**CCE-DES-FM-17**

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Definición ─ Finalidad ─ Restricciones ─ Destinatarios**

[…] La Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial. […]

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 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.

Bajo este contexto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales cobija a todas las entidades estatales, incluidas las entidades territoriales como alcaldías y se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes». Por tanto, si un contrato de comodato pretende celebrarse de manera directa le aplica, en principio, la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 […].

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

[…] La Ley 996 de 2005 establece en su artículo 33 que queda prohibida la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las excepciones que 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.

**CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS ─ Naturaleza**

[…] La Ley [1575](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48943#1575) de 2012 establece que las clases de cuerpos de bomberos son Oficiales, Voluntarios y Aeronáuticos, a su vez señala que, los Cuerpos de Bomberos Voluntarios, son aquellos organizados como asociaciones sin ánimo de lucro, de utilidad común y con personería jurídica expedida por las secretarías de gobierno departamentales, organizadas para la prestación del servicio público para la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos»

La Corte Constitucional en sentencia C-770 de 1998, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, respecto de la naturaleza jurídica de los bomberos voluntarios, manifestó:

 «Los cuerpos de bomberos voluntarios no son una simple asociación privada o un club recreacional, sino que desarrollan un servicio público de importancia y riesgo, como es el servicio de bomberos. En efecto, la propia ley es clara en señalar que esas entidades asociativas se desarrollan para la prevención de incendios y calamidades, y como tales se encargan de un servicio público cuya deficiente prestación puede poner en peligro la vida, la integridad personal y los bienes de los asociados»

De acuerdo con lo anterior, es viable manifestar que los bomberos voluntarios se conforman como una asociación privada organizada sin ánimo de lucro para la prestación de un servicio público, sin que ello concluya en que prestan función pública; […]

**CONTRATOS DE COMODATO ─ Entidades públicas ─ ESAL**

[…] Conforme lo señalado en el concepto C-014 de 2020de la Agencia Nacional de Contratación Pública  «el contrato de comodato es una de las tantas prestaciones que hace parte de la colaboración conjunta entre las entidades públicas y las ESAL para el cumplimiento de objetivos de interés general previstos en los planes de desarrollo o para el cumplimiento de las funciones de las entidades públicas» y en tal sentido, el comodato –sea de bienes inmuebles o muebles– están incorporados en los artículos 2 y 5 del Decreto 092 de 2017, de tal suerte que, por regla general implican la existencia de un proceso competitivo, salvo excepciones en él previstas.



Bogotá, 18 de Marzo de 2022

Señor

**Fredy Alberto Amado Angulo**

Alcaldía Municipal

Nilo, Cundinamarca

**Concepto C – 122 de 2022**

**Temas**: LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Definición ─ Finalidad ─ Restricciones ─ Destinatarios / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición ─ Contratación Directa ─ Alcance ─ Excepciones / CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS ─ Naturaleza / CONTRATOS DE COMODATO ─ Entidades públicas ─ ESAL

**Radicación**: Respuesta a consultas acumuladas # P20220210001326 y P20220225001886

Estimado señor Amado,

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 sus consultas del 10 de febrero de 2022 y del 2 de febrero de 2022 radicada en el Contraloría General de la Nación y trasladada por competencia a esta entidad el 23 de febrero de 2022.

**1. Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«[…] me dirijo a la entidad con el fin de solicitar concepto formal, para realizar la contratación del Cuerpo Voluntario de Bomberos y la suscripción de los comodatos de los vehículos automotores destinados a la atención del riesgo contra incendio pendientes, toda vez que los mismos no se firmaron antes del inicio de la aplicación de la ley de garantías, a lo cual el cuerpo de bomberos manifiesta que se encuentran exceptuados, no obstante, la norma señala lo siguiente:

» ARTÍCULO 33. RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> 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.

» Teniendo en cuenta lo anterior las excepciones señaladas en el artículo anterior no es claro en señalar si dentro del marco de aplicación de la ley de garantías se puede suscribir contratos con el cuerpo de bomberos enmarcados dentro de las excepciones señaladas en el artículo en cita»

**2. Consideraciones**

De conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»[[1]](#footnote-1). Por ello, la Agencia no tiene atribuciones para resolver casos particulares y concretos, ni para validar las actuaciones de las entidades estatales.

Es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual, en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos, de acuerdo con lo indicado respecto a las normas que otorgan competencia consultiva a esta Subdirección. Además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del ente que elabora el concepto.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente estudió el ámbito de aplicación de la ley 996 de 2005 y la restricción específica contenida en su artículo 33, entre otros pronunciamientos, en los conceptos: 4201912000004632 del 6 de agosto de 2019, 2201913000005655 del 8 de agosto de 2019, 2201913000006283 del 27 de agosto de 2019, 2201913000006521 del 3 de septiembre de 2019, 2201913000006634 del 6 de septiembre de 2019, 2201913000006639 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000007430 del 7 de octubre de 2019, 2201913000007565 del 10 de octubre de 2019, 2201913000008259 del 6 de noviembre de 2019, C-074 del 17 de marzo de 2021, C-075 del 16 de marzo de 2021, C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021, C-259 del 2 de junio de 2021, C-296 del 22 de junio de 2021, C-337 del 13 de julio de 2021, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021, C-374 del 16 de septiembre de 2021, C-381 del 2 de agosto de 2021, C-391 del 11 de agosto de 2021, C-396 del 13 de agosto de 2021, C-401 del 10 de agosto de 2021, C-413 del 17 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre de 2021, C-481 del 98 de septiembre de 2021, C-495 del 15 de septiembre de 2021, C-497 del 15 de septiembre de 2021, C-499 del 15 de septiembre de 2021, C-523 del 10 de octubre de 2021, C-528 del 27 de septiembre de 2021, C-543 del 9 de noviembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021, C-557 del 7 de octubre de 2021, C-563 del 8 de octubre de 2021, C-606 del 3 de noviembre de 2021, C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-633 del 11 de noviembre de 2021, C-634 del 11 de noviembre de 2021, C-636 del 16 de noviembre de 2021, C-677 del 4 de diciembre de 2021, C-695 del 22 de diciembre de 2021, C-015 del 12 de enero de 2022 y C-116 del 18 de febrero de 2022. En el mismo sentido, en los conceptos C-674 del 6 de diciembre de 2021, C-699 del 6 de enero de 2022 y C-715 del 21 de enero de 2022, se refirió a los alcances de la modificación realizada por la Ley 2159 de 2021.

Por otra parte, la Agencia, en los conceptos No. 2201913000006306 del 28 de agosto de 2019, 2201913000007760 del 17 de octubre de 2019, C-014 de 2020 del 24 de marzo de 2020, analizó el contrato de comodato y su alcance. A su vez, en los conceptos No. 415140000909 de 2015, 2201913000006394 del 30 de agosto de 2019, 2201913000009198 del 12 de diciembre de 2019, 2201913000009467 del 20 de diciembre de 2019, C-081 de 2020 del 3 de marzo de 2020, C-070 del 4 de marzo de 2020, C-094 del 4 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-416 del 3 de julio de 2020, C-498 del 27 de julio de 2020, C-483 del 6 de agosto de 2020, C-532 del 11 de agosto de 2020 y C-515 del 19 de agosto de 2020, analizó la contratación con entidades sin ánimo de lucro –ESAL–. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

**2.1. Definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales: alcance de las restricciones y destinatarios**

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

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial[[3]](#footnote-3). En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales. De esta manera, explica que tiene como propósito:

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

[…]

Una ley de garantías electorales es una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa. Un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a los electores. Una ley de garantías busca afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Igualmente, una ley de garantías debe permitir que, en el debate democrático, sean las ideas y las propuestas las que definan el ascenso al poder, y no el músculo económico de los que se lo disputan[[4]](#footnote-4).

En este contexto, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes, y paralelamente 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. Por ello, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al analizar la referida ley, precisó lo siguiente:

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

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[[5]](#footnote-5) y del Consejo de Estado[[6]](#footnote-6), coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador[[7]](#footnote-7).

De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Así, con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se alteren las condiciones de igualdad entre los candidatos.

Específicamente, las restricciones consagradas en la citada ley se dirigen a dos (2) tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial.

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe «[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»[[8]](#footnote-8).

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital «[…] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista»[[9]](#footnote-9). Esta prohibición debe analizarse en armonía con el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021[[10]](#footnote-10). 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 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[[11]](#footnote-11)

De conformidad con lo anterior, la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. *En primer lugar*, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que solo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. *En segundo lugar*, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

Ambas restricciones no son excluyentes, lo que permite concluir que en el período preelectoral para la elección del Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, les 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 solo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.

Ahora bien, 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.

Bajo este contexto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales cobija a todas las entidades estatales, incluidas las entidades territoriales como alcaldías y se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes». Por tanto, si un contrato de comodato pretende celebrarse de manera directa le aplica, en principio, la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, como se explica a continuación.

**2.2. Análisis de la prohibición a la contratación directa contenida en la Ley de Garantías Electorales**

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[[12]](#footnote-12).

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

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, el concurso de méritos, la contratación de mínima cuantía 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[[15]](#footnote-15) y sistematizó las causales de contratación directa[[16]](#footnote-16).

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

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[[19]](#footnote-19).

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 estos sistemas.

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»[[20]](#footnote-20). De ahí que la Corte haya hecho particular énfasis en que las excepciones a la restricción contemplan diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas, que tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre los candidatos como garantía electoral.

**2.3. Naturaleza del Cuerpo de Bomberos Voluntarios**

El artículo 2 de la Ley [1575](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48943#1575) de 2012 establece que la organización para la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos, estarán a cargo de las instituciones bomberiles, los cuales forman parte integral del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres o quien haga sus veces. De conformidad con lo señalado en el artículo 4 de la referida Ley, las instituciones que integran los bomberos de Colombia son las siguientes:

1. Los Cuerpos de Bomberos Voluntarios Reconocidos.
2. Los Cuerpos de Bomberos Oficiales.
3. Los Bomberos Aeronáuticos.
4. Las Juntas Departamentales de Bomberos.
5. La Confederación Nacional de Cuerpos de Bomberos.
6. La Delegación Nacional de Bomberos de Colombia.
7. La Junta Nacional de Bomberos de Colombia.
8. La Dirección Nacional de Bomberos de Colombia.

Así mismo, el artículo 18 de la Ley [1575](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48943#1575) de 2012 establece como clases de los Cuerpos de Bomberos los Oficiales, Voluntarios y Aeronáuticos y define los cuerpos de bomberos voluntarios como: «aquellos organizados como asociaciones sin ánimo de lucro, de utilidad común y con personería jurídica expedida por las secretarías de gobierno departamentales, organizadas para la prestación del servicio público para la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos, en los términos del artículo segundo de la presente ley y con certificado de cumplimiento expedido por la dirección Nacional de Bomberos»[[21]](#footnote-21).

Respecto de la naturaleza jurídica de los bomberos voluntarios, el Consejo de Estado, mediante concepto [1494](https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13172#1494) del 4 de Julio de 2003[[22]](#footnote-22), indicó que si bien los bomberos voluntarios desarrollan un servicio público, no cumplen función pública asignada expresamente por el legislador; en ese sentido, no pueden ser considerados servidores públicos.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-770 de 1998, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, respecto de la naturaleza jurídica de los bomberos voluntarios, manifestó:

[…] Los cuerpos de bomberos voluntarios no son una simple asociación privada o un club recreacional sino que desarrollan un servicio público de importancia y riesgo, como es el servicio de bomberos. En efecto, la propia ley es clara en señalar que esas entidades asociativas se desarrollan para la prevención de incendios y calamidades, y como tales se encargan de un servicio público cuya deficiente prestación puede poner en peligro la vida, la integridad personal y los bienes de los asociados. Por ende, debido a tal razón, la posibilidad de intervención de la ley es mayor, ya que si bien los servicios públicos pueden ser prestados por los particulares y por las comunidades, a la ley corresponde establecer su régimen jurídico y el Estado debe regularlos, controlarlos y vigilarlos. En el presente caso, el deber de vigilancia estatal es aún más claro, debido a los riesgos catastróficos que derivan de los incendios deficientemente prevenidos o controlados, por lo cual es normal que existan regulaciones encaminadas a garantizar la idoneidad y eficiencia de los cuerpos de bomberos, sean éstos oficiales o voluntarios.

De acuerdo con lo anterior, es viable manifestar que los bomberos voluntarios se conforman como una asociación privada organizada sin ánimo de lucro para la prestación de un servicio público, es decir que su naturaleza jurídica es privada.

**2.4. Contratos de Comodato de Entidades públicas - ESAL**

El contrato de comodato es un acuerdo de voluntades en virtud del cual una parte pone a disposición gratuitamente a otra un bien mueble o raíz para que lo use[[23]](#footnote-23). La celebración de este contrato implica que el negocio jurídico esté dirigido a hacer la entrega de un bien, sin que por esta se obtenga una contraprestación. Por tanto, el contrato es, por naturaleza, gratuito, porque el uso y el goce se entrega al comodatario, es decir, a la persona que disfruta del bien, sin que esta se obligue a pagar por ello. En consecuencia, si se trata de un bien que produce frutos naturales o civiles, es el comodatario quien recibirá dichos frutos[[24]](#footnote-24).

Conforme se indicó en el concepto C- 014 de 2020,de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, «el contrato de comodato es una de las tantas prestaciones que hace parte de la colaboración conjunta entre las entidades públicas y las ESAL para el cumplimiento de objetivos de interés general previstos en los planes de desarrollo o para el cumplimiento de las funciones de las entidades públicas» y en tal sentido, el comodato –sea de bienes inmuebles o muebles– está incorporado en los artículos 2 y 5 del Decreto 092 de 2017, de tal suerte que, por regla general requiere que se adelante un proceso competitivo, salvo las excepciones previstas en dicho Decreto.

A partir de las consideraciones anteriores, se concluye que en la actualidad se encuentran vigentes los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005, que consagran, respectivamente, prohibiciones para contratar directamente y para celebrar contratos interadministrativos, salvo excepciones. En tal medida, en principio está prohibida *la contratación directa* tanto de los cuerpos de bomberos voluntarios, como de los comodatos requeridos, salvo que se presenten los requisitos para celebrar, *de manera competitiva*, los convenios de interés público o de asociación regulados en el Decreto 092 de 2017 o que se configure alguna de las excepciones previstas en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

**3. Respuesta**

«[…] me dirijo a la entidad con el fin de solicitar concepto formal, para realizar la contratación del Cuerpo Voluntario de Bomberos y la suscripción de los comodatos de los vehículos automotores destinados a la atención del riesgo contra incendio pendientes, toda vez que los mismos no se firmaron antes del inicio de la aplicación de la ley de garantías, a lo cual el cuerpo de bomberos manifiesta que se encuentran exceptuados, no obstante, la norma señala lo siguiente:

ARTÍCULO 33. RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> 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.

Teniendo en cuenta lo anterior las excepciones señaladas en el artículo anterior no es claro en señalar si dentro del marco de aplicación de la ley de garantías se puede suscribir contratos con el cuerpo de bomberos enmarcados dentro de las excepciones señaladas en el artículo en cita»

La prohibición a la contratación directa contenida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales restringe a todos los entes del Estado la celebración de contratos que no se encuentre antecedida por algún tipo de convocatoria pública y posibilidad de concurrencia de proponentes, lo que implica materialmente una contratación directa. De esta forma, si un contrato o convenio es celebrado sin previo concurso o convocatoria al público, resultará aplicable la restricción establecida en dicha norma.

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. 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.

A partir de las consideraciones anteriores, se concluye que en la actualidad se encuentran vigentes los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005, que consagran, respectivamente, prohibiciones para contratar directamente y para celebrar contratos interadministrativos, salvo excepciones. En tal medida, en principio está prohibida *la contratación directa* tanto de los cuerpos de bomberos voluntarios, como de los comodatos requeridos, salvo que se presenten los requisitos para celebrar, *de manera competitiva*, los convenios de interés público o de asociación regulados en el Decreto 092 de 2017 o que se configure alguna de las excepciones previstas en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005. El análisis de las excepciones debe ser realizada por cada entidad estatal, de acuerdo con la situación fáctica y jurídica.

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: | Diana Fabiola Herrera Hernández  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |
| Anexo: |  |

1. «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

   [...]

   » 5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

   [..]

   »Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

   [...]

   »8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

   »A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria». [↑](#footnote-ref-2)
3. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional. Sentencias: C-233 de 4 de abril de 2002, expediente: D-3704; C-551 de 9 de julio de 2003, expediente: CRF-001 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente: DD7966; entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-7)
8. «Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

   » Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias». [↑](#footnote-ref-8)
9. «Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

   » […]

   » Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista». [↑](#footnote-ref-9)
10. «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](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=18232#38) de la Ley 996 de 2005». [↑](#footnote-ref-10)
11. 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-11)
12. «[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-12)
13. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)
15. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-15)
16. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-16)
17. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-17)
18. 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-18)
19. 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-19)
20. 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-20)
21. Artículo 18. Clases. Los Cuerpos de Bomberos son Oficiales, Voluntarios y Aeronáuticos, así:

    1. Cuerpos de Bomberos Oficiales: Son aquellos que crean los concejos distritales o municipales, para el cumplimiento del servicio público para la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos a su cargo en su respectiva jurisdicción.
    2. Los Cuerpos de Bomberos Voluntarios: Son aquellos organizados como asociaciones sin ánimo de lucro, de utilidad común y con personería jurídica expedida por las secretarías de gobierno departamentales, organizadas para la prestación del servicio público para la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos, en los términos del artículo segundo de la presente ley y con certificado de cumplimiento expedido por la dirección Nacional de Bomberos.
    3. Los Bomberos Aeronáuticos: son aquellos cuerpos de bomberos especializados y a cargo de los explotadores públicos y privados de aeropuertos, vigilados por la Autoridad Aeronáutica Colombiana y organizados para la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos y demás calamidades conexas propias del sector aeronáutico.

    Parágrafo 1.A partir de la promulgación de la presente ley, en ningún municipio o distrito podrán crearse cuerpos de bomberos voluntarios sin el lleno de los requisitos contemplados en el artículo 20 de la presente ley.

    Parágrafo 2.Las brigadas contraincendios industriales, comerciales, y similares, deberán capacitarse ante las instituciones bomberiles, de acuerdo a la reglamentación que para el efecto expida la Dirección Nacional de Bomberos de Colombia. Las brigadas y sus integrantes no podrán utilizar símbolos, insignias, uniformes o cualquier otro distintivo exclusivo de los bomberos de Colombia. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado - Concepto [1494](https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13172#1494) del 4 de Julio de 2003, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Magistrado Ponente Augusto Trejos Jaramillo. [↑](#footnote-ref-22)
23. Código Civil: «Articulo 2200. Definición y perfeccionamiento del comodato o préstamo de uso. El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso.

    »Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa». [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 9 de abril de 2014. Radicación 85001- 23-31-000-2000-00178-01(23.040). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-24)