en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 en caso de que, en criterio de la Agencia, dicha transferencia no pudiera realizarse debido a la prohibición contenida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Sin embargo, por sustracción de materia, al ser el Decreto Legislativo 559 de 2020 un régimen especial y al regular una transferencia de bienes formalizada en un *acto administrativo*, no aplican las excepciones a la contratación directa del artículo 33 ni es necesario inaplicar «por inconstitucional» el artículo 38, ambos de la Ley 996 de 2005.

En efecto, como se explicó en apartes anteriores, es cierto que el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 establece que queda exceptuada de la prohibición de la contratación directa durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial –incluyendo la segunda vuelta, si fuere el caso– «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». Pero, como se observa, en estos casos se está haciendo alusión a la contratación directa y no a la transferencia de bienes *por acto administrativo*, regulada en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020. Por consiguiente, a esta última norma no hay que aplicarle lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, porque alude a una transferencia *unilateral* y no a una que se realice a través de contratación directa.

Ni siquiera es necesario aplicar por analogía las excepciones previstas en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 al parágrafo del artículo 38 del mismo cuerpo normativo. Primero, porque, para la Agencia, las excepciones deben interpretarse restrictivamente y por eso, las del 33 no son aplicables al parágrafo del artículo 38, pues este prohíbe la celebración de convenios o contratos interadministrativos, los cuales no necesariamente se celebran por contratación directa. Además, la prohibición del parágrafo del artículo 38 es una norma diferente. Y segundo, porque, como se indicó, si el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 *no* regula un evento de celebración de contratos o convenios interadministrativos, no tiene sentido aplicarle a dicha forma de transferencia especial –unilateral– excepciones a la celebración de convenios –actos jurídicos bilaterales–, razón por la cual no es procedente la analogía.

Finalmente, no puede decirse que el parágrafo del artículo 38 deba inaplicarse por una presunta inconstitucionalidad, debido a la existencia de la emergencia sanitaria del COVID-19, pues el Decreto Legislativo 559 de 2020 establece una regulación especial que permite la transferencia de los bienes requeridos para atender la situación de emergencia, mediante el acto administrativo. Partiendo de la existencia de la normativa especial, tampoco es procedente acudir a la excepción de inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 38, que no está prohibiendo que se adelante el procedimiento previsto en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020.

**3. Respuesta**

«1. ¿Conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 906 de 2005 (sic), no se podrían entregar o transferir la propiedad de los bienes y equipos a las entidades territoriales llámese alcaldías, departamentos o distritos para atender la EMERGENCIA SANITARIA declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social como consecuencia de la pandemia?

»2. ¿Se entendería que sólo se podrá hacer esa transferencia hasta después de elecciones presidenciales?

»3. ¿Qué opciones legales tendría el FNGRD para entregar bienes y equipos a las entidades territoriales para continuar con la atención de la PANDEMIA, como Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres SNGRD?

»4. ¿Las entidades territoriales en vigencia del artículo 38 de la ley de garantías electorales, estaría imposibilitadas de suscribir convenios o ejecutar recursos públicos para atender una emergencia, emergencia sanitaria, calamidad pública o desastre en los términos de la ley 1523 de 2012 y la ley 9 de 1979?

»5. ¿Se podría aplicar por analogía las excepciones del inciso 2 del artículo 33 de la ley de garantías electorales para llenar el vacío normativo que tiene el artículo 38 ibídem?

»6. ¿Se podría dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales frente a la situación de emergencia sanitaria que afronta el país por la PANDEMIA por COVID-19?».«–

Conforme a la interpretación de las normas generales del sistema de compras y contratación pública, a la transferencia de bienes efectuada cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 no le resultan aplicables las restricciones previstas en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, porque lo que en este precepto se prohíbe es «celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos». Como se explicó en este concepto, un convenio interadministrativo es un acuerdo de voluntades en el que intervienen dos o más entidades públicas, o sea un acto jurídico bilateral o que participa de la forma contractual, de conformidad con el artículo 1495 del Código Civil. La forma jurídica consagrada, para efectuar la transferencia gratuita de bienes, en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 es el acto administrativo, no el convenio interadministrativo.

Pero, si en gracia de discusión, el anterior argumento –que para esta Agencia es el principal–, no fuera suficiente, en consonancia con lo indicado en los párrafos iniciales de este numeral, también los criterios hermenéuticos de la especialidad, de la posterioridad y del carácter restrictivo de los enunciados gravosos, apoyan la interpretación de que la transferencia efectuada en los estrictos términos del artículo 9 del Decreto 559 de 2020 no ingresa dentro de la prohibición del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Esto por cuanto el Decreto 559 es una Ley –pues se trata de un Decreto Legislativo– i) especial, en la medida en que regula una materia determinada y con vocación excepcional y ii) posterior en el tiempo. Además, iii) en consideración al criterio de interpretación restrictiva, si el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohibió la celebración de convenios interadministrativos no puede entenderse *también* prohibido el acto administrativo que permite expedir el artículo 9 del Decreto 559 de 2020, porque se estaría incluyendo una circunstancia que el supuesto de hecho de la restricción no contempla.

La Agencia llama la atención sobre el deber de las entidades estatales de analizar en cada caso la norma atributiva de la competencia, para observar cuál es la forma jurídica que consagra. Si la norma no permite expedir un acto administrativo para disponer de recursos durante el período de vigencia de la ley de garantías electorales, no puede la entidad pretender burlar el efecto de la prohibición de contratar directamente o de celebrar un convenio, según el caso, expidiendo un acto administrativo para disponer de los recursos. El artículo 6 de la Constitución establece que los servidores públicos son responsables «[…] por infringir la Constitución y las leyes» y «[…] por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones», es decir que solo pueden hacer lo que les esté expresamente permitido. Así las cosas, la interpretación efectuada por la Agencia en este concepto tiene en cuenta que el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 es una norma especial que permite efectuar una transferencia gratuita de bienes a través de un acto administrativo, pero este criterio no se puede generalizar en hipótesis que no establezcan dicha permisión legal expresa.

Por último, los peticionarios incluyen en su cuestionario las preguntas 4 a la 6, indagando por otras vías jurídicas que permitieran hacer la transferencia gratuita de bienes regulada en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 en caso de que, en criterio de la Agencia, dicha transferencia no pudiera realizarse debido a la prohibición contenida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Sin embargo, por sustracción de materia, al ser el Decreto Legislativo 559 de 2020 un régimen especial y al regular una transferencia de bienes formalizada en un *acto administrativo*, no aplican las excepciones a la contratación directa del artículo 33 ni es necesario inaplicar «por inconstitucional» el artículo 38, ambos de la Ley 996 de 2005.

En efecto, como se explicó en apartes anteriores, es cierto que el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 establece que queda exceptuada de la prohibición de la contratación directa durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial –incluyendo la segunda vuelta, si fuere el caso– «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». Pero, como se observa, en estos casos se está haciendo alusión a la contratación directa y no a la transferencia de bienes *por acto administrativo*, regulada en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020. Por consiguiente, a esta última norma no hay que aplicarle lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, porque alude a una transferencia *unilateral* y no a una que se realice a través de contratación directa.

Ni siquiera es necesario aplicar por analogía las excepciones previstas en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 al parágrafo del artículo 38 del mismo cuerpo normativo. Primero, porque, para la Agencia, las excepciones deben interpretarse restrictivamente y por eso, las del 33 no son aplicables al parágrafo del artículo 38, pues este prohíbe la celebración de convenios o contratos interadministrativos, los cuales no necesariamente se celebran por contratación directa. Además, la prohibición del parágrafo del artículo 38 es una norma diferente. Y segundo, porque, como se indicó, si el artículo 9 del Decreto 559 de 2020 *no* regula un evento de celebración de contratos o convenios interadministrativos, no tiene sentido aplicarle a dicha forma de transferencia especial –unilateral– excepciones a la celebración de convenios –actos jurídicos bilaterales–, por lo que no es procedente la analogía.

Finalmente, no puede decirse que el parágrafo del artículo 38 deba inaplicarse por una presunta inconstitucionalidad, debido a la existencia de la emergencia sanitaria del COVID-19, pues el Decreto Legislativo 559 de 2020 establece una regulación especial que permite la transferencia de los bienes requeridos para atender la situación de emergencia, mediante el acto administrativo. Partiendo de la existencia de la normativa especial, tampoco es procedente acudir a la excepción de inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 38, que no está prohibiendo que se adelante el procedimiento previsto en el artículo 9 del Decreto 559 de 2020.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de 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-2)
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-3)
3. Op.cit.: https://colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/la-agencia-nacional-de-contratacion-publica-colombia-compra-eficiente-0 [↑](#footnote-ref-4)
4. Ibíd. [↑](#footnote-ref-5)
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-6)
6. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-7)
7. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-8)
8. 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-9)
9. 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-10)
10. 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-11)
11. «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-12)
12. «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-13)
13. 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-14)
14. «[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-15)
15. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-16)
16. 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-17)
17. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-18)
18. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-19)
19. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-20)
20. 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-21)
21. 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-22)
22. 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-23)
23. 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-24)
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: «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-25)
25. 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-26)
26. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, ídem. [↑](#footnote-ref-27)
27. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de2006. Radicación 11001-03-06-000-2006-00023-00(1724). Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. [↑](#footnote-ref-28)
28. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

    »Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-29)
29. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-30)
30. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-31)
31. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-32)
32. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar». [↑](#footnote-ref-33)
33. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *“obligacional”* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto». [↑](#footnote-ref-34)
34. [Referencia propia de la cita] «La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *“contratos interadministrativos”* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93». [↑](#footnote-ref-35)
35. En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: «La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)». (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. M.P. Álvaro Namén Vargas). [↑](#footnote-ref-36)
36. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Decreto 092 de 2017, que en su desarrollo hace referencia tanto a los «contratos» como a los «convenios». [↑](#footnote-ref-37)
37. A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos». (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos). [↑](#footnote-ref-38)
38. Lo anterior, salvo que se traten de organismos internacionales que se rijan por normas internacionales y se financien con cargo a recursos de esos organismos (Cfr. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-559 del 31 de agosto de 2021). [↑](#footnote-ref-39)
39. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de noviembre de 2007. Expediente número 1863. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. [↑](#footnote-ref-40)
40. Corte Constitucional. Sentencia C-576 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería. [↑](#footnote-ref-41)
41. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de julio de 2013. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. Número interno: 2166. [↑](#footnote-ref-42)
42. Disposición aplicable tanto a las entidades exceptuadas, como a las sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en este último caso, por la remisión prevista en los artículos 13, 32 y 40 al derecho privado. [↑](#footnote-ref-43)
43. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-44)
44. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-45)
45. GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*. Madrid: Civitas, 1986. pp. 95-97. [↑](#footnote-ref-46)
46. Ibíd., pp. 44-45. [↑](#footnote-ref-47)
47. Ibíd., p. 96. [↑](#footnote-ref-48)
48. JIMÉNEZ VALDERRAMA, Fernando. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Legis, 2015. p. 34. [↑](#footnote-ref-49)
49. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2021. Magistrado Ponente: Luis Alonso Rico Puerta. Radicación: Radicación n.º 76001-31-03-004-2012-00180-01. [↑](#footnote-ref-50)
50. Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 7ª ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 43. [↑](#footnote-ref-51)