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 ‒ Prohibiciones ‒ Ámbito temporal**

[…] la Ley 996 de 2005 regula dos tipos de restricciones en materia de contratación, a saber: i) La del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la *contratación directa* por parte de todos los entes del Estado dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las excepciones arriba señaladas –establecidas en el inciso segundo del mismo artículo–. 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 solo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política, caso en el cual la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice esa segunda vuelta; ii) La del parágrafo del artículo 38 que debe aplicarse respecto de cualquier tipo de elección, 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 electoral.

**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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES** ─ **Prohibición** ─ **Contratación directa** ─ **Excepciones ─ Alcance**

[E]l 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». […] 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Interpretación** **‒ Restricciones - Excepciones**

[L]as prohibiciones impuestas a la libertad de contratar por dicha norma legal han de interpretarse de manera restrictiva. La consulta bajo estudio requiere un análisis de la interpretación de este tipo de normas, en particular, de las excepciones a la prohibición contenida en el mencionado artículo. Esto al encontrarnos frente a disposiciones legales de carácter prohibitivo o restrictivo, pues no es posible aplicar la analogía legis o iuris a los contenidos regulados por ellas. En consecuencia, el operador jurídico no podrá extender la norma a un evento no contemplado en ella conforme al principio de legalidad, es decir, a la voluntad del legislador de excluir o restringir solamente ciertas conductas previstas de manera explícita y taxativa en la misma ley. Con todo lo anterior, es de suma importancia resaltar que el uso de analogías es diferente de aplicar la prohibición a un concepto efectivamente contemplado en la norma, pero cuyo alcance deberá determinarse por vía de interpretación del texto estudiado. Esto también se predica respecto de las excepciones, que, como tales, no son prohibiciones sino habilitaciones o autorizaciones frente a estas. Es decir, las normas que establecen excepciones pueden ser objeto de interpretación extensiva pero no de aplicación analógica**.**

**OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO** **– Definición – Contratación directa - Clases**

La Ley 80 de 1993, en el parágrafo segundo del artículo 41, definió a las operaciones de crédito público como aquellas que «[…] tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales». Además, esta norma dispone que dichas operaciones y las conexas con éstas se contratarán en forma directa. En ejercicio de sus facultades reglamentarias, el Gobierno Nacional recogió la definición legal de este tipo de operaciones y la amplió mediante el Decreto 2681 de 1993, norma compilada, a su vez, en el artículo 2.2.1.1.1. del Decreto 1068 de 2015. Este último dispuso que «[s]on operaciones de crédito público los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago». La norma reglamentaria agregó que dentro de estas operaciones están comprendidas, entre otras, la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de entidades estatales.

**OPERACIONES CONEXAS A LAS DE CRÉDITO PÚBLICO** **– Definición – Contratación directa**

[E]l artículo 41 de la Ley 80 de 1993 hace referencia a las operaciones conexas a las de crédito público, el legislador no definió el alcance de estas últimas. Sin embargo, el artículo 2.2.1.1.4 del Decreto Único Reglamentario –que compila el artículo 6 del Decreto 2681 de 1993– dispone que «[s]e consideran conexas a las operaciones de crédito público […] los actos o contratos relacionados que constituyen un medio necesario para la realización de tales operaciones». De acuerdo con la citada disposición reglamentaria son conexos a las operaciones de crédito público, entre otros, los contratos necesarios para el otorgamiento de garantías o contragarantías a operaciones de crédito público; los contratos de edición, colocación, incluida la colocación garantizada, fideicomiso, encargo fiduciario, garantía y administración de títulos de deuda pública en el mercado de valores, así como los contratos para la calificación de la inversión o de valores, requeridos para la emisión y colocación de tales títulos en los mercados de capitales. Igualmente, la norma en mención indica que también son conexos a operaciones de crédito público «[…] los contratos de intermediación necesarios para llevar a cabo tales operaciones y los de asistencia o asesoría necesarios para la negociación, contratación, o representación de la entidad estatal en el exterior que deban realizarse por personas o entidades expertas en estas materias». Además, el precepto reglamentario prescribe que las operaciones conexas se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos.

**CONTRATOS DE CRÉDITO PÚBLICO Y CONTRATOS CONEXOS – Relación de necesidad**

[…] las operaciones conexas corresponden a actos y contratos celebrados durante el proceso que se adelanta para lograr la operación de crédito público y no se entienden de manera aislada a la actuación económica perseguida, dado que, su esencia, es la de servir de instrumento que facilita y permite la operación. Por eso, incluso, pueden ser también contratadas directamente, en el entendido que, al tener una relación inescindible, se les extiende la autorización que tiene el contrato de la operación de crédito público a la que es conexa […] De las nomas analizadas se colige que las operaciones conexas son actos y contratos sin los cuales las operaciones principales de crédito público no podrían concretarse o materializarse. De ahí que resulten «necesarias» para su realización, pues constituyen un medio para alcanzar el fin de estas operaciones, es decir, para la obtención del crédito público y, por lo tanto, para la celebración del contrato con ese objeto. En efecto, se reitera que la ley y el reglamento definen las actividades de crédito público y dentro de ese marco establecen las actividades u operaciones conexas a aquellas, en el entendido de que son necesarias e imprescindibles para la realización de las primeras. Dicha relación entre las actividades de crédito público y sus operaciones conexas permite concluir que para que las primeras sean llevadas a cabo resulta indispensable, también, efectuar las segundas.

**ACTOS Y CONTRATOS CONEXOS A LAS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO –Interdependencia funcional y teleológica - Encaje en la excepción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005**

[L]a excepción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 a la prohibición a la contratación directa en el periodo previo a la elección presidencial, cobija no solo los contratos de crédito público sino también los contratos conexos que permiten su celebración. Esto en la medida que tienen una interdependencia funcional y teleológica y, aun cuando cada tipo negocial conserva su individualidad normativa, su relación es de medio a fin. En otras palabras, las operaciones conexas son una *conditio sine qua non* de las operaciones principales de crédito público. Del mismo modo, una lectura en conjunto de los artículos 2.2.1.1.4. y 2.2.1.5.1. del Decreto 1068 de 2015 muestra la intención clara y reiterativa de la norma reglamentaria de someter las operaciones conexas al mismo régimen contractual de las operaciones principales, es decir, a la modalidad de contratación directa.

**CCE-DES-FM-17**



Bogotá D.C 14 de Marzo de 2022

Señora

**Carla Virviescas**

Representante Legal Suplente

Fitch Ratings Colombia S.A

Ciudad.

 **Concepto C ‒ 109 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones ‒ Contratación ‒ Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibiciones ‒ Ámbito temporal / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición ─ Contratación directa ─ Excepciones ─ Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Interpretación ‒ Restricciones - Excepciones / OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO – Definición – Contratación directa – Clases / OPERACIONES CONEXAS A LAS DE CRÉDITO PÚBLICO – Definición – Contratación directa / CONTRATOS DE CRÉDITO PÚBLICO Y CONTRATOS CONEXOS – Relación de necesidad / ACTOS Y CONTRATOS CONEXOS A LAS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO –Interdependencia funcional y teleológica - Encaje en la excepción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 |
| **Radicación**:  | Respuesta a consulta # P20220131000811 |

Estimada señora Virviescas:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde a su consulta del 31 de enero de 2022.

1. **Problema planteado**

En su consulta plantea lo siguiente:

«De manera atenta me permito solicitar su colaboración emitiendo un comunicado por medio del cual se ratifique que los contratos para la calificación de la inversión o de valores que hacen parte de las operaciones conexas a las de crédito publico previstas en el Decreto 2681 de 1993, se encuentran dentro de las excepciones previstas en la ley de garantías y por tal razón se pueden celebrar durante el periodo electoral de manera directa. Lo anterior con base en la respuesta emitida por CCE # 4201913000000222 del 26 de febrero de 2019»

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente 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-439 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 y C-523 del 10 de octubre de 2021, C-606 del 28 de octubre de 2021 y C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-636 del 16 de noviembre de 2021, 681 del 7 de diciembre de 2021, C-686 del 21 de diciembre de 2021 y C-697 del 3 de enero de 2022. El concepto C-413 del 17 de agosto de 2021 analizó la aplicación de la ley de garantías frente a las operaciones conexas a las operaciones de crédito público. Teniendo en cuenta los conceptos anteriores y analizando la pregunta en cuestión, se realizan las siguientes consideraciones.

**2.1. Finalidad y restricciones de la Ley de Garantías Electorales**

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones 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[[1]](#footnote-1).

 En el mismo sentido, 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. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional –en la Sentencia C-1153 de 2005– estableció lo siguiente:

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

Siguiendo 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 incluye 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. En efecto, lo anterior fue indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al precisar que:

No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[[2]](#footnote-2) y del Consejo de Estado[[3]](#footnote-3), coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador[[4]](#footnote-4).

De conformidad con lo anterior, es claro que la Ley de Garantías Electorales, para el cumplimiento de los objetivos que dieron lugar a su expedición, consagró 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 los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como territorial.

**2.2. Determinación de las restricciones según el tipo de elecciones**

De acuerdo con lo indicado anteriormente, 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»[[5]](#footnote-5).

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»[[6]](#footnote-6). Teniendo en cuenta lo anterior, 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, así[[7]](#footnote-7):

La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. *En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38*. (Cursivas fuera de texto)

Por lo tanto, la Ley 996 de 2005 regula dos tipos de restricciones en materia de contratación, a saber: i) la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la *contratación directa* por parte de todos los entes del Estado, independiente de su régimen jurídico, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las excepciones arriba señaladas –establecidas en el inciso segundo del mismo artículo–. 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 solo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política, caso en el cual la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice esa segunda vuelta; y ii) la del parágrafo del artículo 38 que debe aplicarse respecto de cualquier tipo de elección, 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 electoral, en relación con las autoridades señaladas en dicha disposición.

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

Un contrato o una convención es un acuerdo de voluntades entre dos o más partes generadora de obligaciones, ya sea de dar, hacer o no hacer algo. Dicho acuerdo es ley para los extremos de la relación contractual, por lo que solo podrá ser invalidado por su consentimiento mutuo o por causas legales[[8]](#footnote-8). Con respecto al contrato estatal se señala que es un acuerdo de voluntades, que tiene sustantividad propia y diferente a la de los contratos civiles o comerciales, donde una de las partes es una entidad estatal, teniendo en cuenta lo definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación […].

 Un sector de la doctrina, con referencia al contrato estatal, señala lo siguiente: «(…) la denominación de “contrato estatal”, se acoge el criterio orgánico para su distinción, con lo cual, en adelante, sólo interesará, para determinar su naturaleza, que una de las partes del contrato sea una Entidad Estatal de la que define el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, independientemente del régimen privado o administrativo por el que haya de regirse»[[9]](#footnote-9). Este concepto parte del criterio orgánico, en el que se considera que un contrato estatal tiene esa calidad cuando una de las partes es una entidad pública. Es decir, un contrato estatal es cualquier acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades estatales a las que dicha Ley se refiere, previstos en el derecho privado o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Además, la Ley 80 de 1993 también facultó de manera expresa a las entidades estatales para celebrar contratos y los demás *acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad* y requieran el cumplimiento de los fines estatales, así como la continua y eficiente prestación de servicios públicos[[10]](#footnote-10).

 Lo anterior implica que las entidades estatales que se rigen por la Ley 80 de 1993, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden celebrar todos los acuerdos, denomínese contrato, convención, convenio, entre otros, que requieran para la materialización de sus objetivos misionales y consecuentemente los fines estatales. Entre otras cosas, porque, de acuerdo con la Constitución Política, la función administrativa está al servicio del interés general, y por tanto, las autoridades administrativas tienen la obligación de coordinar sus actuaciones con la finalidad de lograr el adecuado cumplimiento de los fines del Estado[[11]](#footnote-11).

Ahora bien, 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[[12]](#footnote-12). 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.

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

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. En efecto, 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[[13]](#footnote-13). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección, no la naturaleza de contrato interadministrativo. 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 jurídica negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente a los contratos y convenios interadministrativos sus características, señalando que:

[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

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[[14]](#footnote-14).

En ese sentido, los convenios o contratos interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen en su celebración. Además de lo anterior, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general, para la celebración de los contratos interadministrativos. En este sentido, la contratación directa es una modalidad de aplicación restrictiva en el EGCAP, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las leyes que lo modifiquen o adicionen, teniendo en cuenta que es una excepción al principio de libre concurrencia que aplica a los procedimientos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta.

De esta manera, el artículo 2, numeral 4, literal c), de la Ley 1150 de 2007, dispone que, de manera excepcional, las entidades estatales pueden contratar directamente, entre otras, los «Contratos interadministrativos, 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». No obstante, esta disposición exceptuó celebrar de manera directa contratos o convenios interadministrativos cuando se trate de un contrato de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación, de conformidad respecto a 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. Estas entidades pueden ejecutar aquellos contratos siempre que resulten adjudicatarias en un proceso abierto y con la participación de una pluralidad de oferentes, pues en dichos casos la entidad estatal que así lo requiera deberá adelantar una licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada o mínima cuantía, dependiendo del caso[[15]](#footnote-15).

Si bien la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades estatales pueden celebrar contratos o convenios interadministrativos de manera directa, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, la misma establece excepciones a esta regla, la cual está condicionada a que ciertas tipologías contractuales sean ejecutadas por las entidades estatales previstas en la noma mencionada. Nótese que, pese a tratarse de entidades del Estado, la Ley no restringió su denominación de contrato interadministrativo, sino que exceptuó el procedimiento de selección del contratista. Asimismo, hay otras excepciones a la celebración de contratos interadministrativos, como la contemplada en el último párrafo del literal c, numeral 4, artículo 2 ibídem: «Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las 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.

Igualmente, es necesario tener en cuenta que el Código Civil, en el artículo 1495, equipara las instituciones analizadas al disponer que «*contrato o convención* es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa […]» (Énfasis fuera de texto). De este modo, se concluye que no existe diferencia sustancial entre contrato y convención en el derecho privado. Por tanto, si dicho régimen jurídico es aplicable a la contratación estatal, tampoco es procedente hacer distinción en la actividad contractual de las entidades públicas cuando celebran contratos y convenios interadministrativos.

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

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

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

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

 Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión, en el sentido de que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el entendido 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 partió de su asimilación 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 evidencia que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de las entidades estatales de orden Municipal, Departamental o Distrital, la celebración de convenios o contratos interadministrativos que ejecuten recursos públicos. En este sentido, si una o ambas partes son entidades estatales, de aquellas descritas en el parágrafo del artículo 38 *ibidem*, en principio, no podrán celebrar entre estas convenios o contratos durante el periodo electoral señalado en la norma, indistintamente de su objeto contractual, pues, como se anotó en precedencia, si las partes son entidades estatales su denominación será la de un contrato o convenio interadministrativo, y la celebración de dichos contratos está restringida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, la cual no dispuso excepción alguna por su objeto.

**2.4. Alcance del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 y criterios de interpretación aplicables**

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

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[[17]](#footnote-17). 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. [...][[18]](#footnote-18) .

De conformidad con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos u otros previstos en normas especiales. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos[[19]](#footnote-19) y sistematizó las causales de contratación directa[[20]](#footnote-20).

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

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[[23]](#footnote-23).

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, la selección abreviada y la mínima cuantía, razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estas modalidades.

Como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Agencia, las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de los mismos, pueden tener lugar en el período de aplicación de la Ley de Garantías, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad[[24]](#footnote-24).

De otro lado, las excepciones a la restricción previstas en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales las entidades públicas podrán adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas 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.

Esta Agencia ha entendido, conforme a la explicación del numeral anterior, que las prohibiciones impuestas a la libertad de contratar por dicha norma legal han de interpretarse de manera restrictiva. La consulta bajo estudio requiere un análisis de la interpretación de este tipo de normas, en particular, de las excepciones a la prohibición contenida en el mencionado artículo. Esto al encontrarnos frente a disposiciones legales de carácter prohibitivo o restrictivo, pues no es posible aplicar la analogía *legis* o *iuris* a los contenidos regulados por ellas. En consecuencia, el operador jurídico no podrá extender la norma a un evento no contemplado en ella conforme al principio de legalidad, es decir, a la voluntad del legislador de excluir o restringir solamente ciertas conductas previstas de manera explícita y taxativa en la misma ley.

Con todo lo anterior, es de suma importancia resaltar que el uso de analogías es diferente de aplicar la prohibición a un concepto efectivamente contemplado en la norma, pero cuyo alcance deberá determinarse por vía de interpretación del texto estudiado. Esto también se predica respecto de las excepciones, que, como tales, no son prohibiciones sino habilitaciones o autorizaciones frente a estas. Es decir, las normas que establecen excepciones pueden ser objeto de interpretación extensiva pero no de aplicación analógica. De esta manera lo ha entendido el Consejo de Estado al explicar lo siguiente:

Al efecto cabe precisar que la aplicación de la ley al caso regulado por ella, mediante su interpretación, difiere sustancialmente de aplicar la ley a un evento no previsto en la norma. La interpretación puede realizarse mediante diversos métodos, entre otros, por el exegético, sistemático, sociológico, teleológico o finalista, y en estos eventos la ley se aplica a un caso realmente contemplado en ella. En cambio, la aplicación analógica de la ley supone la aplicación de la ley a un evento no previsto por el legislador.

De esta manera se tiene que cuando se aplica la ley a un evento regulado por ella, que fue determinado mediante la interpretación de la norma, no se está en presencia de la analogía legis, sino frente a la aplicación de la norma a un supuesto de hecho previsto en ella. Las normas pueden interpretarse en forma sistemática o extensiva, lo cual no comporta la aplicación de la norma a casos no contemplados en ella. En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido.

Dicho en otras palabras, *una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente*. Esto significa que la interpretación finalista o teleológica, debe conducir al intérprete a cobijar aquellas situaciones que están ínsitas en el supuesto lógico de la norma. Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

“*Las normas que establecen excepciones pueden ser objeto de interpretación extensiva pero no de aplicación analógica. No repugna a la naturaleza de las normas excepcionales la interpretación extensiva, cuando aparece que la hipótesis cuestionada está incluida por modo claro, aunque implícito, en la misma norma*. Pero la aplicación por analogía es de todo punto inadmisible en materia de textos que regulan casos de excepción, porque entonces se busca incluir en la norma excepcional supuestos de hecho claramente situados fuera de su órbita, con criterio que se funda en la identidad de razón jurídica para dar el mismo tratamiento a situaciones fundamentalmente semejantes, cuando se trata de colmar vacíos (203, 204, Código Judicial), o de que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, para organizar derecho a la luz de la doctrina (8º, L. 153/887), mas no cuando la ley prevé y regula todas las hipótesis de manera general, y sólo por excepción sustrae determinados supuestos de su invariable imperio. No queda vacío alguno por llenar y el criterio de analogía permanece entonces fuera del elenco”[[25]](#footnote-25). (Énfasis fuera de texto)

Cabe aclarar que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre otras excepciones contenidas en el artículo 33, particularmente, sobre aquella relacionada con actividades de defensa y seguridad. Concluyó que estos son conceptos amplios, cambiantes, indeterminados y relativos, que cubren operaciones conexas relacionadas con el orden público, la convivencia pacífica y la protección de derechos y libertades individuales[[26]](#footnote-26). Además, la Corte Constitucional también fue clara estableciendo la razón de ser de la prohibición impuesta para la contratación directa en el artículo 33 y de sus excepciones:

Ahora, 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*.

En efecto, las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral. Por su parte, *la no restricción en la celebración de contratos de crédito público es razonable, pues le permite al Estado mantener la estabilidad fiscal toda vez que tanto el endeudamiento interno como el externo permiten conseguir los recursos necesarios para el pleno cubrimiento de las previsiones presupuestales*[[27]](#footnote-27). (Énfasis fuera de texto)

Así las cosas, la Agencia ha sido enfática en el deber que tienen las entidades estatales de evaluar cuidadosamente la naturaleza de las actividades que se proponen adelantar, para determinar si estas se encuadran en las excepciones para contratar directamente durante los cuatro meses antes a la elección presidencial. Ello con la finalidad de lograr un equilibrio entre la igualdad de condiciones de los candidatos electorales y los intereses públicos de los que habla la Corte, evitando causar un agravio desproporcionado a ciertas actividades estatales fundamentales que no pueden paralizarse. Por tanto, 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.

Con el propósito de emprender un análisis sobre el tipo de operaciones a las que hace referencia la consulta elevada, se revisará el marco jurídico aplicable tanto a los contratos de crédito público, como a sus operaciones conexas, es decir, sus definiciones, vehículos contractuales aplicables y formas de contratación fijadas por la ley, tal como se explicará en el próximo acápite.

**2.5. Operaciones de crédito y sus operaciones conexas: aplicabilidad de la Ley de Garantías Electorales**

En relación con la pregunta planteada por el peticionario, cabe precisar que el mismo problema jurídico fue desarrollado en el concepto C-413 del 17 de agosto de 2021, cuyas consideraciones se reiteran en esta ocasión. La Ley 80 de 1993, en el parágrafo segundo del artículo 41, definió a las operaciones de crédito público como aquellas que «[…] tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales». Además, esta norma dispone que dichas operaciones y las conexas con éstas se contratarán en forma directa.

En ejercicio de sus facultades reglamentarias, el Gobierno Nacional recogió la definición legal de este tipo de operaciones y la amplió mediante el Decreto 2681 de 1993[[28]](#footnote-28), norma compilada, a su vez, en el artículo 2.2.1.1.1. del Decreto 1068 de 2015[[29]](#footnote-29). Este último dispuso que «[s]on operaciones de crédito público los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago». La norma reglamentaria agregó que dentro de estas operaciones están comprendidas, entre otras, la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de entidades estatales.

Al comparar el texto legal y el reglamentario, se concluye que el Gobierno Nacional ahondó en la definición de las operaciones de crédito público, agregándoles que también son aquellas en donde una entidad estatal actúa como deudora solidaria o garante de una obligación. Adicionalmente, incluyó la clasificación de operaciones de crédito internas y externas, de acuerdo con el lugar en donde se celebren y la moneda en la que se deban pagar las obligaciones adquiridas, en atención a las regulaciones cambiarias, en los siguientes términos:

Para efectos de lo dispuesto en el presente título, las operaciones de crédito público pueden ser internas o externas. Son operaciones de crédito público internas las que, de conformidad con las disposiciones cambiarias, se celebren exclusivamente entre residentes del territorio colombiano para ser pagaderas en moneda legal colombiana. Son operaciones de crédito público externas todas las demás […].

La jurisprudencia constitucional a partir de las anteriores disposiciones ha definido las operaciones en cuestión brindando algunos ejemplos de este tipo de actos, así como de las operaciones asimiladas a las de crédito público y definiendo las operaciones de manejo de deuda pública[[30]](#footnote-30). Esta Agencia también ha reiterado estas definiciones normativas al considerar, dentro de los Conceptos 2201913000009289 y 201913000007443 de 2019, lo siguiente:

El parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, define las operaciones de crédito público como aquellas que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales. […]

De acuerdo con la definición de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 1068 de 2015, las operaciones de crédito publico permiten dotar a la entidad de recursos líquidos, suministrar bienes o la prestación de servicios[[31]](#footnote-31).

El tráfico jurídico de este tipo de contratos y operaciones muestra que suelen ser complejos, pues cubren actos de variada naturaleza, no solamente en el campo contractual, sino también sobre actuaciones financieras y de la hacienda pública que, en algunas ocasiones, usan títulos valores como vehículos de sus transacciones. El contrato de empréstito usualmente es el acto jurídico estatal por excelencia asociado con una operación de crédito público[[32]](#footnote-32); sin embargo, existen otros de diferente naturaleza que también son comunes, como lo son las líneas de crédito contingentes, los créditos de proveedores, la emisión, suscripción y colación de títulos de deuda pública, las operaciones de manejo de deuda, entre otros[[33]](#footnote-33).

Las reglas aplicables a este tipo de operaciones dejan claro que, independientemente de la modalidad negocial adoptada, estas siempre se contratan de manera directa. Lo anterior deriva de la habilitación del citado artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 2.2.1.5.1 del Decreto 1068 de 2015[[34]](#footnote-34). Estas operaciones, de carácter complejo, revisten distintas formas y modalidades, pero todas encaminadas a dotar a una entidad estatal de recursos, con plazo para su pago, por regla general. A su vez, la ley y su reglamento han dictaminado que este tipo de operaciones se contraten directamente, sin necesidad de acudir al procedimiento de licitación o concurso de méritos u otros contemplados en la ley para garantizar la participación plural de oferentes, dado su particular objeto y naturaleza especial, que hacen difícil al Estado establecer las condiciones generales para realizar este tipo de contratación. Sin embargo, la entidad contratante, al suscribir este tipo de contratos, deberá aplicar los principios de economía, transparencia y selección objetiva, consagrados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora bien, pese a que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 hace referencia a las operaciones conexas a las de crédito público, el legislador no definió el alcance de estas últimas. Sin embargo, el artículo 2.2.1.1.4 del Decreto Único Reglamentario –que compila el artículo 6 del Decreto 2681 de 1993– dispone que «[s]e consideran conexas a las operaciones de crédito público […] los actos o contratos relacionados que constituyen un medio necesario para la realización de tales operaciones».

De acuerdo con la citada disposición reglamentaria son conexos a las operaciones de crédito público, entre otros, los contratos necesarios para el otorgamiento de garantías o contragarantías a operaciones de crédito público; los contratos de edición, colocación, incluida la colocación garantizada, fideicomiso, encargo fiduciario, garantía y administración de títulos de deuda pública en el mercado de valores, así como los contratos para la calificación de la inversión o de valores, requeridos para la emisión y colocación de tales títulos en los mercados de capitales.

Igualmente, la norma en mención indica que también son conexos a operaciones de crédito público «[…] los contratos de intermediación necesarios para llevar a cabo tales operaciones y los de asistencia o asesoría necesarios para la negociación, contratación, o representación de la entidad estatal en el exterior que deban realizarse por personas o entidades expertas en estas materias». Además, el precepto reglamentario prescribe que las operaciones conexas se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos. En este sentido, los lineamientos técnicos del Departamento Nacional de Planeación han dado una pauta similar a aquella fijada en la norma reglamentaria, explicando que las operaciones conexas:

Son todos los actos o contratos necesarios para la realización de operaciones de crédito público […]. Se contratan en forma directa sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos, por cuanto la autorización está dada implícitamente en la operación a la que es conexa.

Tipos de Operaciones (Entre Otras)

* Los contratos necesarios para el otorgamiento de garantías o contragarantías a operaciones de crédito público.
* Los contratos de edición, colocación, colocación garantizada, fideicomiso o encargo fiduciarios, garantía y administración de títulos de deuda pública en el mercado de valores.
* Los contratos para la calificación de la inversión o de valores, requeridos para la emisión y colocación de títulos en los mercados de capitales.
* Los contratos de intermediación necesarios para llevar a cabo operaciones de crédito público[[35]](#footnote-35). (subraya fuera del texto original)

Por consiguiente, las operaciones conexas corresponden a actos y contratos celebrados durante el proceso que se adelanta para lograr la operación de crédito público y no se entienden de manera aislada a la actuación económica perseguida, dado que, su esencia, es la de servir de instrumento que facilita y permite la operación. Por eso, incluso, pueden ser también contratadas directamente, en el entendido que, al tener una relación inescindible, se les extiende la autorización que tiene el contrato de la operación de crédito público a la que es conexa.

 De las nomas analizadas se colige que las operaciones conexas son actos y contratos sin los cuales las operaciones principales de crédito público no podrían concretarse o materializarse. De ahí que resulten «necesarias» para su realización, pues constituyen un medio para alcanzar el fin de estas operaciones, es decir, para la obtención del crédito público y, por lo tanto, para la celebración del contrato con ese objeto. En efecto, se reitera que la ley y el reglamento definen las actividades de crédito público y dentro de ese marco establecen las actividades u operaciones conexas a aquellas, en el entendido de que son necesarias e imprescindibles para la realización de las primeras. Dicha relación entre las actividades de crédito público y sus operaciones conexas permite concluir que para que las primeras sean llevadas a cabo resulta indispensable, también, efectuar las segundas.

Por este motivo, la excepción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 a la prohibición a la contratación directa en el periodo previo a la elección presidencial, cobija no solo los contratos de crédito público sino también los contratos conexos que permiten su celebración. Esto en la medida que tienen una interdependencia funcional y teleológica y, aun cuando cada tipo negocial conserva su individualidad normativa, su relación es de medio a fin. En otras palabras, las operaciones conexas son una *conditio sine qua non* de las operaciones principales de crédito público. En igual sentido, una lectura en conjunto de los artículos 2.2.1.1.4. y 2.2.1.5.1. del Decreto 1068 de 2015 muestra la intención clara y reiterativa de la norma reglamentaria de someter las operaciones conexas al mismo régimen contractual de las operaciones principales, es decir, a la modalidad de contratación directa.

De todo lo dicho, se advierte, primero, que la restricción para la contratación directa del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 obedece a una finalidad primordial de garantizar la seguridad, transparencia e integridad de la actividad electoral. Por esa razón, el legislador decidió prohibir que las entidades públicas lleven a cabo procesos de selección mediante contratación directa durante los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si hubiere lugar a ello.

Sin embargo, el propio artículo 33 dispone de ciertos casos en los cuales resulta exceptuada dicha prohibición. Así, excluye a lo referente a las operaciones de crédito público, lo que significa que pueden contratarse directamente durante el periodo preelectoral. Como se explicó *ut supra*, las excepciones a la prohibición obedecen a distintos criterios como la naturaleza de la actividad, su urgencia o gravedad, etc. En otras palabras, la intención del legislador al establecer tales excepciones es la de permitir la contratación directa de actividades cuya prohibición durante el periodo preelectoral no resulta justificable o razonable.

Así las cosas, si el legislador ha optado por permitir que durante el periodo preelectoral pueda contratarse directamente operaciones de crédito público por resultar particularmente necesarias e importantes, y en la medida en que para que estas puedan llevarse a cabo es necesaria la realización de operaciones conexas a estas, no podría concluirse nada distinto a que estas últimas también pueden ser contratadas durante el periodo preelectoral.

Una conclusión distinta desconocería las finalidades perseguidas por el legislador al exceptuar las actividades de crédito público de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, por cuanto de nada serviría autorizar la contratación directa de dichas actividades durante el periodo electoral, si la contratación de las operaciones conexas estuviera restringida. La finalidad de la norma y el principio del efecto útil de las disposiciones implican interpretar el contenido de las operaciones de crédito público de manera que al aplicar la excepción se produzca el efecto deseado por el legislador.

No obstante, las entidades estatales deben ser cuidadosas en el análisis de cada caso concreto, para determinar si las actividades que van a realizar están amparadas por las excepciones del artículo 33 de la Ley de Garantías. Bajo la posición adoptada en el presente concepto, solamente estarían cobijadas las operaciones conexas que cumplan con el carácter de necesarias para lograr las operaciones principales de crédito público.

**3. Respuestas**

«De manera atenta me permito solicitar su colaboración emitiendo un comunicado por medio del cual se ratifique que los contratos para la calificación de la inversión o de valores que hacen parte de las operaciones conexas a las de crédito publico previstas en el Decreto 2681 de 1993, se encuentran dentro de las excepciones previstas en la ley de garantías y por tal razón se pueden celebrar durante el periodo electoral de manera directa. Lo anterior con base en la respuesta emitida por CCE # 4201913000000222 del 26 de febrero de 2019»

De acuerdo con las consideraciones expuestas, la excepción contemplada en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 respecto de los contratos de crédito público cobija a los contratos conexos definidos por el artículo 2.2.1.1.4 del Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015. No obstante, las entidades estatales deben ser cuidadosas en el análisis de cada caso concreto, para determinar si las actividades que van a realizar están amparadas por las excepciones. Bajo la posición adoptada, solamente estarían cobijadas las operaciones conexas que cumplan con el carácter de necesarias para lograr las operaciones principales de crédito público.

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

Atentamente,

 

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Urrego JiménezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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

»A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria». [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencias: C-233 de 4 de abril de 2002, expediente: D-3704; C-551 de 9 de julio de 2003, expediente: CRF-001 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente: DD7966; entre otras. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-4)
5. «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-5)
6. «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-6)
7. 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-7)
8. Código Civil, artículos 1495 y 1602. [↑](#footnote-ref-8)
9. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 5°° ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R, 2005. p. 35. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 80 de 1993, artículo 3 y 40. [↑](#footnote-ref-10)
11. Constitución Política, artículo 209. [↑](#footnote-ref-11)
12. 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-12)
13. 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-13)
14. 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-14)
15. 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-15)
16. «[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-16)
17. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-17)
18. 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-18)
19. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-19)
20. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-20)
21. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-21)
22. 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-22)
23. 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-23)
24. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Circular Externa Única. Numeral 15.3. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–. Sentencia de 11 de septiembre de 2003, Rad. 14652. C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 2 de septiembre de 2013, Rad. 2168, C.P. Álvaro Namén Vargas: «De acuerdo con la anterior jurisprudencia es posible señalar lo siguiente: […] Se trata de conceptos amplios, relativos y dinámicos, cuya concreción depende de los objetivos que se propone alcanzar el Estado en una época determinada, de manera que son susceptibles de actualización y sufren constantes transformaciones y cambios. […] Como se puede concluir de este análisis, los conceptos de seguridad y defensa nacionales son conceptos jurídicos indeterminados, su alcance no se limita al campo de lo bélico sino que incluye asuntos encaminados, directamente o por conexidad, al mantenimiento del orden público, la convivencia pacífica de la comunidad y la vigencia de los derechos y libertades de las personas». [↑](#footnote-ref-26)
27. Corte Constitucional, Sentencia C–1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-27)
28. Por medio del cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas. [↑](#footnote-ref-28)
29. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público. [↑](#footnote-ref-29)
30. Corte Constitucional, Sentencia C–670 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, para. 13.1. [↑](#footnote-ref-30)
31. Colombia Compra Eficiente, Conceptos con Rad. 2201913000009289 y Rad. 4201913000007443 de 2019. [↑](#footnote-ref-31)
32. “[P] ara los contratos de empréstito, cuyo propósito es proveer a las entidades contratantes de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para su pago [artículo 7 Decreto 2681 de 1993], la Ley dispuso que estos se realizan de forma directa, pues de acuerdo con su naturaleza, le es difícil al Estado establecer las condiciones generales para realizar este tipo de contratación, esto, sin quedar desprovisto de su deber de selección objetiva. Así las cosas, nos encontramos frente a una tipología contractual cuyo origen se da confluencia de la voluntad por parte del Estado y quienes proveen los recursos, en este caso, sus acreedores y de contenido oneroso. […] Continuando con el desarrollo del citado Decreto, los contratos de empréstito se encuentran una clasificación de acuerdo a dos componentes: el primero obedece a si el empréstito es interno o externo y el segundo a la naturaleza de la entidad contratante. Se tiene entonces que las operaciones de crédito público internas, son las que se celebren exclusivamente entre residentes del territorio colombiano para ser pagaderas en moneda legal colombiana y las operaciones de crédito público las demás. Su clasificación también se realiza conforme a su temporalidad, siendo los contratos de empréstito a largo plazo aquellos cuyo plazo es superior a un año y se buscan financiar inversiones a largo plazo, y los contratos de empréstito a corto plazo cuyo objetivo es financiar gastos a corto plazo y son inferiores a un año. El artículo 7 del Decreto 2681 de 1993, delimita la posibilidad de realizar estos contratos de empréstito a «entidades estatales», lo que lleva a la conclusión que su administración estará a cargo de la entidad contratante, cuya naturaleza será la de entidad estatal o bajo las figuras jurídicas en las que el Estado cuenta con participación en su capital.” (Colombia Compra Eficiente, Conceptos C-370 de 2 de julio de 2020). [↑](#footnote-ref-32)
33. La regulación *in extenso* de la materia se encuentra entre los capítulos 1 y 4 del libro 2, parte 2 título 1del Decreto 1068 de 2015. Ver, Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 13 de junio de 2013. Rad. 19028. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez: «Se tiene entonces que los créditos a proveedores ciertamente hacen parte de las operaciones de crédito público, distinguidas por las únicas y categóricas finalidades de dotar a la entidad contratante de recursos, bienes o servicios, con la mediación de un plazo para pagarlos, o de garantizar obligaciones de pago, inclusive bajo la forma de la solidaridad; y, en todo caso, los actos o contratos análogos a esas unívocas finalidades, que obliguen a la entidad estatal bajo un determinado plazo de pago». (subraya fuera del texto original). Ver también, Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de octubre de 2005. Rad. 1684. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo: «La emisión de títulos de deuda pública autorizada por la ley 487, se enmarca dentro de las operaciones de crédito público definidas por el Estatuto de Contratación de la Administración Pública […] Estos Bonos que comparten la naturaleza jurídica de empréstito, serían títulos a la orden con un plazo de cinco (5) años y devengarían un rendimiento anual igual al 80 % de la variación del índice de precios al consumidor ingresos medios certificados por el DANE». (subraya fuera del texto original) [↑](#footnote-ref-33)
34. Decreto 1068 de 2015: «Artículo 2.2.1.5.1. Contratación directa y selección de contratistas. Las operaciones de crédito público, las operaciones asimiladas, las operaciones de manejo de la deuda y las conexas con las anteriores, se contratarán de forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos.

»Para la selección de los contratistas se aplicarán los principios de economía, transparencia y selección objetiva contenidos en la Ley 80 de 1993, según lo dispuesto en el Capítulo en desarrollo de lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 24 de la citada ley». [↑](#footnote-ref-34)
35. Departamento Nacional de Planeación, Subdirección de Crédito, Bogotá D.C., mayo de 2013, Manual de Operaciones de Crédito Público, acápite 1.1.3. [↑](#footnote-ref-35)