**CCE-DES-FM-17**

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad**

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

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibiciones**

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

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

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».



Señor

**Hernán David Rodríguez Riaño**

Funza, Cundinamarca

 **Concepto C – 076 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibiciones  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220201000877 |

Estimado señor Rodríguez:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en ejercicio de las competencias otorgadas por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, responde a su consulta del 9 de febrero de 2022.

**1. Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta:

«[…] les solicito aclaración si es posible que en ley de garantías un municipio reciba una donación por un particular o si también existe restricción».

**2. Consideraciones**

Para resolver el interrogante planteado se analizarán los siguientes temas: i) alcance de la competencia consultiva y naturaleza jurídica de los conceptos expedidos por la agencia, ii) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales: alcance de las restricciones, ii) restricciones para la suscripción de contratos de forma directa por parte de los entes del Estado –artículo 33 de la Ley 996 de 2005–.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la Ley de Garantías Electorales, entre otros, en los Conceptos 4201913000004536 de 17 de julio de 2019, 4201912000005556 del 12 de septiembre de 2019, 4201913000005175 del 13 de septiembre de 2019, 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201913000005082 del 17 de octubre de 2019, 4201913000006306 del 21 de octubre de 2019, 4201912000006552 del 07 de noviembre de 2019, 4201913000006604 del 17 de diciembre de 2019, C-227 del 24 de mayo de 2021 y 396 del 13 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre, C-481 del 9 de septiembre de 2021, C- 528 del 27 de septiembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021 y C-523 del 10 de octubre de 2021, C-606 del 28 de octubre de 2021 y C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-636 del 16 de noviembre de 2021, 681 del 7 de diciembre de 2021 y C-718 de 24 de enero de 2022. Teniendo en cuenta los conceptos anteriores y analizando la pregunta en cuestión, se realizan las siguientes consideraciones.

**2.1. Alcance de la competencia consultiva y naturaleza jurídica de los conceptos expedidos por la Agencia**

En el presente aparte se tendrá como fundamento el concepto C-176 del 19 de abril de 2021 de esta Agencia, en el cual se analiza su función de interpretación de las normas contractuales y, con base en ello, aclarar la naturaleza de los conceptos expedidos por este organismo.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que esta Agencia 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 consultas sobre casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares, especialmente, cuando el conocimiento de estos últimos corresponde resolverlos a los partícipes del sistema de compra pública y, eventualmente, a las autoridades judiciales y a los organismos de control.

Por tanto, la competencia de esta Agencia se fija con límites claros, con el objeto de evitar que 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-1). Lo anterior, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

 En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, 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. El alcance de la competencia consultiva encuentra fundamento normativo en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, que dispone lo siguiente:

«Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución».

La norma citada prescribe que los conceptos emitidos por las autoridades, como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o de imperativa ejecución, es decir, no tienen efectos vinculantes. En particular, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del organismo que elabora el concepto.

 En concordancia con ello, es importante resaltar que esta posición es compartida por varias entidades públicas que ejercen similar función. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación[[2]](#footnote-2) aclaró que el concepto «sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación y que no tiene carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la ley 1437 de 2011». Igualmente, en concepto del año 2017, la Contraloría General[[3]](#footnote-3) de la República precisó que los «[…] conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que […] no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes […]».

 En términos generales, lo que se busca con el ejercicio de la función consultiva es que la opinión jurídica de esta Agencia sea un criterio de orientación para los operadores jurídicos, sin que ello suponga resolver un problema entre partes o asumir la única posible interpretación de una disposición normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes[[4]](#footnote-4).

De este modo, las autoridades que ejercen funciones consultivas pueden expresar su interpretación de un precepto normativo que no excluye otras interpretaciones posibles, pues el derecho, como sistema normativo, es un lenguaje que, en ocasiones, se tiñe de vaguedad, en virtud de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y refleja el principio democrático.

De todos modos, esto no significa que el criterio de una u otra tenga validez o prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista una jerarquía o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser un concepto y no adquiere efectos vinculantes, por más que coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se viene diciendo, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En otras palabras, los conceptos «no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución».

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

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[[6]](#footnote-6). En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales. De esta manera, explica que tiene como propósito:

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

[…]

Una ley de garantías electorales es una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa. Un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a los electores. Una ley de garantías busca afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Igualmente, una ley de garantías debe permitir que, en el debate democrático, sean las ideas y las propuestas las que definan el ascenso al poder, y no el músculo económico de los que se lo disputan.»[[7]](#footnote-7)

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

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

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[[8]](#footnote-8) y del Consejo de Estado[[9]](#footnote-9), coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador.»[[10]](#footnote-10)

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

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe «[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»[[11]](#footnote-11).

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital «[…] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista»[[12]](#footnote-12). La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aclarado la distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate. Al respecto, considera que:

«La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para períodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38».[[13]](#footnote-13)

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

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

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

Por último, es importante resaltar que el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, desde su expedición y durante la vigencia fiscal 2022, con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, introdujo una excepción parcial y temporal a la prohibición contenida en el inciso 1 del parágrafo del artículo 38 de la Ley 966 de 2005. En efecto, la citada disposición establece:

«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.»

De este modo, desde la expedición de la citada ley y durante la vigencia fiscal 2022, se estableció una excepción parcial a la prohibición establecida en el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, consistente en que la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación. No obstante, la excepción solo opera cuando se cumplan dichos elementos, de manera que en principio se mantiene la prohibición general con esta excepción concreta.

**2.3. Restricciones para la suscripción de contratos de forma directa por parte de los entes del Estado –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[[14]](#footnote-14).

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado ´contratación directa´ es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso[[15]](#footnote-15). Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas. [...].»[[16]](#footnote-16)

De conformidad con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la mínima cuantía u otros previstos en normas especiales. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos[[17]](#footnote-17) y sistematizó las causales de contratación directa[[18]](#footnote-18), además lo es con la posterior creación de la modalidad de mínima cuantía establecida actualmente en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con las modificaciones realizadas por leyes posteriores.

De esta forma, con fundamento en la evolución de la normativa sobre la contratación pública, se ha depurado la noción de «contratación directa», precisando el Consejo de Estado –en el concepto citado– que, «aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado[[19]](#footnote-19), han establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes».

En efecto, vale la pena mencionar que, en algunos sistemas de contratación, utilizados por entidades públicas con regímenes especiales, o sujetas al derecho privado, la convocatoria o invitación para contratar puede limitarse a aquellas personas que previamente se hayan inscrito en una lista de precalificados o de simples interesados, o en un determinado registro o banco de datos de proveedores. En estos casos, lo determinante para considerar que dicho sistema no constituye «contratación directa», es que la convocatoria para inscribirse en forma previa se haga de manera pública, y que se permita la participación de una pluralidad de oferentes[[20]](#footnote-20).

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 «contratación directa».

 Así las cosas, ha de entenderse que, para efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes[[21]](#footnote-21).

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

Ahora bien, como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Agencia, las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigor 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[[22]](#footnote-22).

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 tanto, es responsabilidad del respectivo ente del Estado examinar en cada caso la naturaleza de las actividades que adelanta y determinar si las mismas se enmarcan en alguna de las mencionadas excepciones, de manera que se le permita realizar la contratación que necesite en forma directa.

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»[[23]](#footnote-23). De ahí que la Corte hizo énfasis en que las excepciones a la restricción, establecidos en el inciso segundo del artículo 33, 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.

De conformidad con lo expuesto, se concluye que durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado. Lo anterior, entendiendo el término contratación directa como 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, sin perjuicio de las excepciones contempladas en el ordenamiento jurídico.

 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. El Consejo de Estado, en Concepto con radicado 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[[24]](#footnote-24).

De igual forma, en Concepto con radicado 1.738 de 6 de abril de 2006, esa misma Corporación manifestó que «Las restricciones de la Ley de Garantías en materia de contratación directa y celebración de convenios interadministrativos, se aplican a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, salvo cuando la celebración de un convenio interadministrativo sea ordenada, para ambas partes, por el Legislador»[[25]](#footnote-25). Sin embargo, debe precisarse el siguiente aspecto que distinguió la Sala de Consulta y Servicio Civil:

«En el concepto No. 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, ésta Sala distinguió dos clases de contratos en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios: unos, en los que la posición de la empresa es la de consumidora de las prestaciones objeto del contrato, que utiliza para la prestación de los servicios a su cargo, y los otros, en los que la empresa entrega esos servicios a los usuarios, conforme a unas reglas uniformes para todos ellos y sin que haya privilegios o tratos desiguales. En los primeros contratos, es claro que la empresa debe adquirir esos bienes previa licitación pública, según se expuso anteriormente, pero en el segundo caso, las empresas no pueden dejar de entregar los servicios públicos a su cargo a nuevas personas, ni dejar de renovar los contratos existentes, pues significaría la parálisis de una actividad propia de la administración, que incluso podría desconocer los derechos fundamentales»[[26]](#footnote-26).

De acuerdo con estos pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la prohibición de la contratación directa también aplica frente a las entidades exceptuadas de la aplicación del EGCAP y que se rigen en materia contractual por el derecho privado. Por lo tanto, la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la ley de garantías electorales, cobija a cualquier ente público que pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los candidatos en desarrollo de las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular en las contiendas electorales, se puede presentar tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por el Derecho Privado.

De acuerdo con lo anterior, y en relación con su petición, se considera importante resaltar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha conceptuado en relación con la posibilidad de que las entidades públicas reciban donaciones y, al efecto, consideró que, con base en la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución Política, en principio, no están prohibidas las donaciones en favor de entidades públicas:

«[…] si la prohibición es para donar, a favor de personas de derecho privado, *¿puede entenderse que no están prohibidas las donaciones a favor de entidades públicas?* Y, también, si la prohibición indicada no pugna con las transferencias que se hagan para el cumplimiento de deberes constitucionales expresos, ¿puede concluirse que son procedentes las transferencias entre las ramas u órganos del poder público para el cumplimiento de deberes constitucionales expresos?

*Respecto de la primera pregunta cabe responder que la Constitución Política no prohíbe expresamente las donaciones o auxilios a favor de entidades que integran las ramas u órganos del poder público, o por lo menos tal prohibición no puede deducirse de lo dispuesto en el artículo 355*. La respuesta a la segunda pregunta será que sí proceden esas transferencias entre las ramas u órganos del poder público para el cumplimiento de deberes constitucionales expresos»[[27]](#footnote-27).

Teniendo en cuenta lo anterior y el desarrollo efectuado respecto al alcance de la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantía Electorales, en ejercicio de su discrecionalidad y autonomía contractual, cada entidad estatal deberá analizar, en el caso concreto, si la celebración de un contrato de donación, que no está prohibido de forma general a nivel constitucional o legal cuando la entidad funge como donataria, contraría la finalidad perseguida por la Ley de garantías y las prohibiciones y restricciones contenidas en ella y, por tanto, se trata de un contrato prohibido durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, es decir, desde el 29 de enero de 2022, de conformidad con la Resolución No. 4371 del 18 de mayo de 2021 de la Registraduría General del Estado Civil, y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso.

Lo anterior, particularmente en relación con la dimensión subjetiva y material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, a los que se aludió anteriormente: por un lado, desde una perspectiva subjetiva, la prohibición está dirigida a «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos; y, por el otro lado, desde una perspectiva material, dicha prohibición está delimitada por la expresión «queda prohibida la contratación directa», la cual se refiere a cualquier sistema de selección que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, con independencia del objeto o tipología contractual. Lo anterior, salvo que se presente alguna de las excepciones establecidas en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, precisando que no hay una excepción particular a la prohibición relacionada con los contratos de donación; sin embargo, sería posible que dicho contrato, atendiendo a las circunstancias particulares y a su objeto contractual, se enmarcara en alguna de dichas excepciones, caso en que sería procedente su celebración de forma directa.

**3. Respuesta**

«Les solicito aclaración si es posible que en ley de garantías un municipio reciba una donación por un particular o si también existe restricción».

Con fundamento en las anteriores consideraciones, esta Agencia concluye que, en ejercicio de su discrecionalidad y autonomía contractual, cada entidad estatal deberá analizar, en el caso concreto, si la celebración de un contrato de donación, que no está prohibido de forma general a nivel constitucional o legal cuando la entidad funge como donataria, contraría la finalidad perseguida por la Ley de garantías y las prohibiciones y restricciones contenidas en ella y, por tanto, se trata de un contrato prohibido durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, es decir, desde el 29 de enero de 2022, de conformidad con la Resolución No. 4371 del 18 de mayo de 2021 de la Registraduría General del Estado Civil, y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso.

Lo anterior, particularmente en relación con la dimensión subjetiva y material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, a los que se aludió anteriormente: por un lado, desde una perspectiva subjetiva, la prohibición está dirigida a «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos; y, por el otro lado, desde una perspectiva material, dicha prohibición está delimitada por la expresión «queda prohibida la contratación directa», la cual se refiere a cualquier sistema de selección que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, con independencia del objeto o tipología contractual. Lo anterior, salvo que se presente alguna de las excepciones establecidas en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, precisando que no hay una excepción particular a la prohibición relacionada con los contratos de donación; sin embargo, sería posible que dicho contrato, atendiendo a las circunstancias particulares y a su objeto contractual, se enmarcara en alguna de dichas excepciones, caso en que sería procedente su celebración de forma directa.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo VillamilContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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-1)
2. Procuraduría General de la Nación. Concepto del 15 de octubre de 2014. Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios. Radicado PAD C-114-2014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112-OJ-008 2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p. 59 [↑](#footnote-ref-4)
5. El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

»A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria». [↑](#footnote-ref-5)
6. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional. Sentencias: C-233 de 4 de abril de 2002, expediente: D-3704; C-551 de 9 de julio de 2003, expediente: CRF-001 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente: DD7966; entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-10)
11. «Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

» Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias». [↑](#footnote-ref-11)
12. «Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

» […]

» Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista». [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2015. C.P. William Zambrano Cetina. Radicación No. 11001-03-06-000-2015-00164-00(2269). [↑](#footnote-ref-13)
14. «[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-». [↑](#footnote-ref-14)
15. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-16)
17. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-17)
18. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-18)
19. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de mayo de 2018. Radicación Número: 11001-03-06-000-2018-00095-00(2382). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-21)
22. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Circular Externa Única. Numeral 15.3. [↑](#footnote-ref-22)
23. 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, No. 235-Cámara que dio lugar a la Ley de Garantías Electorales. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Conceptuó que para las entidades que contratan por el derecho privado, estaba prohibida la contratación diferente de la licitación pública regulada por el código de comercio, criterio que luego se extendió para aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas con regímenes especiales y establecidos en sus manuales de contratación, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00(1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo: «Si bien en el tema del concepto del que se extractaron los párrafos transcritos, se hacía referencia a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, la explicación dada cobija también a las empresas industriales y comerciales del estado y a las de crédito, pues todas ellas hacen parte de la definición de administración pública de la ley 489 de 1998, y además encajan dentro de la noción de todos los entes del Estado que trae la ley 996 de 2005 en el artículo 33, de manera que no es lógico pretender exonerarse de ésta prohibición alegando un régimen especial de los actos o contratos». [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00(1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 4 de junio de 2003, radicado 1495. C.P.: César Hoyos Salazar [↑](#footnote-ref-27)