CCE-DES-FM-17

**PLAN DE SALUD PÚBLICA DE INTERVENCIONES COLECTIVAS – PIC – Definición – contratación**

[…] el artículo 8 de la Resolución 518 de 2015, «Por la cual se dictan disposiciones en relación con la Gestión de la Salud Pública y se establecen directrices para la ejecución, seguimiento y evaluación del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas –PIC» define a los PIC así: «Es un plan complementario al Plan Obligatorio de Salud - POS y otros beneficios, dirigido a impactar positivamente los determinantes sociales de la salud e incidir en los resultados en salud, a través de la ejecución de intervenciones colectivas o individuales de alta externalidad en salud definidas en la presente resolución, desarrolladas a lo largo del curso de vida, en el marco del derecho a la salud y de lo definido en el Plan Decenal de Salud Pública PDSP».

Posteriormente, el artículo 14 de la Resolución 518 de 2015 dispone que las intervenciones colectivas se contratarán con las instituciones que tengan capacidad técnica y operativa, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 15 de dicha resolución y cumpliendo con la normatividad vigente en materia de contratación estatal, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente: en primer lugar, la entidad territorial contratará prioritariamente con las Empresas Sociales del Estado ubicadas en el territorio (incluye las IPS indígenas), las acciones del PIC para las cuales tenga capacidad técnica y operativa. En segundo lugar, cuando la IPS pública ubicada en el territorio no esté en capacidad de ejecutar algunas acciones del PIC, la entidad territorial podrá contratarlas con Empresas Sociales del Estado de municipios vecinos. Del mismo modo, podrá contratarlas cuando por su ubicación geográfica, estas IPS estén en mejor capacidad de garantizar el acceso de la población a dichas intervenciones. En tercer lugar, en el evento de que las IPS públicas no cuenten con la capacidad técnica y operativa, la entidad territorial podrá contratar las acciones del PIC con instituciones prestadoras de salud privadas ubicadas en el municipio, organizaciones no gubernamentales (ONG), universidades y otras entidades privadas cuyo objeto social esté relacionado con la prestación de las acciones que se contraten, siempre y cuando cumplan los criterios definidos en el artículo 15 de dicha resolución. En estos eventos se acudirá a los parámetros de selección previstos en la normativa vigente sobre la materia.

[…]

En esa misma línea, el artículo 15 de la Resolución 518 de 2015 establece que para la contratación de las acciones del PIC, la entidad territorial debe verificar que la institución a contratar cumpla con los siguientes criterios: i) tener mínimo dos (2) años de experiencia relacionada con la ejecución de las acciones que se pretendan contratar; ii) disponer de un coordinador para la ejecución de las acciones del PIC que se pretenda contratar, respecto del cual se debe acreditar que cuenta con el perfil establecido por la entidad territorial; iii) tener una evaluación satisfactoria en la ejecución técnica y financiera del último contrato suscrito con una entidad territorial; la evaluación deberá estar soportada y documentada frente a los lineamientos técnicos pactados; y iv) deberá cumplirse con lo establecido por el Sistema Único de Habilitación, cuando la acción del PIC a contratar lo requiera –manejo de biológicos, medicamentos, dispositivos, tamizajes o insumos médicos–.

**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 – Contratos y convenios interadministrativos – restricción – parágrafo del artículo 38**

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 dispone que «[l]os Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos». Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas.

Ahora bien, para determinar el alcance de la prohibición consagrada por la Ley de Garantías Electorales, conviene precisar la tipología de convenios o contratos interadministrativos. Aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales. De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

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

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

[…] la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos u otros previstos en normas especiales. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritosy sistematizó las causales de contratación directa. 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, han establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes».

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Excepciones – artículo 33**

[…] 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 partidos y los candidatos en 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 el derecho privado o normas especiales.

En este punto, debe tenerse en cuenta que, en principio, todos los entes del Estado están cobijados por la prohibición para contratar directamente establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales. Sin embargo, es importante reiterar que el segundo inciso de la misma disposición consagró las excepciones aplicables a la prohibición de contratación directa establecida en el mismo artículo. Como se indicó, las excepciones a la prohibición del artículo 33 de la norma mencionada son las siguientes:

i) La contratación referente a la defensa y seguridad del Estado;

ii) Los contratos de crédito público;

iii) Los contratos requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres;

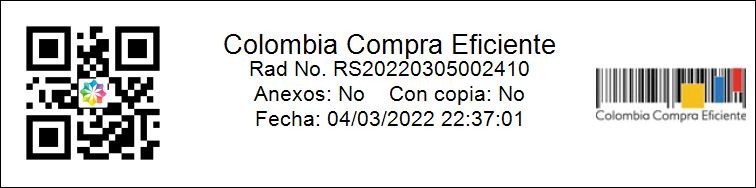
iv) La contratación para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor y;

v) La contratación que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Excepciones – Destinatarios - Entidades sanitarias y hospitalarias**

[…] las Empresas Sociales del Estado podrían suscribir contratos bajo la modalidad de contratación directa, porque el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 exceptuó de la prohibición de contratación bajo la modalidad referida a las entidades hospitalarias, categoría dentro de las cuales se incluye a las Empresas Sociales del Estado y, en consecuencia, podrán suscribir sus contratos en la forma establecida en sus manuales de contratación, sin que les resulte aplicable la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

De otro lado, en relación con las entidades sanitarias, conviene diferenciar los conceptos de entidad sanitaria y autoridad sanitara. En efecto, el artículo 2.8.8.1.1.3 del Decreto 780 de 2016, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social», define las *entidades sanitarias* como «Entidades del Estado que prestan servicios sanitarios o de sanidad con el propósito de preservar la salud humana y la salud pública». Así mismo, el artículo citado también define las *autoridades sanitarias* como «Entidades jurídicas de carácter público con atribuciones para ejercer funciones de rectoría, regulación, inspección, vigilancia y control de los sectores público y privado en salud y adoptar medidas de prevención y seguimiento que garanticen la protección de la salud pública». Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la excepción del artículo 33 de la Ley de Garantías solo aplica a las *entidades sanitarias*, no a las *autoridades sanitarias*. Así las cosas, para efectos de la excepción del artículo 33 es indiferente que la entidad estatal tenga funciones de *autoridad sanitaria*, pues lo relevante para determinar si la contratación está exceptuada de la prohibición general no es el carácter de autoridad sanitaria, sino que se trate de una *entidad sanitaria*.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 04 de marzo de 2022

Señora

**Olga Lucía Zuluaga**

Bogotá-Colombia

**Concepto C ‒ 044 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | PLAN DE SALUD PÚBLICA DE INTERVENCIONES COLECTIVAS – PIC – Definición – contratación / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones ‒ Contratación ‒ Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Contratos y convenios interadministrativos – restricción – parágrafo del artículo 38 / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Excepciones – artículo 33 / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Excepciones – Destinatarios - Entidades sanitarias y hospitalarias |
| **Radicación**: | Respuesta a consulta # P20220121000453 |

Estimada Señora Olga:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde a su consulta del 21 de enero de 2022.

1. **Problema planteado**

Bajo el contexto de las prohibiciones en materia contractual establecidas en la Ley 996 de 2005 –Ley de Garantías Electorales–, y teniendo en cuenta las excepciones a dichas restricciones, la peticionaria consulta sobre su aplicación en relación con el Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas –PIC–. En este sentido, en la solicitud de concepto se expresa:

«Expuesto lo anterior, recurrimos a ustedes como ente rector de la contratación en Colombia para que, antes de hacer un pronunciamiento meramente normativo, se avoque el conocimiento desde lo más profundo para brindar una directriz u orientación en forma holística que se enmarque desde lo normativo, pero también tengo su origen practico y de ejecución de la norma aplicable con respecto a los actores».

»Es evidente que la contratación del PIC por parte de los Entes Territoriales no es un contrato que nació en la presente vigencia, y tampoco que sus actividades tienen una orientación personal o de cualquier otra índole, pues como ya se dejo evidenciado todo el proceso está ampliamente normado».

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). 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 este contexto, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, para lo cual se analizarán los siguientes temas: i) el Plan de Salud Público de Intervención Colectiva –PIC–; ii) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales, iii) las restricciones para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios de cargos de elección popular: prohibición del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005; iv) las restricciones en elecciones presidenciales: prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, y v) los destinatarios de la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 y las excepciones a la prohibición.

Esta Agencia se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la Ley de Garantías Electorales, entre otros, en los Conceptos 4201913000004536 de 17 de julio de 2019, 4201912000005556 del 12 de septiembre de 2019, 4201913000005175 del 13 de septiembre de 2019, 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201913000005082 del 17 de octubre de 2019, 4201913000006306 del 21 de octubre de 2019, 4201912000006552 del 07 de noviembre de 2019, 4201913000006604 del 17 de diciembre de 2019, C-227 del 24 de mayo de 2021 y 396 del 13 de agosto de 2021, C-429 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre, C-481 del 9 de septiembre de 2021, C- 528 del 27 de septiembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021 y C-523 del 10 de octubre de 2021, C-606 del 28 de octubre de 2021 y C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-636 del 16 de noviembre de 2021, 681 del 7 de diciembre de 2021, C-686 del 21 de diciembre de 2021, C-697 del 3 de enero de 2022 y C-002 del 15 de febrero de 2022, entre otros. En lo pertinente se reiterarán las consideraciones señaladas en dichos conceptos.

**2.1. Plan de Salud Público de Intervención Colectiva –PIC–**

Teniendo en cuenta que las preguntas del peticionario se relacionan con el Plan de Salud Público de Intervención Colectiva –PIC–, desarrollado en la Resolución 518 de 2015, a continuación, se realizarán algunas consideraciones en torno al mismo, atendiendo a los aspectos contractuales, para posteriormente analizar las prohibiciones establecidas en la Ley de Garantías Electorales. De esta manera, el artículo 8 de la Resolución 518 de 2015, «Por la cual se dictan disposiciones en relación con la Gestión de la Salud Pública y se establecen directrices para la ejecución, seguimiento y evaluación del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas –PIC» define a los PIC así: «Es un plan complementario al Plan Obligatorio de Salud - POS y otros beneficios, dirigido a impactar positivamente los determinantes sociales de la salud e incidir en los resultados en salud, a través de la ejecución de intervenciones colectivas o individuales de alta externalidad en salud definidas en la presente resolución, desarrolladas a lo largo del curso de vida, en el marco del derecho a la salud y de lo definido en el Plan Decenal de Salud Pública PDSP».

Posteriormente, el artículo 14 de la Resolución 518 de 2015 dispone que las intervenciones colectivas se contratarán con las instituciones que tengan capacidad técnica y operativa, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 15 de dicha resolución y cumpliendo con la normatividad vigente en materia de contratación estatal, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente: en primer lugar, la entidad territorial contratará prioritariamente con las Empresas Sociales del Estado ubicadas en el territorio (incluye las IPS indígenas), las acciones del PIC para las cuales tenga capacidad técnica y operativa. En segundo lugar, cuando la IPS pública ubicada en el territorio no esté en capacidad de ejecutar algunas acciones del PIC, la entidad territorial podrá contratarlas con Empresas Sociales del Estado de municipios vecinos. Del mismo modo, podrá contratarlas cuando por su ubicación geográfica, estas IPS estén en mejor capacidad de garantizar el acceso de la población a dichas intervenciones. En tercer lugar, en el evento de que las IPS públicas no cuenten con la capacidad técnica y operativa, la entidad territorial podrá contratar las acciones del PIC con instituciones prestadoras de salud privadas ubicadas en el municipio, organizaciones no gubernamentales (ONG), universidades y otras entidades privadas cuyo objeto social esté relacionado con la prestación de las acciones que se contraten, siempre y cuando cumplan los criterios definidos en el artículo 15 de dicha resolución. En estos eventos se acudirá a los parámetros de selección previstos en la normativa vigente sobre la materia.

En este sentido, se señala dentro de la Resolución 518 de 2015 que la institución que sea contratada para ejecutar las acciones PIC no podrá subcontratarlas. Sin embargo, podrá contratar las actividades de apoyo que permitan la ejecución de las intervenciones, procedimientos, actividades y adquisición de insumos, descritos en el Anexo Técnico que hace parte integral de la presente resolución. Así mismo, se señala que podrán realizarse alianzas entre dos o más municipios para la contratación de intervenciones colectivas en el marco de estrategias conjuntas de salud pública, que tengan un alcance regional o que permitan optimizar esfuerzos y recursos.

En esa misma línea, el artículo 15 de la Resolución 518 de 2015 establece que para la contratación de las acciones del PIC, la entidad territorial debe verificar que la institución a contratar cumpla con los siguientes criterios: i) tener mínimo dos (2) años de experiencia relacionada con la ejecución de las acciones que se pretendan contratar; ii) disponer de un coordinador para la ejecución de las acciones del PIC que se pretenda contratar, respecto del cual se debe acreditar que cuenta con el perfil establecido por la entidad territorial; iii) tener una evaluación satisfactoria en la ejecución técnica y financiera del último contrato suscrito con una entidad territorial; la evaluación deberá estar soportada y documentada frente a los lineamientos técnicos pactados; y iv) deberá cumplirse con lo establecido por el Sistema Único de Habilitación, cuando la acción del PIC a contratar lo requiera –manejo de biológicos, medicamentos, dispositivos, tamizajes o insumos médicos–.

Expuesto lo anterior y teniendo en cuenta que las preguntas del peticionario están relacionadas con el alcance de las prohibiciones en materia contractual establecidas en la ley 996 de 2005 –Ley de Garantías Electorales–, a continuación, se analizará el alcance de las restricciones establecidas en el artículo 33 y el parágrafo del artículo 38.

**2.2. 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 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-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, en los siguientes términos:

[…] 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 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 periodos 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 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 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.[[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, 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 elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas sólo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.

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

**2.3. Restricciones para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios de cargos de elección popular: prohibición del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005**

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 dispone que «[l]os Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos». Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas[[11]](#footnote-12).

Ahora bien, para determinar el alcance de la prohibición consagrada por la Ley de Garantías Electorales, conviene precisar la tipología de convenios o contratos interadministrativos. Aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[12]](#footnote-13). De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

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

Estos tipos contractuales no están determinados por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes[[13]](#footnote-14). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

La Corte Constitucional expresó en la Sentencia C–671 de 2015 que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública». Así las cosas, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[14]](#footnote-15).

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

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

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

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

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos […]», esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que «Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]»[[15]](#footnote-16).

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

La Sala de Consulta y Servicio Civil[[16]](#footnote-17) de esta Corporación se ha referido a los *“convenios interadministrativos”* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *“puros”* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *“intercambio patrimonial”*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[[17]](#footnote-18) había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *“verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)”*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *“convenios interadministrativos”* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales[[18]](#footnote-19)[[19]](#footnote-20).

En todo caso, debe reiterarse que el ordenamiento jurídico en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[20]](#footnote-21). Incluso la Corte Constitucional explica la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos de forma directa, con fundamento en la causal establecida en la Ley 1150 de 2007 respecto a los contratos interadministrativos[[21]](#footnote-22).

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

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

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

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

Por tanto, se reitera la conclusión en el sentido de que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. Además, como se indicó en la Circular citada, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio, por lo que se asimilaron para la aplicación de la Ley de Garantías. En tal sentido, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido se logre inferir que se le quiere otorgar un contenido en particular, pues como se expresó, el legislador utiliza estos conceptos de forma indistinta.

Se observa entonces que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. En este sentido, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo ibidem, no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción alguna frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto[[22]](#footnote-23). Así mismo, se resalta que este parágrafo fue modificado parcial y transitoriamente por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021[[23]](#footnote-24), estableciendo una excepción a la prohibición, estableciendo que a partir de la publicación de dicha 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[[24]](#footnote-25).

En todo caso, es importante resaltar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que no se les aplica la restricción de la Ley de Garantías a los convenios o contratos interadministrativos que deben celebrarse en virtud de un fallo judicial. Esto en la medida que la obligatoriedad y la fuerza vinculante de las sentencias ejecutoriadas proferidas por los funcionarios investidos del poder judicial emanan de la autonomía conferida a estos por la Constitución y del derecho que tienen los ciudadanos al acceso y oportuna administración de justicia[[25]](#footnote-26).

**2.4. 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[[26]](#footnote-27).

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[[27]](#footnote-28). 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. [...][[28]](#footnote-29) .

De conformidad con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos u otros previstos en normas especiales. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos[[29]](#footnote-30) y sistematizó las causales de contratación directa[[30]](#footnote-31).

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[[31]](#footnote-32), 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[[32]](#footnote-33).

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[[33]](#footnote-34).

De lo anterior se deduce que la prohibición aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada y la mínima cuantía, razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estas modalidades.

Como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Agencia, las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de los mismos, pueden tener lugar en el período de aplicación de la Ley de Garantías, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad[[34]](#footnote-35). Además, también es posible que contratos celebrados previamente se continúen ejecutando.

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»[[35]](#footnote-36). De ahí que la Corte hizo hincapié en 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.

Como se puede apreciar, el inciso segundo del artículo 33 dispone de dos (2) grandes grupos de excepciones a la prohibición de contratar directamente en la época preelectoral. *Por un lado*, las que atienden el ejercicio de cierta función o la atención de determinada actividad particular y sin importar la calidad del ente que la cumpla o desarrolle. *Por otra parte*, las que aluden a las entidades sanitarias y hospitalarias acudiendo a un criterio eminentemente subjetivo –u orgánico–, pese a que no limita la excepción a un tipo de entidad en particular, sino que ata su aplicación a la naturaleza del respectivo ente.

Así, para determinar si la contratación de una entidad pública está exceptuada de la prohibición general para la contratación directa, el intérprete deberá analizar el caso concreto para establecer si se trata de una actividad de las descritas en la norma o que se trate de los que deban realizar las entidades sanitarias u hospitalarias.

**2.5. Destinatarios de la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 y las excepciones a la prohibición**

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[[36]](#footnote-37).

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 partidos y los candidatos en 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 el derecho privado o normas especiales.

En este punto, debe tenerse en cuenta que, en principio, todos los entes del Estado están cobijados por la prohibición para contratar directamente establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales. Sin embargo, es importante reiterar que el segundo inciso de la misma disposición consagró las excepciones aplicables a la prohibición de contratación directa establecida en el mismo artículo. Como se indicó, las excepciones a la prohibición del artículo 33 de la norma mencionada son las siguientes:

i) La contratación referente a la defensa y seguridad del Estado;

ii) Los contratos de crédito público;

iii) Los contratos requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres;

iv) La contratación 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) La contratación que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 4 de febrero de 2010, se pronunció frente a las razones por las que el legislador consagró excepciones al artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales:

[…] Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios [...][[37]](#footnote-38).

A su vez, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la Ley de Garantías Electorales, consideró que las prohibiciones consagradas en los artículos 32 y 33 de la ley mencionada no pueden ir en detrimento de intereses públicos. Por lo anterior, la Alta Corte consideró que las excepciones para la prohibición de contratación se encontraban justificadas, declarando su exequibilidad. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional explicó que «las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral»[[38]](#footnote-39).

Por tanto, las excepciones a la prohibición contenida en el inciso segundo de artículo 33 de la ley de garantías electorales tienen por finalidad garantizar la realización ininterrumpida de ciertas actividades que, dada su importancia en el orden interno, se verían irrazonablemente afectados por la restricción. De igual forma, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 2 de septiembre de 2013, mencionó las excepciones a la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, resaltando el carácter taxativo de la regla de excepción referida, y señalando la independencia de los supuestos establecidos allí, así:

[…]

*Las excepciones aplicables a la restricción de contratación pública*

Ahora bien, las únicas excepciones a las disposiciones previstas en la Ley de Garantías se encuentran numeradas taxativamente en el último inciso del artículo 33 de la ley 996 de 2005, dentro de las que se encuentran:

[…]

5. Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias […][[39]](#footnote-40).

Lo anterior implica que las excepciones al artículo 33 en comento deben interpretarse y aplicarse de manera estricta. En otras palabras, que no sería factible hacer interpretaciones extensivaspara incluir otros supuestos de hecho similares a las circunstancias previstas en dicho artículo, pues el carácter taxativo implica que solo en los eventos consagrados expresamente en la norma permiten que ciertas entidades estatales se vean exceptuadas de la prohibición.

Así las cosas, es pertinente analizar el quinto eventoexceptuado de la prohibición, relacionado con la contratación por parte de las entidades sanitarias y hospitalarias. Para ello, debe tenerse en cuenta el artículo 94 de la Ley 100 de 1993, que dispone «la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo».

Es decir que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, las Empresas Sociales del Estado son las entidades públicas que tienen a su cargo la prestación de servicios de salud de manera directa. Igualmente, el artículo 197 de la misma disposición[[40]](#footnote-41) otorgó un término de 6 meses a las entidades territoriales prestadoras del servicio de salud para restructurarlas en Empresas Sociales del Estado.

De lo anterior se desprende que, bajo la Ley 100 de 1993, dentro de la estructura de la administración pública las entidades encargadas de prestar el servicio de salud de manera directa son las Empresas Sociales del Estado. Además, el mismo artículo 197 de la disposición referida estableció el deber de reestructurar y transformar en Empresas Sociales del Estado a las entidades descentralizadas que, al momento de entrada en vigor de la ley referida, prestaban directamente este servicio.

Así, se observa que la voluntad del legislador plasmada en la Ley 100 de 1993 fue homogeneizar o unificar la naturaleza jurídica de las entidades públicas descentralizadas prestadoras del servicio de salud, en Empresas Sociales del Estado. De ello da cuenta, no solo la creación de la institución jurídica referida sino además la imposición del mandato de reestructuración de aquellas entidades en ESE.

Este proceso de reestructuración, dada las implicaciones administrativas que suponen, no ha sido inmediato, según se observa de lo señalado por el Ministerio de la Protección Social como cabeza del sector salud del orden nacional. En este sentido, en concepto del 14 de marzo de 2006, identificado con radicación No. 38644, al pronunciarse sobre el alcance de la regla de excepción establecida en el inciso 2 del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, frente a las entidades sanitarias y hospitalarias, puso de presente el retardo en el proceso de reestructuración mencionado en la Ley 100 de 1993, así:

[…] se encuentran cubiertos por la excepción contemplada en el inciso 2 del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, las entidades hospitalarias que a la luz de las normas vigentes *no son otras distintas que las Empresas Sociales del estado y todas aquellas instituciones públicas que a pesar de no haberse transformado en Empresas Sociales del Estado, prestan un servicio de salud directo sobre el usuario en su carácter general de entidad hospitalaria* […]. (Énfasis fuera de texto)

Del aparte transcrito se desprende que, para la autoridad administrativa del sector salud, las Empresas Sociales del Estado son las entidades hospitalarias de que trata la excepción a la prohibición establecida en el artículo 33 de la ley de Garantías Electorales. De igual forma, incluyen también dentro de esta excepción a la prohibición, a aquellas instituciones públicas que, aunque no cumplieron con el deber de reestructuración establecido en el artículo 197 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio de salud directo como entidad hospitalaria.

Por tanto, las Empresas Sociales del Estado podrían suscribir contratos bajo la modalidad de contratación directa, porque el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 exceptuó de la prohibición de contratación bajo la modalidad referida a las entidades hospitalarias, categoría dentro de las cuales se incluye a las Empresas Sociales del Estado y, en consecuencia, podrán suscribir sus contratos en la forma establecida en sus manuales de contratación, sin que les resulte aplicable la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

De otro lado, en relación con las entidades sanitarias, conviene diferenciar los conceptos de entidad sanitaria y autoridad sanitara. En efecto, el artículo 2.8.8.1.1.3 del Decreto 780 de 2016, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social», define las *entidades sanitarias* como «Entidades del Estado que prestan servicios sanitarios o de sanidad con el propósito de preservar la salud humana y la salud pública». Así mismo, el artículo citado también define las *autoridades sanitarias* como «Entidades jurídicas de carácter público con atribuciones para ejercer funciones de rectoría, regulación, inspección, vigilancia y control de los sectores público y privado en salud y adoptar medidas de prevención y seguimiento que garanticen la protección de la salud pública»[[41]](#footnote-42). Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la excepción del artículo 33 de la Ley de Garantías solo aplica a las *entidades sanitarias*, no a las *autoridades sanitarias*. Así las cosas, para efectos de la excepción del artículo 33 es indiferente que la entidad estatal tenga funciones de *autoridad sanitaria*, pues lo relevante para determinar si la contratación está exceptuada de la prohibición general no es el carácter de autoridad sanitaria, sino que se trate de una *entidad sanitaria*.

Atendiendo el marco jurídico analizado, corresponderá a cada entidad estatal, incluyendo a aquellas autorizadas para suscribir contratos en el marco de los Planes de Salud Pública de Intervenciones Colectivas –PIC–, la procedencia de celebrar un contrato estatal específico, para lo cual deberán tener en cuenta las prohibiciones establecidas en materia contractual en la Ley de Garantías Electorales, de acuerdo con lo explicado en las consideraciones de este concepto.

**3. Respuesta**

De acuerdo con las competencias otorgadas a esta Agencia, en los términos señalados al inicio de las consideraciones, en relación con el alcance las prohibiciones establecidas en la Ley de Garantías Electorales, se tiene que el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 establece una restricción en atención a la cual, durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, está prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado. Esto implica que la celebración de contratos, cuya selección del contratista se realice de manera directa está prohibida durante el período de aplicación de esta restricción, en los términos explicados en las consideraciones.

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. Por ello, 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.

Por otra parte, 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». Esto, de conformidad con lo expuesto, involucra a todas las entidades 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, sin perjuicio de las excepciones establecidas en el inciso segundo del artículo 33.

En consecuencia, las restricciones a la contratación contenidas en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales son aplicables a todos los Entes del Estado. Por lo tanto, la celebración de cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo, también se encuentra restringida para este tipo de entidades, sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas en el inciso final del artículo 33 de dicha norma.

Finalmente, es importante reiterar lo explicado en las consideraciones, en el sentido de que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, lo que incluye las elecciones al Congreso de la República que se realizarán el próximo 13 de marzo de 2022. En este sentido, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar tales convenios o contratos interadministrativos durante el ámbito temporal de esta prohibición, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción alguna frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto.

En tal sentido, de acuerdo con el marco jurídico expuesto le corresponderá a cada entidad estatal, incluyendo a aquellas autorizadas para suscribir contratos en el marco de los Planes de Salud Pública de Intervenciones Colectivas –PIC–, definir la forma como adelantan su actividad contractual, de manera que resulte armónica con las prohibiciones establecidas en la Ley 996 de 2005.

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: | José Luis Sánchez Cardona  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#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, 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-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. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de2006. Radicación 11001-03-06-000-2006-00023-00(1724). Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. [↑](#footnote-ref-12)
12. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

    »Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-13)
13. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-14)
14. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-15)
15. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-16)
16. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar». [↑](#footnote-ref-17)
17. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *“obligacional”* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto». [↑](#footnote-ref-18)
18. [Referencia propia de la cita] «La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *“contratos interadministrativos”* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93». [↑](#footnote-ref-19)
19. En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: «La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)». (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. M.P. Álvaro Namén Vargas). [↑](#footnote-ref-20)
20. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Decreto 092 de 2017, que en su desarrollo hace referencia tanto a los «contratos» como a los «convenios». [↑](#footnote-ref-21)
21. A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos». (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos). [↑](#footnote-ref-22)
22. Lo anterior, salvo que se traten de organismos internacionales que se rijan por normas internacionales y se financien con cargo a recursos de esos organismos (Cfr. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-559 del 31 de agosto de 2021). [↑](#footnote-ref-23)
23. «ARTÍCULO 124. Con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022, *la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.*

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

    »PARÁGRAFO. Todos los convenios que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. El Contralor General de la República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá dicho control especial» (Cursiva fuera de texto). [↑](#footnote-ref-24)
24. En relación con el alcance del artículo 124 de la Ley 2195 de 2022, se pueden consultar, entre otros, los conceptos C-736 del 31 de enero de 2022. [↑](#footnote-ref-25)
25. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de noviembre de 2007. Expediente número 1863. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. [↑](#footnote-ref-26)
26. «[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-27)
27. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-28)
28. 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-29)
29. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-30)
30. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-31)
31. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-32)
32. 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-33)
33. 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-34)
34. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Circular Externa Única. Numeral 15.5. [↑](#footnote-ref-35)
35. 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-36)
36. 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-37)
37. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de febrero 2010. Rad. 11001-03-06-000-2010-00006-00 (1985). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-38)
38. Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-39)
39. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 02 de septiembre de 2013. Rad. 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-40)
40. «Artículo 197. Empresas sociales de salud de carácter territorial. Las entidades territoriales deberán disponer, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia de esta Ley, la reestructuración de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo. [↑](#footnote-ref-41)
41. El artículo 2.8.8.1.4.2 del Decreto 780 de 2016 dispone que «Para efectos de la aplicación del presente Capítulo, entiéndase por Autoridades Sanitarias del Sivigila, el Ministerio de Salud y Protección Social; el Instituto Nacional de Salud (INS); el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), las Direcciones Territoriales de Salud, *y todas aquellas entidades que de acuerdo con la ley ejerzan funciones de vigilancia y control sanitario*, las cuales deben adoptar medidas sanitarias que garanticen la protección de la salud pública y el cumplimiento de lo dispuesto en esta norma, así como adelantar los procedimientos y aplicar las sanciones a que hubiere lugar» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-42)