CCE-DES-FM-17

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad**

[…] la Ley 996 de 2005 «**Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones**»,se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ocupa de evitar la injerencia de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Respecto a su finalidad, conforme a la Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005, tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial, introduciendo limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos. Siguiendo esta línea, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes, al tiempo que se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Incluso, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones** **‒ Contratación** **‒ Tipos de elección**

La Ley de Garantías Electorales, para el cumplimiento de los objetivos que dieron lugar a su expedición, fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. No obstante, debe aclararse que estas disposiciones se dirigen a dos tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de otros cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial. Por una parte, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 establece una prohibición que impide «[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias». Por otra parte, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de elección popular, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital «[…] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista»..

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

[…] la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes. De lo anterior se desprende que la restricción aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas

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

[…] las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas de manera taxativa en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en lo referente a i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

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

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**ORGANISMOS INTERNACIONALES – Ley de garantías electorales – Restricción – Contratación Directa – Artículo 33 – Organismos internacionales – Alcance**

Ahora bien, para la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 es necesario considerar que el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 consagra un régimen jurídico que exceptúa la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. A diferencia del régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas sociales del Estado, entre otras, la excepción prevista para los contratos suscritos con organismos internacionales –más que privilegiar la competencia económica– flexibiliza el régimen contractual aplicable. Para la doctrina, esta excepción se consagra de acuerdo con el objeto del contrato celebrado, por lo que no se realiza en consideración al sector específico al que pertenece la entidad, la asignación de un esquema legal propio a esta o por la naturaleza del fondo encargado de administrar recursos públicos.

Pese a lo anterior, la prohibición de contratación directa del la Ley de Garantías es independiente del régimen contractual. Así la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explica que «La prohibición contenida en el artículo 33, desde el punto de vista objetivo o material, comprende la contratación directa, entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, *sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o uno especial en razón del objeto, del contrato o del órgano que contrata*» (Énfasis fuera de texto). Por tanto, durante la vigencia de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 está restringida cualquier modalidad de selección que excluya la pluralidad de oferentes en el régimen especial de contratación con organismos internacionales.

Bogotá D.C., **29/03/2022 09:32:39**



Doctora

**María Amalia Fernández Velasco**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 246 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones ‒ Contratación ‒ Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Excepciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición del artículo 33 ‒ Destinatarios / ORGANISMOS INTERNACIONALES – Ley de garantías electorales – Restricción – Contratación Directa – Artículo 33 – Organismos internacionales – Alcance |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20220315002583. |

Estimada Doctora Fernández:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 15 de marzo del 2022.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta:

«¿Cuál es el alcance de la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, respecto del régimen de contratación excepcional contemplado en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007?

»En otras palabras, ¿la prohibición de contratación directa establecido en la “Ley de Garantías Electorales” resulta aplicable a la contratación sometida a los reglamentos de los organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, en otros, (sic) los reglamentos de la banca multilateral?

»Vale la pena señalar que, Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la materia objeto de consulta en los conceptos C-296 y C-559, ambos de 2021. No obstante, en el concepto C-296 se afirmó que la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 se extiende al régimen de contratación contemplado en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007. Mientras que en el concepto C-559 se afirmó que la mencionada prohibición no se extiende al régimen de contratación establecido en el artículo 20».

1. **Consideraciones**

Teniendo en cuenta que la consulta se relaciona con la aplicación de la Ley 996 de 2005 y que sobre este tema la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha desarrollado una completa línea conceptual, consideramos oportuno reiterar la tesis sostenida en tales conceptos, sobre la aplicación de las restricciones contenidas en dicha Ley a la celebración *directa* de contratos con los organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional. Esto en la medida en que la Ley de Garantías Electorales tiene una aplicación transversal, que no distingue el régimen jurídico contractual. Además, es una Ley estatutaria, por lo que goza de jerarquía normativa superior. En este contexto, no puede aducirse que las prohibiciones que aquella consagra solo rigen para la actividad contractual sujeta a las disposiciones normativas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Por ello, para responder su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) alcance de las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005 –más conocida como «Ley de Garantías Electorales»–, ii) restricciones especiales aplicables de cara a las elecciones presidenciales, y iii) aplicación de la Ley de Garantías Electorales a la contratación directa sometida a los reglamentos de los organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

Esta Agencia ha impartido lineamientos sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 y también se ha pronunciado al respecto, entre otros, 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-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-674 del 6 de diciembre de 2021, C-695 del 22 de diciembre de 2021,  C-723 del 28 de diciembre de 2021, C-726 de 24 de enero de 2022, C-037 de 21 de enero de 2022 y C-216 del 9 de marzo de 2022[[1]](#footnote-2). Dichos conceptos serán reiterados y complementados, en lo pertinente, efectuando algunas precisiones sobre los Conceptos C-296 del 22 de junio de 2021 y C-559 del 31 de agosto de 2021.

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

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública*.* Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y, en cuanto a aspectos políticos, establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[2]](#footnote-3).

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma a la normatividad de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial[[3]](#footnote-4). 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-5)

En este contexto, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes y paralelamente se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Por ello, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al analizar la referida ley, precisó lo siguiente:

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

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[[5]](#footnote-6) y del Consejo de Estado[[6]](#footnote-7), 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-8).

De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Así, con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los períodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos. Específicamente, las restricciones consagradas en la citada ley se dirigen a dos (2) tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial.

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe «[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»[[8]](#footnote-9).

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 –modificado transitoriamente por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021– 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-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 períodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38[[10]](#footnote-11).

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

Ambas restricciones no son excluyentes, lo que permite concluir que en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas solo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, señaló que, para que la garantía sea plena, era necesario que la prohibición se aplicara para el Presidente o el Vicepresidente desde que éstos –estando en ejercicio de su cargo– manifiesten el interés de ser candidato presidencial, lo cual debe ocurrir seis meses antes de la elección en primera vuelta, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 996 de 2005. Sin embargo, el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional, relacionado con el momento en que estas restricciones empiezan a regir para el Presidente y el Vicepresidente de la República, ha perdido vigencia ante la prohibición de la reelección presidencial, restablecida por el Acto Legislativo 2 de 2015, excepto para el Vicepresidente que no haya ejercido la presidencia o que la haya ejercido por un tiempo inferior a tres (3) meses durante el respectivo cuatrienio, en forma continua o discontinua, conforme al artículo 197 de la Constitución Política.

**2.2. Restricciones en elecciones presidenciales: prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005**

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

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública[[11]](#footnote-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[[12]](#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. [...][[13]](#footnote-14) .

De acuerdo con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la mínima cuantía u otros previstos en normas especiales, que contemplen en alguna de sus etapas la posible participación de pluralidad de oferentes. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos[[14]](#footnote-15) y sistematizó las causales de contratación directa[[15]](#footnote-16), además lo es con la posterior creación de la modalidad de mínima cuantía establecida actualmente en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con las modificaciones realizadas por leyes posteriores.

De esta forma, con fundamento en la evolución de la normativa sobre la contratación pública, se ha depurado la noción de «contratación directa», precisando el Consejo de Estado –en el concepto citado– que, «aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado[[16]](#footnote-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[[17]](#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[[18]](#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 las entidades públicas pueden seguir contratando bajo estos procedimientos.

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[[19]](#footnote-20). Esto sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

De otro lado, las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas 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-21). De ahí que la Corte haya señalado que las excepciones a la restricción protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas, que tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre los candidatos como garantía electoral.

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, consideró que:

El artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica incluso a las entidades estatales con régimen especial de contratación y que están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como por ejemplo los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma[[21]](#footnote-22).

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

**2.3. Contratos con organismos internacionales y restricciones de la Ley de Garantías para la contratación directa**

Por organismo internacional se entiende aquella organización, grupo o asociación que se extiende más allá de las fronteras de un Estado y cuenta con órganos gubernamentales permanentes distintos e independientes de los Estados miembros de la organización que garantizan su vigencia y operatividad[[22]](#footnote-23), con el propósito de cumplir objetivos comunes entre los Estados miembros. Conforme a su naturaleza, los organismos internacionales están facultados para suscribir contratos o convenios con los Estados, lo que supone un incidente frente a la aplicabilidad de los regímenes tanto de los Estados contratantes como de los organismos en su celebración.

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 regula de forma general el régimen aplicable a los contratos que celebren las entidades referidas en el artículo segundo del estatuto[[23]](#footnote-24), señalando en el inciso primero, como primer criterio, la aplicabilidad de las disposiciones civiles y comerciales nacionales, sin perjuicio de la aplicación prevalente de las contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, en su segundo inciso, respecto a los contratos celebrados en el exterior, permite que su ejecución se realice de conformidad con las normas del país donde se hayan suscrito, salvo que deban cumplirse en Colombia, caso en el que se aplicaría el esquema señalado respecto al inciso primero. Por último, el inciso tercero permite que los contratos que se celebren en Colombia, pero deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, se sometan a la ley extranjera.

Nótese cómo el artículo citado permite que las entidades estatales no se rijan siempre por la normativa colombiana, permitiendo, en algunos casos, la aplicación de la ley extranjera. Además de los supuestos anteriores, el Consejo de Estado explica, en general, los siguientes escenarios, en los cuales el régimen jurídico puede ser uno diferente al prescrito en el derecho nacional, pese a tratarse de contratos sometidos, en principio, a la Ley 80 de 1993:

i) Contratos celebrados en el exterior, los cuales se podrán regir en su ejecución por las reglas del país donde se ha suscrito, salvo cuando su cumplimiento deba hacerse en Colombia, caso en el cual se aplicará la legislación nacional, ii) Contratos celebrados en territorio colombiano que deben ejecutarse o cumplirse en el extranjero, en tal caso podrá regirse bajo legislación foránea, salvo aquella parte que deba ejecutarse o cumplirse en Colombia, la cual se regirá por el derecho nacional, iii) a) los contratos financiados con fondos de organismos multilaterales de crédito y b) aquellos celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, los cuales «podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes»[[24]](#footnote-25).

La redacción original del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 incluía un inciso cuarto en el que se regulaba el régimen aplicable a los contratos suscritos con organismos internacionales, estableciendo otros supuestos donde era posible aplicar un régimen distinto al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–[[25]](#footnote-26). Sin embargo, el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 modificó el régimen contractual aplicable a los contratos o convenios suscritos con organismos internacionales, estableciendo, para algunos casos, la posible definición del régimen dependiendo del porcentaje de participación que el organismo internacional tuviera frente a dichos contratos, a partir del cual establece una potestad discrecional en torno a la elección del régimen contractual aplicable. Así, el artículo 20 de la citada norma señala que «podrán» ser sometidos a los reglamentos de tales entidades, en lo que tiene que ver con el inciso primero de dicho artículo.

Para comprender el alcance del régimen aplicable a los contratos o convenios que se suscriban con organismos internacionales, de acuerdo con la financiación de estos, resulta necesario analizar el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007[[26]](#footnote-27). De conformidad con este artículo, en lo que tiene que ver con el *inciso primero*, resulta que únicamente procederá la aplicación de los reglamentos de estas entidades y, por lo tanto, es facultativo dejar de aplicar el EGCAP cuando los contratos o convenios sean financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos del organismo de cooperación, asistencia o ayudas internacionales. Cuando la entidad contratante determine o establezca que los aportes del organismo internacional son inferiores al porcentaje señalado, el contrato o convenio debe someterse al EGCAP.

Por otro lado, la norma establece un segundo criterio, en el *inciso segundo,* para determinar la posibilidad de aplicar los reglamentos de los organismos internacionales. Este segundo criterio depende del objeto del convenio o contrato a celebrar, de manera que en dichos casos se puede pactar el sometimiento a los reglamentos de estas entidades. En tal sentido, los otros supuestos en que es posible someter el régimen contractual a los reglamentos de los organismos internacionales son los siguientes:

1. Desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud.
2. Contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT.
3. Contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos.
4. Contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos.
5. Contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM.
6. Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros.

En los supuestos anteriores, regulados en el inciso segundo del artículo 20, independientemente del monto de los aportes de cada una de las partes, es posible optar por someter el contrato a los reglamentos de dichos organismos o bien someterlos al EGCAP, es decir, configurado alguno de los presupuestos anteriores es posible elegir cualquiera de los dos (2) regímenes indicados. Al respecto, en el concepto C-374 del 27 de julio de 2020, esta Agencia –después de analizar el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007– concluyó que:

[…] existen dos grupos de supuestos en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, bajo los cuales es posible someter el régimen contractual aplicable a los reglamentos de los organismos internacionales: el primer grupo, regulado en el inciso primero, donde dicha posibilidad se condiciona a que los contratos o convenios se financien en el 50% o más con fondos de dichos organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales y, el segundo grupo, regulado en el inciso segundo, donde dicha posibilidad se condiciona a que se configure alguno de los 6 supuestos enlistados atrás, sin que resulte exigible algún porcentaje de incorporación de recursos. En todo caso, frente a ambos grupos, la aplicación de los reglamentos de tales entidades internacionales es una posibilidad por la que pueden optar o no las partes; es decir, configurados los requisitos indicados, las partes pueden decidir si someten los contratos a los reglamentos de las entidades internacionales o si se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De otra parte, en relación con los contratos del inciso primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, conviene mencionar que dentro de la ejecución del contrato o convenio pueden presentarse situaciones en las que el porcentaje de los aportes sea modificado, en virtud de su adición o no ejecución en los términos pactados, por lo que, previendo este escenario, el artículo 2.2.1.2.4.4.1. del Decreto 1082 de 2015 dispuso que: «se deben modificar los contratos o convenios para efectos de que estos estén sujetos a las normas del sistema de compras y contratación pública, si el aporte de recursos públicos es superior al cincuenta por ciento (50%) del total o de las normas internas de la entidad de cooperación si el aporte es inferior»[[27]](#footnote-28). Así las cosas, la entidad contratante debe realizar un constante monitoreo respecto de los aportes de cada una de las partes para determinar si se debe realizar un ajuste frente al régimen aplicable, esto es, en relación con los contratos regulados en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

Ahora bien, para la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 es necesario considerar que el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 consagra un régimen jurídico que exceptúa la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. A diferencia del régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas sociales del Estado, entre otras, la excepción prevista para los contratos suscritos con organismos internacionales –más que privilegiar la competencia económica– flexibiliza el régimen contractual aplicable[[28]](#footnote-29). Para la doctrina, esta excepción se consagra de acuerdo con el objeto del contrato celebrado, por lo que no se realiza en consideración al sector específico al que pertenece la entidad, la asignación de un esquema legal propio a esta o por la naturaleza del fondo encargado de administrar recursos públicos. Por ello, explica que:

Tradicionalmente se plantea la existencia de regímenes especiales de contratación desde la perspectiva orgánica o subjetiva. Sin embargo, la tendencia es crear regímenes especiales por el contrato llamados de múltiples formas con diferentes propósitos. A través de esta modalidad de asignación, el legislador otorga a la entidad, en algunos casos sin importar su régimen, la posibilidad de celebrar un contrato tipificado del régimen especial sin acudir a las reglas de selección del régimen general de contratación. Lo usual es que en los casos excepcionales la selección sea directa o por lo menos con menos exigencias[[29]](#footnote-30).

Pese a lo anterior, la prohibición de contratación directa de la Ley de Garantías es independiente del régimen contractual. Así la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explica que «La prohibición contenida en el artículo 33, desde el punto de vista objetivo o material, comprende la contratación directa, entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, *sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o uno especial en razón del objeto, del contrato o del órgano que contrata*»[[30]](#footnote-31) (Énfasis fuera de texto). Por tanto, durante la vigencia de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 está restringida cualquier modalidad de selección que excluya la pluralidad de oferentes en el régimen especial de contratación con organismos internacionales.

Por tales razones, se aclara Concepto C-559 del 31 de agosto de 2021, armonizándolo con el Concepto C-296 del 22 de junio del mismo año, para precisar que la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 aplica con independencia del régimen jurídico del contrato. En tal sentido, salvo que ingrese en alguna de las excepciones establecidas en el segundo inciso de la disposición citada, esta restricción también aplica a la celebración de contratos con organismos internacionales, aun cuando se presenten los supuestos indicados en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, en los cuales dichos contratos se pueden someter a los reglamentos de tales organizaciones. Esta conclusión se apoya en los siguientes argumentos:

i) El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 debe aplicarse, como lo indica su primer inciso, a «todos los entes del Estado». Este criterio orgánico reviste importancia, porque permite argumentar que a pesar de que una entidad estatal celebre un contrato con un organismo internacional de cooperación, ayuda o asistencia, aquella no muta su naturaleza jurídica –no deja de ser una entidad estatal– y, por tanto, continúa siendo destinataria de la Ley de Garantías Electorales.

ii) La proscripción de la contratación directa indicada en dicho artículo no diferencia régimen contractual, ni indica que solo se aplica a la contratación directa sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, razón por la cual la prohibición incluye cualquier contratación directa, así esté sujeta a un régimen excepcional –como el del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007–.

iii) Los artículos 13 de la Ley 80 de 1993, 20 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.2.4.4.1 del Decreto 1082 de 2015 *no establecen una excepción en bloque de todo el ordenamiento jurídico colombiano* para los supuestos en los cuales se pueden aplicar los reglamentos de los organismos de cooperación, ayuda o asistencia internacionales. Por una parte, lo que es posible someter a dichos reglamentos son *los contratos o convenios* –esto es lo que se interpreta a partir de una lectura atenta de las normas en comento–.

Por otra parte, el hecho de que los contratos o convenios se sometan a los reglamentos de dichos organismos no obsta para que las entidades estatales colombianas que los celebren deban continuar rigiéndose, en todo lo demás, por las disposiciones normativas colombianas. Lo anterior teniendo en cuenta que, a título enunciativo, estas disposiciones regulan aspectos como: a) los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –consagrados, respectivamente, en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política–, b) la obligación de publicar en el SECOP la contratación[[31]](#footnote-32), c) las normas presupuestales[[32]](#footnote-33), d) el régimen de prohibiciones de los órganos del Estado y de los servidores públicos –en el cual se incluye la Ley de Garantías Electorales y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades–. En consecuencia, el hecho de que un contrato se rija por el reglamento de un organismo de cooperación, ayuda o asistencia internacional no exime a la entidad estatal colombiana de acatar las restricciones de la Ley 996 de 2005, porque estas prohibiciones no tienen que ver con el régimen sustantivo del contrato en el que se aplica la excepción al EGCAP, sino con disposiciones transversales consagradas en el ordenamiento jurídico en materia de garantías electorales.

iv) Además, la Ley 996 de 2005 es una ley estatutaria –que integra el bloque de constitucionalidad– y, en este sentido, ante las dudas hermenéuticas que se susciten frente a su aplicación –por su aparente contradicción con otras leyes– el operador jurídico debe privilegiar la vigencia de la ley estatutaria. En efecto, la Corte Constitucional ha explicado que uno de los argumentos hermenéuticos que deben tenerse en cuenta en la aplicación de las leyes es «el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior *(lex superior derogat inferiori)*»[[33]](#footnote-34) y que, por ello, «entre preceptos de distinta jerarquía, como ocurre entre una la ley ordinaria y una ley estatutaria, o entre la Constitución y la ley en general, […] es claro que prevalece y se aplica siempre la norma superior»[[34]](#footnote-35). En consecuencia, el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 no implica una derogatoria de lo establecido en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, porque aquella es una ley ordinaria y esta una ley estatutaria.

v) En línea con lo anterior, si la Ley 996 de 2005 se aplica también a la contratación con organismos internacionales a la que se refiere el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, deben interpretarse restrictivamente las excepciones a la prohibición de contratar directamente consagradas en el artículo 33 de Ley de Garantías Electorales. A partir de esto se concluye que la contratación directa con un organismo internacional no es, *en sí misma considerada* –o por esa sola circunstancia–, una contratación que ingresa en las excepciones a la prohibición de celebrar contratos que no estén precedidos de un procedimiento plural «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».

Cada entidad estatal debe analizar en el caso concreto si se presenta o no el supuesto que habilite la contratación directa, respetando el carácter taxativo de las excepciones señaladas en el segundo inciso del referido artículo 33. En efecto, es posible que el contrato que se pretenda celebrar con el organismo internacional de cooperación, ayuda o asistencia ingrese en alguna de las excepciones indicadas en dicho inciso; es decir, que se refiera «[…] 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 tanto, solo en este caso la contratación directa será admisible para celebrar tales contratos, en vigencia de la prohibición general del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

**3. Respuesta**

«¿Cuál es el alcance de la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, respecto del régimen de contratación excepcional contemplado en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007?

»En otras palabras, ¿la prohibición de contratación directa establecido en la “Ley de Garantías Electorales” resulta aplicable a la contratación sometida a los reglamentos de los organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, en otros, (sic) los reglamentos de la banca multilateral?».

[…]

La prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 aplica con independencia del régimen jurídico del contrato. En tal sentido, salvo que ingrese en alguna de las excepciones establecidas en el segundo inciso de la disposición citada, esta restricción también aplica a la celebración de contratos con organismos internacionales, aun cuando se presenten los supuestos indicados en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, en los cuales dichos contratos se pueden someter a los reglamentos de tales organizaciones. Esta conclusión se apoya en los siguientes argumentos:

i) El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 debe aplicarse, como lo indica su primer inciso, a «todos los entes del Estado». Este criterio orgánico reviste importancia, porque permite argumentar que a pesar de que una entidad estatal celebre un contrato con un organismo internacional de cooperación, ayuda o asistencia, aquella no muta su naturaleza jurídica –no deja de ser una entidad estatal– y, por tanto, continúa siendo destinataria de la Ley de Garantías Electorales.

ii) La proscripción de la contratación directa indicada en dicho artículo no diferencia régimen contractual, ni indica que solo se aplica a la contratación directa sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, razón por la cual la prohibición incluye cualquier contratación directa, así esté sujeta a un régimen excepcional –como el del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007–.

iii) Los artículos 13 de la Ley 80 de 1993, 20 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.2.4.4.1 del Decreto 1082 de 2015 *no establecen una excepción en bloque de todo el ordenamiento jurídico colombiano* para los supuestos en los cuales se pueden aplicar los reglamentos de los organismos de cooperación, ayuda o asistencia internacionales. Por una parte, lo que es posible someter a dichos reglamentos son *los contratos o convenios* –esto es lo que se interpreta a partir de una lectura atenta de las normas en comento–.

Por otra parte, el hecho de que los contratos o convenios se sometan a los reglamentos de dichos organismos no obsta para que las entidades estatales colombianas que los celebren deban continuar rigiéndose, en todo lo demás, por las disposiciones normativas colombianas. Lo anterior teniendo en cuenta que, a título enunciativo, estas disposiciones regulan aspectos como: a) los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –consagrados, respectivamente, en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política–, b) la obligación de publicar en el SECOP la contratación, c) las normas presupuestales, d) el régimen de prohibiciones de los órganos del Estado y de los servidores públicos –en el cual se incluye la Ley de Garantías Electorales y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades–. En consecuencia, el hecho de que un contrato se rija por el reglamento de un organismo de cooperación, ayuda o asistencia internacional no exime a la entidad estatal colombiana de acatar las restricciones de la Ley 996 de 2005, porque estas prohibiciones no tienen que ver con el régimen sustantivo del contrato en el que se aplica la excepción al EGCAP, sino con disposiciones transversales consagradas en el ordenamiento jurídico en materia de garantías electorales.

iv) Además, la Ley 996 de 2005 es una ley estatutaria –que integra el bloque de constitucionalidad– y, en este sentido, ante las dudas hermenéuticas que se susciten frente a su aplicación –por su aparente contradicción con otras leyes– el operador jurídico debe privilegiar la vigencia de la ley estatutaria. En efecto, la Corte Constitucional ha explicado que uno de los argumentos hermenéuticos que deben tenerse en cuenta en la aplicación de las leyes es «el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior *(lex superior derogat inferiori)*»[[35]](#footnote-36) y que, por ello, «entre preceptos de distinta jerarquía, como ocurre entre una la ley ordinaria y una ley estatutaria, o entre la Constitución y la ley en general, […] es claro que prevalece y se aplica siempre la norma superior»[[36]](#footnote-37). En consecuencia, el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 no implica una derogatoria de lo establecido en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, porque aquella es una ley ordinaria y esta una ley estatutaria.

v) En línea con lo anterior, si la Ley 996 de 2005 se aplica también a la contratación con organismos internacionales a la que se refiere el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, deben interpretarse restrictivamente las excepciones a la prohibición de contratar directamente consagradas en el artículo 33 de Ley de Garantías Electorales. A partir de esto se concluye que la contratación directa con un organismo internacional no es, *en sí misma considerada* –o por esa sola circunstancia–, una contratación que ingresa en las excepciones a la prohibición de celebrar contratos que no estén precedidos de un procedimiento plural «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».

Cada entidad estatal debe analizar en el caso concreto si se presenta o no el supuesto que habilite la contratación directa, respetando el carácter taxativo de las excepciones señaladas en el segundo inciso del referido artículo 33. En efecto, es posible que el contrato que se pretenda celebrar con el organismo internacional de cooperación, ayuda o asistencia ingrese en alguna de las excepciones indicadas en dicho inciso; es decir, que se refiera «[…] 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 tanto, solo en este caso la contratación directa será admisible para celebrar tales contratos, en vigencia de la prohibición general del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

De cualquier manera, se reitera que es cada entidad pública la que, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos, debe determinar si –aplicando el régimen de excepción *parcial*, permitido por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007– la contratación que busca celebrar se adecua a las causales taxativas que la eximen de aplicar la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005. Al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Los cuales usted puede consultar en el siguiente sitio web: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-2)
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-3)
3. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-4)
4. Corte Constitucional. Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-5)
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-6)
6. Consejo de Estado. 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-7)
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-8)
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-9)
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-10)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2015. C.P. William Zambrano Cetina. Radicación No. 11001-03-06-000-2015-00164-00(2269). [↑](#footnote-ref-11)
11. «[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-». [↑](#footnote-ref-12)
12. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-13)
13. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-14)
14. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-15)
15. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-16)
16. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-17)
17. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de mayo de 2018. Radicación Número: 11001-03-06-000-2018-00095-00(2382). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-18)
18. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-19)
19. Cfr. Concepto C-757 del 30 de diciembre de 2021. [↑](#footnote-ref-20)
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-21)
21. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Conceptuó que para las entidades que contratan por el derecho privado, estaba prohibida la contratación diferente de la licitación pública regulada por el código de comercio, criterio que luego se extendió para aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas con regímenes especiales y establecidos en sus manuales de contratación, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes. [↑](#footnote-ref-22)
22. FIGUEROA U. Organismos internacionales. 2ª edición. Santiago de Chile: Editorial RIL editores, 2010. [↑](#footnote-ref-23)
23. Ley 80 de 1993: «Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#2)o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

    »Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia»

    »Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera». [↑](#footnote-ref-24)
24. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Exp. 54.069. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-25)
25. «Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes». (Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007). [↑](#footnote-ref-26)
26. Ley 1150 de 2007. «Artículo 20: Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.

    »Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.

    »Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

    »PARÁGRAFO 1o. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.

    »PARÁGRAFO 2o. Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo.

    »PARÁGRAFO 3o. En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales». [↑](#footnote-ref-27)
27. Decreto 1082 de 2015. «Artículo **2.2.1.2.4.4.1.**Régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación Internacional. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, pueden someterse a los reglamentos de tales entidades incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán al presente título.

    »*Si el aporte de fuente nacional o internacional de un contrato o convenio de cooperación internacional es modificado o los aportes no se ejecutan en los términos pactados, las Entidades Estatales deben modificar los contratos o convenios para efectos de que estos estén sujetos a las normas del sistema de compras y contratación pública, si el aporte de recursos públicos es superior al cincuenta por ciento (50%) del total o de las normas internas de la entidad de cooperación si el aporte es inferior*.

    »Cuando la variación de la participación de los aportes de las partes es consecuencia de las fluctuaciones de la tasa de cambio de la moneda pactada en el convenio o contrato de cooperación internacional, este seguirá sometido a las reglas establecidas en el momento de su suscripción.

    »Los recursos generados en desarrollo de los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales no deben ser tenidos en cuenta para determinar los porcentajes de los aportes de las partes». (Cursiva fuera del original).

    »Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como aquellos a los que se refiere el inciso 2 del artículo 20 de la [Ley 1150 de 2007](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html), se ejecutarán de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales marco y complementarios, y en los convenios celebrados, o sus reglamentos, según sea el caso, incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a tales operaciones en dichos documentos, sin que a ellos le sea aplicable el porcentaje señalado en el inciso primero del artículo 20 de la[Ley 1150 de 2007](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html).

    »Los contratos con personas extranjeras de derecho público se deben celebrar y ejecutar según se acuerde entre las partes». [↑](#footnote-ref-28)
28. JOJOA BOLAÑOS, Alexander. Los regímenes exceptuados en los contratos estatales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. p. 138 y ss. [↑](#footnote-ref-29)
29. BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. El derecho de la compra pública: estudio jurídico de un mercado imperfecto. Bogotá: Legis, 2019. pp. 247 y 248. En este sentido, DÀVILA VINUEZA agrega que «La modificación insertada [por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007] es muy clara en el sentido de que se admite contratar con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales de manera directa para que se ejecute un contrato no sometido a la Ley 80 sino a sus reglamentos internos, si y solo sí los recursos provenientes para su pago, sean del propio organismo en por lo menos más del 50% de su valor. Con tal fin, se deben cuantificar moneda colombiana incluso los aportes que se hagan en especie» (Cfr. DÀVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Bogotá: Legis, 2016. p. 59. Corchetes fuera de texto). [↑](#footnote-ref-30)
30. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de abril de 2006. Rad:1712. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-31)
31. En efecto, el parágrafo 2 del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 dispone que «Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo». [↑](#footnote-ref-32)
32. No en vano, el parágrafo 3 del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 establece que «En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales». [↑](#footnote-ref-33)
33. Sentencia C-439 de 2016. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Así también lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-339 de 2002, M.P.: Jaime Araujo Rentería. [↑](#footnote-ref-34)
34. Ibíd. [↑](#footnote-ref-35)
35. Sentencia C-439 de 2016. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Así también lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-339 de 2002, M.P.: Jaime Araujo Rentería. [↑](#footnote-ref-36)
36. Ibíd. [↑](#footnote-ref-37)