**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad**

[L]a Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial. […] En este contexto, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes y paralelamente 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Tipos de restricciones ‒ Ámbito temporal**

[…] 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición ‒ 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Excepciones**

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

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición del artículo 33 de la Ley de garantías ‒ Destinatarios**

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

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición comicios cargos de elección popular – Convenios y contratos interadministrativos**

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.

**CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico**

[…] 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.

**CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Entidades con régimen especial de contratación – Procedencia**

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.

**CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección**

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado 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. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición – Celebración convenios o contratos interadministrativos – Orden judicial**

[…] 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES - Prohibición – Celebración de convenios o contratos interadministrativos – Contrato de donación – Contrato de comodato – Contrato de arrendamiento**

[…] la celebración de un contrato de donación se constituye como un verdadero acto traslaticio del dominioy en consecuencia como la expresión «ejecución de recursos públicos» del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 no solo se entiende a los recursos que integran el ciclo presupuestal de la entidad, sino también los bienes fiscales de los que puede disponer la entidad que se entregan a título gratuito, porque con ello podría influenciarse la intención de voto de quien recibe el bien. En los términos anteriores, pese a tratarse de un contrato de comodato o donación, si se cumplen los presupuestos establecidos en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se incurriría en la prohibición. Aplicando un razonamiento similar, en relación con los contratos de arrendamiento, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública consagra que el contrato de arrendamiento es una modalidad de contratación directa, conforme a lo previsto en el literal i) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. El régimen jurídico de los contratos de arrendamiento está previsto en las disposiciones civiles y comerciales.Por tanto, el contrato de arrendamiento es un acuerdo de voluntades en el que una parte se obliga a conceder el goce de una cosa determinada y la otra a pagar un precio determinado como retribución por el goce que se le ha concedido. Conforme a lo anterior, una de las características propias y principales del contrato de arrendamiento es su onerosidad, porque las partes que lo celebran obtienen utilidad o beneficio de él. De lo anterior se desprenden dos consideraciones en relación con la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005: si una entidad estatal del orden departamental, distrital o municipal de las incluidas en la prohibición pretende celebrar un contrato de arrendamiento con otra entidad estatal no podrá hacerlo en vigencia de la Ley de garantías, porque lo que determina la existencia de un contrato o convenio interadministrativo es un criterio orgánico, que como se dijo en líneas precedentes es el que sea celebran dos entidades estatales. Como segunda consideración, la restricción del parágrafo del artículo 38 hace referencia, igualmente, a que dicho contrato ejecute recursos públicos, lo que se desprende en este caso del carácter oneroso del contrato de arrendamiento, lo que implica la ejecución de recursos públicos. En los términos anteriores, […] siempre que se cumplan con los presupuestos de la prohibición del parágrafo del artículo 38, independientemente del objeto contractual que se celebre, sea que se relacione con un contrato de comodato, donación o arrendamiento de bienes del Estado se incurrirá en la prohibición, bajo el entendimiento de que en dichos contratos también se podrían ejecutar recursos públicos. Lo anterior siempre que se trate de un contrato o convenio interadministrativo, que sea celebrado entre entidades públicas y cuando alguna de ellas sea de las enlistadas en el parágrafo del artículo 38.

**MODIFICACIÓN DE LA LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto - Parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías – Transitoriedad**

En su inciso segundo, el artículo 124 dispone la modificación del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 sin establecer un nuevo texto sino simplemente anunciando que tal disposición se entenderá modificada «únicamente en la parte pertinente». Debe advertirse que la modificación introducida por la Ley del Presupuesto al parágrafo del artículo 38 resulta ser meramente temporal o transitoria, toda vez que se halla circunscrita, solamente, a un lapso específico, comprendido entre la fecha en que se publique la Ley de Presupuesto y el término de la vigencia fiscal del año 2022. Por tanto, la variación efectuada será aplicable a las elecciones de cargos de elección popular que sean llevadas a cabo en el lapso mencionado en la disposición, lo cual quiere decir que una vez culmine la vigencia fiscal del 2022, el texto del parágrafo del artículo 38 se entenderá en su sentido y contenido original. De ahí que, para ser más precisos, técnicamente se trata de una suspensión transitoria de la prohibición, teniendo en cuenta que la norma es de carácter temporal y que en realidad no varía o cambia de forma permanente una norma general prevista en la Ley 996 de 2005, sino que prevé su inaplicación desde que comience a regir la Ley de Presupuesto y durante la vigencia fiscal 2022.

**MODIFICACIÓN DE LA LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto - Parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías**

[…] la Ley 2159 de 2021 -Ley del Presupuesto- modificó parcial y transitoriamente al parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en aspectos temporales, subjetivos, materiales o teleológicos y procedimentales o de control, suspendiendo, en dichos aspectos, la prohibición de celebración de convenios y contratos interadministrativos contenida en el parágrafo del artículo 38, siempre y cuando tales acuerdos se suscriban entre entes del orden nacional y entidades territoriales, dentro de la vigencia fiscal del año 2022 y para la ejecución de programas o proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación. Es de anotar […] que la modificación de la ley del Presupuesto se genera, únicamente, frente al parágrafo del artículo 38, y no frente a las prohibiciones del artículo 33 que, como se dijo, resultan ser distintas, aunque concurrentes, a las del parágrafo, por lo cual, las restricciones a la contratación directa dentro del periodo preelectoral presidencial y vicepresidencial, se mantiene invariado a partir de la publicación de la Ley del Presupuesto.

**MODIFICACIÓN DE LA LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto - parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías – Nación – entidades descentralizadas**

[…] la expresión «Nación» utilizada por la Ley 2159 de 2021 hace referencia a las entidades públicas del sector central de la rama ejecutiva y de las demás ramas del poder público, así como a los órganos autónomos e independientes que se han previsto por la Constitución Política para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, los cua les cuentan con capacidad para celebrar contratos en nombre de ella, pues comparten su personería jurídica. En caso contrario, esto es, cuando la entidad tenga personería jurídica propia y, por tanto, no celebre contratos en nombre de la Nación, permanecerá incólume la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales.

**MODIFICACIÓN DE LA LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto - Parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías – Gastos de inversión - Proyectos y programas de inversión – Plan nacional de desarrollo**

En lo que respecta al elemento teleológico o material de la reforma incluida en el artículo 124 de la 2159 de 2021, consistente en que los convenios sean celebrados con el fin de ejecutar programas o proyectos que correspondan al Presupuesto General de la Nación, […] partiendo de las consideraciones contenidas en el acápite 2.5. del presente concepto y dados en relación con la estructura y contenido de la ley anual del presupuesto general de la Nación, […] aquel elemento hace referencia a los programas y proyectos de inversión nacional contenidos en el rubro de gastos de inversión de la ley de apropiaciones, y que corresponderán a los determinados como tales en el Plan Nacional de Inversiones incluido en el plan Nacional de Desarrollo.



Bogotá, 21 Enero 2022

Señora

**Ana Patricia Patiño A.**

Anapatricia0324@hotmail.com

 **Concepto C – 715 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Tipos de restricciones ‒ Ámbito temporal / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición ‒ Contratación directa ‒ Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Excepciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición del artículo 33 de la Ley de garantías ‒ Destinatarios / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición comicios cargos de elección popular – Convenios y contratos interadministrativos / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Entidades con régimen especial de contratación – Procedencia / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición – Celebración convenios o contratos interadministrativos – Orden judicial – / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición – Celebración de contratos y convenios interadministrativos – Contrato de donación – Contrato de comodato – Contrato de arrendamiento / MODIFICACIÓN DE LA LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto - parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211207011320 |

Estimada señora Patiño:

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 la consulta radicada el 01 de diciembre de 2021.

**1. Problema planteado**

En su consulta, usted plantea los siguientes interrogantes:

«1. El arrendamiento de bienes inmuebles entre entidades públicas del nivel territorial, es convenio o contrato y cuál de las restricciones de las consagradas en la Ley 996 de 2005, aplicaría?

2. La donación de bien inmueble, entre entidades públicas, es convenio o contrato y cuál de las restricciones de las consagradas en la Ley 996 de 2005, aplicaría?

3. El contrato de usufructo entre entidades públicas, es convenio o contrato?

4. Es posible suscribir escritura pública de donación de bien inmueble y de usufructo, entre entidades públicas, antes del 29 de enero de 2022?»

**2. Consideraciones**

Para resolver los problemas planteados, la Agencia analizará los siguientes temas: i) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales, donde se expondrán las restricciones en materia contractual establecidas en dicha Ley; ii) restricciones para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios para cargos de elección popular y iii) las modificaciones realizadas por la Ley 2159 de 2021. En desarrollo de dichos contenidos se abordarán las problemáticas expuestas por el peticionario, aclarando que de conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»[[1]](#footnote-1). Por ello, la Agencia no tiene atribuciones para resolver casos particulares y concretos, ni para validar las actuaciones de las entidades estatales.

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

 La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha impartido lineamientos sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 y también se ha pronunciado al respecto, entre otros, en los Conceptos 4201912000004632 del 6 de agosto de 2019, 2201913000005655 del 8 de agosto de 2019, 2201913000006283 del 27 de agosto de 2019, 2201913000006521 del 3 de septiembre de 2019, 2201913000006634 del 6 de septiembre de 2019, 2201913000006639 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000007430 del 7 de octubre de 2019, 2201913000007565 del 10 de octubre de 2019, 2201913000008259 del 6 de noviembre de 2019, C-074 del 17 de marzo de 2021, C-075 del 16 de marzo de 2021, C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021, C-259 del 2 de junio de 2021, C-296 del 22 de junio de 2021, C-337 del 13 de julio de 2021, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021, C-374 del 16 de septiembre de 2021, C-381 del 2 de agosto de 2021, C-391 del 11 de agosto de 2021, C-396 del 13 de agosto de 2021, C-401 del 10 de agosto de 2021, C-413 del 17 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre de 2021, C-481 del 98 de septiembre de 2021, C-495 del 15 de septiembre de 2021, C-497 del 15 de septiembre de 2021, C-499 del 15 de septiembre de 2021, C-523 del 10 de octubre de 2021, C-528 del 27 de septiembre de 2021, C-543 del 9 de noviembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021, C-557 del 7 de octubre de 2021, C-563 del 8 de octubre de 2021, C-606 del 3 de noviembre de 2021, C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-633 del 11 de noviembre de 2021, C-634 del 11 de noviembre de 2021 y C-636 del 16 de noviembre de 2021. En el mismo sentido, en el concepto con C-677 de 2021 se refirió a los alcances de la modificación realizada por la Ley 2159 de 2021. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

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

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-2).

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

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

[…]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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-11).

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-12). De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con 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.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado 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-13). 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-14).

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, ya que 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, para 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, por 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 el 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-15).

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena tener 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 sentencia del 14 de junio de 2019 expresó:

La Sala de Consulta y Servicio Civil[[16]](#footnote-16) 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-17) 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-18)[[19]](#footnote-19).

 Sin perjuicio de lo indicado, conviene reiterar que el ordenamiento jurídico en distintas disposiciones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[20]](#footnote-20). Incluso vale la pena tener en cuenta como la Corte Constitucional fundamenta 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-21).

 En desarrollo de lo anterior, se destaca 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.

 Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión en el sentido de que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el 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 partió de su asimilación para la aplicación de la Ley de Garantías. En tal sentido, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido se logre inferir que se le quiere otorgar un contenido en particular, pues como se expresó, el legislador utiliza estos conceptos de forma indistinta.

Se 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-22).

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

Ahora bien, habiendo precisado el alcance de la prohibición del parágrafo del artículo 38, y teniendo en cuenta las preguntas de la peticionaria, es importante profundizar en un aspecto de la prohibición, toda vez que el parágrafo alude a la ejecución de recursos públicos, como uno de los elementos para la aplicación de la prohibición. Además, la peticionaria pregunta si es posible celebrar contratos o convenios entre entidades públicas que correspondan a contratos de comodato, donación y arrendamiento de bienes inmuebles, en los que sean parte entidades estatales de aquellas incluidas en la prohibición del parágrafo del artículo 38, presupuesto bajo el cual se realizarán las siguientes consideraciones. En relación con este asunto, es importante señalar que estos temas ya fueron objeto de análisis por parte de esta Agencia, por lo que a continuación se reiterará la postura adoptada en los conceptos 420191300004738 del 28 de agosto de 2019 –radicado de salida 2201913000006306–; 4201913000005789 del 7 de octubre de 2019 –radicado de salida 2201913000007428; 4201913000006036 del 17 de octubre de 2019 –radicado de salida 2201913000007760–; y 4201912000006293 del 6 de noviembre de 2019 –radicado de salida 2201913000008259–[[24]](#footnote-24).

Como se indicó en los conceptos citados, en el ordenamiento jurídico no hay norma que defina el alcance de la expresión «recursos públicos», es decir, la disposición analizada no define de forma precisa si se refiere exclusivamente a la ejecución de recursos públicos en dinero o también se refiere a la entrega de bienes muebles o inmuebles a título gratuito, que pertenezcan al Estado, los cuales serían recursos públicos.

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han pronunciado sobre la situación en la cual en el ordenamiento jurídico se encuentran normas cuyo alcance no está determinado con exactitud en la ley. Refiriéndose a los conceptos jurídicos indeterminados, la doctrina explica que deben ser interpretados por el destinatario de la norma, quien debe precisarlo, de acuerdo con las circunstancias concretas que pesan sobre él[[25]](#footnote-25). Por lo tanto, ante la existencia de conceptos jurídicos indeterminados el intérprete determinará el alcance del concepto de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso[[26]](#footnote-26).

Conforme a lo anterior, para dotar de contenido la expresión «recursos públicos» y determinar si es posible celebrar un contrato de comodato o un contrato de donación durante la vigencia de la Ley de Garantías, concretamente, frente a la prohibición del parágrafo del artículo 38, se acudirá a la exposición de motivos de la Ley para determinar si la entrega de un bien a título gratuito se enmarca en la ejecución de «recursos públicos».

La Ley 996 de 2005, de acuerdo con la Gaceta No. 71 del 2005[[27]](#footnote-27), 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. Ahora, en las Gacetas del Congreso de la República No. 71, 231, 312 y 362 del año 2005, si bien se fijaron prohibiciones a los servidores públicos, no se incluyó la prohibición de celebrar convenios o contratos interadministrativos cuatro meses antes a cualquier elección. En efecto, esta prohibición se incorporó en la Gaceta No. 35 de 2006, en la cual se publicó la Ley 996 de 2005, sin embargo, no se explicó el alcance de la expresión «ejecución de recursos públicos». Por su parte, la Gaceta No. 71 del 2 de marzo de 2005 señalaba que este proyecto de ley buscaba impedir que el cargo de una persona se utilizara para promover una candidatura o ejercer presión sobre los subordinados para determinar su voluntad de elección.

Por estas consideraciones, como se explicó anteriormente, el proyecto de ley estatutaria aborda la participación de los servidores públicos en política estableciendo unas prohibiciones aplicables a los servidores públicos no considerados en el inciso segundo del artículo 127 de nuestra Constitución. De esta forma se busca impedir que el cargo que se ostente sea utilizado para promover una candidatura o ejercer presión sobre los subordinados para determinar su voluntad de elección.

En este sentido, el objetivo de la Ley 996 de 2005 es evitar que un funcionario público que se encuentra en campaña electoral o apoyando alguna candidatura, haga uso de su cargo para influenciar a terceros para que voten de una determinada forma, es decir, que afecte la intención de voto.

De acuerdo con el debate legislativo, se afecta el voto de una persona no solo con la entrega de dinero público sino con la entrega de bienes del Estado. Es así como el artículo 3 del Proyecto de Ley Estatutaria Número 216 de 2005 prohibió al presidente, en la campaña presidencial, «entregar personalmente subsidios del Estado o cualquier otro dinero del Estado o producto de donaciones de terceros al Gobierno Nacional». Sin embargo, posteriormente, la Gaceta del Congreso No. 231 del 5 de mayo de 2005 cambió el sentido de la prohibición, incluyendo que el presidente no podrá: «Entregar personalmente recursos *o bienes estatales* o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario o producto de donaciones de terceros al Gobierno Nacional». En este sentido, si el presidente se encuentra en campaña presidencial no podrá entregar personalmente recursos o bienes estatales o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario porque este tipo de conductas afectan la voluntad de elección de terceros.

Siguiendo la consideración anterior, si el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital celebrar contratos o convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, se debe entender por «ejecución de recursos públicos», de acuerdo con el propósito de la norma, evitar que un funcionario use su cargo para influir en la intención de voto de un tercero, y por lo tanto la ejecución de recursos públicos no se debe entender de forma restringida a la entrega de dineros públicos, sino también la entrega de bienes del Estado para su uso.

De esta manera, explicado que el término «ejecución de recursos públicos» incluye no solo la entrega de recursos que hacen parte del ciclo presupuestal de la entidad, sino también la entrega de bienes de dominio público, surge el siguiente interrogante: ¿cuáles son los bienes que se pueden entregar o disponer de ellos por parte de los funcionarios públicos?

Los bienes de dominio público, de acuerdo con la Corte Constitucional, en la sentencia C-183 de 2003, son «el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que lo utiliza para servir a la sociedad». Dentro de esta categoría se encuentran los bienes fiscales y los bienes de uso público.

Los bienes fiscales, de acuerdo con el Alto Tribunal Constitucional, en la sentencia C-183 de 2003[[28]](#footnote-28), están destinados a la prestación de servicios públicos que la Administración utiliza de forma inmediata, como los edificios donde funcionan las oficinas públicas. A su vez, el Consejo de Estado, Sección Tercera –radicado 21.699–[[29]](#footnote-29), los define como aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de tal forma que el Estado los posee y los administra de forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. De esta forma, sobre los bienes fiscales, a pesar de estar destinados a la prestación de servicios públicos, las entidades estatales tienen la facultad de disponer de ellos a través de un acto jurídico como la compraventa, la donación, el arriendo, entre otros.

Ahora, el artículo 674 del Código Civil define los bienes de dominio público como aquellos que «(…) pertenece a todos los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión o de uso público o bienes públicos del Territorio». De acuerdo con la Corte Constitucional –sentencia C-183 de 2003–[[30]](#footnote-30), son bienes que pertenecen al Estado, destinados al uso común de todos los habitantes, y se encuentran por fuera del comercio. Por su parte, el Consejo de Estado[[31]](#footnote-31), Sección Tercera –Exp. 36.711–, define estos bienes como los que pertenecen al Estado y están destinados al uso, goce y disfrute de todos los habitantes del territorio. Por lo tanto, como los bienes de uso público están destinados al uso de los habitantes de un territorio el Estado, no puede disponer de ellos por encontrarse fuera del comercio.

En conclusión, los bienes del Estado se dividen en bienes fiscales y de uso público. Los bienes de uso público se encuentran fuera del comercio y las entidades estatales no pueden disponer de ellos; por su parte, los fiscales son susceptibles de disposición por parte de las entidades estatales. En este sentido, las entidades pueden disponer de los bienes fiscales, ya sea a través de contratos de comodato, donación o arrendamiento y de esta forma harían parte del concepto de ejecución de recursos públicos de que trata el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Dado que el objeto de su consulta hace referencia a la aplicación de la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 frente a los contratos de comodato, de donación y de arrendamiento de bienes del Estado, a continuación se expondrán las consideraciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública frente a cada una de las tipologías contractuales.

De esta manera, el contrato de comodato es un acuerdo de voluntades en virtud del cual una parte presta gratuita a otra el uso de un bien mueble o raíz para que lo use[[32]](#footnote-32). La celebración de este contrato implica que el negocio jurídico esté dirigido a hacer la entrega de un bien, sin que por la entrega se obtenga una contraprestación. Por lo tanto, el contrato es por naturaleza gratuito porque el uso y el goce se entrega al comodatario –persona que disfruta del bien–. En consecuencia, si se trata de un bien que produce frutos naturales o civiles, es el comodatario quien recibirá dichos frutos[[33]](#footnote-33).

De otro lado, el Código Civil define la donación como «un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta»[[34]](#footnote-34), la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 25 de mayo de 2016 sostuvo respecto de la definición de la donación del Código Civil, que era naturalmente imprecisa toda vez que la donación es un verdadero «contrato» y no solo un acto, lo anterior porque para el perfeccionamiento del «contrato» concurre i) la voluntad dispositiva de la persona que pretende entregar parte de su patrimonio –donante– y ii) la aceptación de quien recibirá el beneficio económico –donatario–[[35]](#footnote-35).

Conforme con lo anterior, la celebración de un contrato de donación se constituye como un verdadero acto traslaticio del dominio[[36]](#footnote-36) y en consecuencia como la expresión «ejecución de recursos públicos» del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 no solo se entiende a los recursos que integran el ciclo presupuestal de la entidad, sino también los bienes fiscales de los que puede disponer la entidad que se entregan a título gratuito, porque con ello podría influenciarse la intención de voto de quien recibe el bien.

En los términos anteriores, pese a tratarse de un contrato de comodato o donación, si se cumplen los presupuestos establecidos en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se incurriría en la prohibición. Aplicando un razonamiento similar, en relación con los contratos de arrendamiento, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública consagra que el contrato de arrendamiento es una modalidad de contratación directa, conforme a lo previsto en el literal i) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[37]](#footnote-37). El régimen jurídico de los contratos de arrendamiento está previsto en las disposiciones civiles y comerciales[[38]](#footnote-38).Por tanto, el contrato de arrendamiento es un acuerdo de voluntades en el que una parte se obliga a conceder el goce de una cosa determinada y la otra a pagar un precio determinado como retribución por el goce que se le ha concedido[[39]](#footnote-39). Conforme a lo anterior, una de las características propias y principales del contrato de arrendamiento es su onerosidad, porque las partes que lo celebran obtienen utilidad o beneficio de él[[40]](#footnote-40).

De lo anterior se desprenden dos consideraciones en relación con la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005: si una entidad estatal del orden departamental, distrital o municipal de las incluidas en la prohibición pretende celebrar un contrato de arrendamiento con otra entidad estatal no podrá hacerlo en vigencia de la Ley de garantías, porque lo que determina la existencia de un contrato o convenio interadministrativo es un criterio orgánico, que como se dijo en líneas precedentes es el que sea celebran dos entidades estatales.

Como segunda consideración, la restricción del parágrafo del artículo 38 hace referencia, igualmente, a que dicho contrato ejecute recursos públicos, lo que se desprende en este caso del carácter oneroso del contrato de arrendamiento, lo que implica la ejecución de recursos públicos.

En los términos anteriores, atendiendo a las preguntas de la peticionaria, siempre que se cumplan con los presupuestos de la prohibición del parágrafo del artículo 38, independientemente del objeto contractual que se celebre, sea que se relacione con un contrato de comodato, donación o arrendamiento de bienes del Estado se incurrirá en la prohibición, bajo el entendimiento de que en dichos contratos también se podrían ejecutar recursos públicos. Lo anterior siempre que se trate de un contrato o convenio interadministrativo, que sea celebrado entre entidades públicas y cuando alguna de ellas sea de las enlistadas en el parágrafo del artículo 38, aspectos que se desarrollaron de forma precisa anteriormente.

De esta manera, se reitera la conclusión expuesta, en el entendido 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 los comicios de cargos de elección popular. 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.

**2.3.** **Modificaciones realizadas por la Ley Anual del Presupuesto para la vigencia fiscal de 2022 a la Ley de Garantías Electorales**

El análisis que a continuación se realizará, fue efectuado por esta Agencia en el concepto C-674 del 6 de diciembre de 2021 y en el C-699 del 6 de enero de 20201, por lo que se reiterará dicha postura. Partiendo de lo anterior, el 12 de noviembre de 2021 el Presidente de la República sancionó la Ley 2159[[41]](#footnote-41), por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022 –Ley Anual del Presupuesto–[[42]](#footnote-42). Dentro del Capítulo V sobre «disposiciones varias» contenido en la Tercera Parte, «Disposiciones Generales», se destaca la inclusión del artículo 124, a cuyo tenor:

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.

Al respecto, es importante señalar que los artículos 345 a 355 de la Constitución Política de 1991 desarrollan los asuntos del presupuesto general[[43]](#footnote-43). En estas normas se regula lo concerniente a la Ley Anual de presupuesto o Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones a expedir por el Congreso de la República, la cual debe contener la estimación de las rentas nacionales y la autorización de los gastos del Estado para la respectiva vigencia fiscal anual, comprendida entre el 1° de enero y el 31 de diciembre y guardar correspondencia con el Plan Nacional de Desarrollo.

La Ley Anual de presupuesto o Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones, no solo responde a un análisis contable de rubros y gastos, sino que también es el resultado de un debate democrático connatural a la discusión, elaboración y aprobación de las leyes por el Congreso de la República, por cuanto con ella se pretende responder a la realidad económica y a las necesidades sociales de los colombianos y materializar las acciones de política pública[[44]](#footnote-44).

En este sentido, es diferente analizar la ley desde la posición que concibe el presupuesto como un mero requisito para la ejecución de las partidas que contempla, a examinarla bajo la concepción de que, con base en las razones expuestas, al presupuesto le corresponde un contenido material propio y una indiscutible fuerza normativa ligada al logro de importantes objetivos económicos y sociales[[45]](#footnote-45), que exige atender su trámite en términos de participación democrática directa y representativa. Vista de esta manera, la ley de presupuesto además de su carácter de herramienta macroeconómica, tiene una vocación democrática para el manejo de los recursos, la orientación de su gasto y la ejecución de las políticas públicas[[46]](#footnote-46).

Desde la perspectiva más amplia, el Presupuesto General de la Nación está conformado por dos grandes rubros: i) el de los ingresos o rentas y ii) el de los gastos o apropiaciones, denominados, respectivamente, como presupuesto de rentas y presupuesto de gastos o ley de apropiaciones.

En lo que refiere al presupuesto de rentas, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 111 de 1996[[47]](#footnote-47) –estatuto orgánico del presupuesto–, aquel está instituido por:

i) Los ingresos corrientes que, a su turno, se clasifican en tributarios, directos o indirectos, y no tributarios, estos últimos, subclasificados en tasas y multas (art.27);

ii) Las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto;

iii) Los fondos especiales;

iv) Los recursos de capital, tales como los recursos del «balance del tesoro nacional, los recursos del crédito externo e interno con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario, las donaciones (art. 33), el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado del mismo orden, las utilidades del Banco de la República, entre otros (art. 31), y;

v) Los ingresos de los establecimientos públicos de origen nacional.

En lo que respecta al presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, el mismo Decreto 111 de 1996, en el artículo 23, determina que aquel está configurado por tres grandes rubros:

i) Los gastos de funcionamiento que, a su vez, estarán subdivididos en servicios personales, gastos generales y transferencias y gastos de operación;

 ii) El servicio a la deuda, conformado por la deuda interna y externa y;

iii) Los gastos de inversión, dentro de los cuales se incluirá, según el artículo 36 del Estatuto Orgánico, los proyectos establecidos en el «Plan Operativo Anual de Inversión». Este «Plan Operativo Anual de Inversión» al que hace referencia el artículo 36 mencionado, es, junto al presupuesto anual de la Nación, y al Plan Financiero, uno de los componentes del «Sistema Presupuestal» (art. 6)[[48]](#footnote-48), y dentro de él se señalarán los proyectos de inversión clasificados por sectores, órganos y programas, siempre en concordancia con el Plan Nacional de Inversiones contenido en el Plan Nacional de Desarrollo[[49]](#footnote-49).

 De acuerdo con el artículo 38 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, la ley de gastos o apropiaciones «solo» estará conformada por las apropiaciones que correspondan a los siguientes aspectos:

1. Los créditos judicialmente reconocidos;

2. Los gastos decretados conforme a la ley;

*3. Las destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social y a las obras públicas tratados en los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, siempre que hayan sido aprobadas por el Congreso Nacional,* y;

4. A las leyes que organizan la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, que constituyen título para incluir en el presupuesto partidas para gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública.

Como se nota, uno de los aspectos que deberán figurar dentro de la ley de apropiaciones o gastos, serán las partidas destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social y a las obras públicas regulados en los artículos 339 y 341 de la Constitución. En ese sentido, recuérdese que el Plan Nacional de Desarrollo, de acuerdo con el artículo 339 de la Constitución Política, cuenta con dos grandes apartados: *i)* una parte general o estratégica y *ii)* un Plan Nacional de Inversiones de las entidades públicas del orden nacional.

En la primera parte, se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, así como las metas y prioridades estatales a mediano plazo y las estrategias generales de la política social, económica y ambiental que adoptará el Gobierno Nacional. Por su parte, el Plan de Inversiones Públicas, contendrá «los presupuestos plurianuales de *los principales programas y proyectos de inversión pública nacional* y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución» (énfasis añadido).

 Por otra parte, como producto natural de la descentralización territorial y la autonomía de las entidades territoriales que rigen la estructura del Estado colombiano, el inciso 2 del artículo 339 de la Constitución Política, autoriza a las autoridades territoriales para que elaboren y adopten, de manera concertada entre ellas y el Gobierno Nacional, sus propios planes de desarrollo. Al igual que el Plan Nacional de Desarrollo, los planes de desarrollo territoriales estarán constituidos por una primera parte estratégica y una segunda contentiva del plan de inversiones a mediano y corto plazo, en los términos y condiciones que, de manera general, establezcan las respectivas asambleas departamentales y concejos municipales o distritales, según el caso[[50]](#footnote-50).

**2.3.1.** **Alcances y elementos de la reforma a la Ley de Garantías Electorales**

En este contexto, como se puede apreciar, el artículo 124 de la Ley del Presupuesto para la vigencia fiscal del 2022 que arriba se citó, con la finalidad de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, consagra una autorización a la Nación y a las entidades territoriales para celebrar convenios interadministrativos con el fin de ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.

Se fijan, entonces, ciertas condiciones temporales, subjetivas y materiales o teleológicas para la celebración de los convenios interadministrativos: i) que sean celebrados a partir de la publicación de la Ley del Presupuesto en el Diario Oficial y hasta el término de la vigencia fiscal 2022, es decir, hasta el 31 de diciembre de dicho año, ii) que sean celebrados entre la Nación, por una parte, y las entidades territoriales, por otra, y iii) que los convenios sean celebrados con el fin de ejecutar programas o proyectos que correspondan al Presupuesto General de la Nación. A continuación, la Agencia se referirá a cada uno de los aspectos o elementos insertos en la mencionada disposición.

**2.3.1.1. Aspecto temporal**

En su inciso segundo, el artículo 124 dispone la modificación del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 sin establecer un nuevo texto sino simplemente anunciando que tal disposición se entenderá modificada «únicamente en la parte pertinente». Debe advertirse que la modificación introducida por la Ley del Presupuesto al parágrafo del artículo 38 resulta ser meramente temporal o transitoria, toda vez que se halla circunscrita, solamente, a un lapso específico, comprendido entre la fecha en que se publique la Ley de Presupuesto y el término de la vigencia fiscal del año 2022.

Por tanto, la variación efectuada será aplicable a las elecciones de cargos de elección popular que sean llevadas a cabo en el lapso mencionado en la disposición, lo cual quiere decir que una vez culmine la vigencia fiscal del 2022, el texto del parágrafo del artículo 38 se entenderá en su sentido y contenido original. De ahí que, para ser más precisos, técnicamente se trata de una suspensión transitoria y parcial de la prohibición, teniendo en cuenta que la norma es de carácter temporal y que en realidad no varía o cambia de forma permanente una norma general prevista en la Ley 996 de 2005, sino que prevé su inaplicación desde que comience a regir la Ley de Presupuesto y durante la vigencia fiscal 2022.

**2.3.1.2. Aspecto subjetivo**

Ahora bien, según se señaló atrás, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en su texto original, establece una prohibición dirigida a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital, quienes no podrán celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos durante el periodo establecido en ese mismo parágrafo, sin hacer diferencia alguna con respecto a la modalidad de selección que se utilice, ante lo cual, es factible que los contratos o convenios interadministrativos sean celebrados entre entidades territoriales, exclusivamente, o entre ellas y entes nacionales.

Como se observa, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 hace referencia a que la «Nación» podrá celebrar convenios interadministrativos con «las entidades territoriales», razón por la cual en su aplicación resulta relevante el concepto que se tenga de los dos sujetos de derecho autorizados para celebrarlos.

En cuanto a las entidades territoriales, el artículo 286 de la Constitución Política establece claramente que son «los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas» y la «ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley».

Sin embargo, en el derecho constitucional el concepto Nación ha sido de difícil determinación y amplia discusión. La Nación se ha definido de distintas maneras, no obstante, uno de sus sentidos es el que lo identifica con el término de Estado y comprendida en él, es decir, como una estructura política y administrativa[[51]](#footnote-51).

Bajo esta óptica, es menester recordar que, conforme al artículo 1 de la Constitución Política, Colombia es un Estado social derecho, organizado en forma de República unitaria pero descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales[[52]](#footnote-52); y que, precisamente, en nuestro ordenamiento jurídico se utiliza la expresión «Nación», en vez de la expresión «Estado», para hacer alusión a las autoridades centrales y diferenciarlas de las autoridades descentralizadas territorialmente y por servicios.[[53]](#footnote-53) Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

[E]n general nuestra normatividad *ha reservado la palabra “Nación”*, en vez de la palabra “Estado”, *para hacer referencia a las autoridades centrales y distinguirlas de las autoridades descentralizadas*. Así, el artículo 182 de la Constitución derogada ordenaba a la ley determinar “los servicios a cargo de la Nación y de las entidades descentralizadas”. Ese lenguaje se ha mantenido en la Constitución de 1991, pues *la Carta utiliza la palabra Nación cuando se refiere a las competencias propias de las autoridades centrales, mientras que la palabra Estado denota en general el conjunto de todas las autoridades públicas*. (Cursiva fuera del texto).

De otro lado, el Estado en su conjunto, esto es, la Nación y otros órganos que realizan las diversas funciones y servicios, actúa en el mundo del Derecho dotado de personalidad jurídica como sujeto de derechos y obligaciones. En efecto, el artículo 80 de la Ley 153 de 1887 establece que «[l]a Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas».

Bajo este esquema constitucional y legal se ha entendido que «las entidades territoriales, así como las entidades descentralizadas por servicios, tienen su propia personería jurídica, al paso que la personalidad jurídica de la Nación cobija a las ramas del poder público, así como a los otros órganos autónomos e independientes que se han previsto por la Constitución para el cumplimiento de las demás funciones del Estado».[[54]](#footnote-54)

En particular, la Rama Ejecutiva del Poder público se manifiesta en dos órdenes o niveles, por un lado, el nivel nacional, o «administración nacional» que a su turno puede contar con entidades descentralizadas por servicios, y por el otro, el nivel descentralizado por virtud del territorio, o «administración territorial». En efecto, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución, al respecto dispone:

La Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

a) La Presidencia de la República;

b) La Vicepresidencia de la República;

c) Los Consejos Superiores de la administración;

d) Los ministerios y departamentos administrativos;

e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica;

2. Del Sector Descentralizado por Servicios:

a) Los establecimientos públicos;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Según la norma transcrita, la organización de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en su nivel nacional, cuenta con dos sectores: uno central conformado por la Presidencia de la República, la Vicepresidencia, los ministerios, departamentos administrativos, consejos superiores de la administración y las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica; y otro descentralizado, en el cual se encuentran los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y, en general, las entidades administrativas nacionales que cuenten con personería jurídica diferente a la Nación[[55]](#footnote-55).

A este respecto debe recordarse que la descentralización, como forma de organización administrativa que implica el traslado de competencias a favor de autoridades o personas distintas a la Nación, y a la que hace referencia, entre otros, el artículo 1 de la Constitución arriba aludido, se manifiesta en tres formas o modalidades, a saber: descentralización por territorio, por servicios y por colaboración.

La primera, tiene que ver con el traslado de competencias hacia entidades del orden territorial; por su parte, la descentralización especializada o por servicios consiste en la transferencia de competencias a ciertas entidades creadas para ejercer una actividad específica o determinada, mientras que la descentralización por colaboración obedece al otorgamiento de competencias a favor de particulares.

En ese sentido, y de acuerdo a lo ya dicho, en el nivel nacional de la Rama Ejecutiva existe la posibilidad de que existan entidades que pertenezcan o bien al sector central, precisamente, por no encontrarse descentralizadas y hacer parte, por ende, a la Nación como persona jurídica y, por otro lado, un sector nacional descentralizado conformado por personas jurídicas distintas a la Nación a quienes se les han transferido o descentralizado competencias en razón a la especialidad o el servicio para cuya prestación han sido creadas.

Se destaca, por ser pertinente de acuerdo con la consulta que ahora conoce la Agencia, que las empresas industriales y comerciales del Estado, así como las sociedades de economía mixta, hacen parte del sector descentralizado por servicios del orden nacional, tal y como claramente lo señalan los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, arriba mencionados.

Además, las normas reguladoras de su régimen se refieren expresamente a su personería jurídica como atributo que les es propio. Así, el artículo 85 de la Ley 489 define a las empresas industriales y comerciales del Estado como organismos creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollen actividades de naturaleza industrial y de gestión económica conforme a las reglas de Derecho privado […]» y que cuenten con personería jurídica.

Con respecto a las sociedades de economía mixta, como auténticas entidades descentralizadas, también cuentan con personería jurídica, así como, además, por virtud de la aplicación que sobre su actividad se hace del Derecho Privado[[56]](#footnote-56), es pertinente lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 98 del Código de Comercio al dictar que «la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados».

A su turno, dentro del sector descentralizado por servicios del nivel nacional existen dos modalidades de descentralización según sea la fuente de creación de la respectiva entidad, a saber: una de carácter directo o de primer grado y otra indirecta o de segundo grado. La primera hace referencia a entidades públicas descentralizadas nacionales cuya creación ha correspondido directamente al Estado, trátese del Congreso de la República o del Gobierno Nacional, según sea el caso, a través de la ley formal o material.

Sin embargo, dichas entidades descentralizadas directamente, por ser personas jurídicas, pueden, a su turno, participar con otras personas en la creación de nuevas entidades, correspondiendo estas, entonces, a las denominadas entidades descentralizadas indirectamente o de segundo grado[[57]](#footnote-57). En otras palabras, los entes descentralizados indirectamente son aquellos creados, no por la ley, sino a partir de «la voluntad asociativa de los entes públicos, en unión entre sí o con particulares»[[58]](#footnote-58).

En ese orden de ideas, la descentralización indirecta puede tornar en distintas modalidades, según cual sea la calidad de las entidades participantes. Así, habrán entes descentralizados indirectamente conformados por entidades del nivel nacional y territorial, o por entidades descentralizadas por servicios y nacionales, o por participación de entes nacionales, territoriales y descentralizados por servicios, por asociaciones de entidades descentralizadas del nivel nacional etc.[[59]](#footnote-59).

De conformidad con lo anterior, la Ley 489 de 1998 regula lo concerniente a tres tipos de entidades descentralizadas indirectamente en sus artículos 94, 95 y 96, referidos, respectivamente, a las asociaciones entre empresas industriales y comerciales del Estado, o entre estas y entidades territoriales o descentralizadas, a la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro entre entidades estatales y a la constitución de asociaciones y fundaciones a través de los convenios de asociación suscritos entre entidades estatales y personas jurídicas particulares.

Dicho lo anterior, es importante destacar, tal y como lo ha expresado el Consejo de Estado, que las entidades descentralizadas indirectamente, son una especie del género que corresponde a las entidades descentralizadas, y «[…] por ello y porque gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente, es decir, reúnen los requisitos establecidos para las entidades descentralizadas por el artículo 68 de la ley 489 de 1998, forman parte del sector descentralizado de la administración pública»[[60]](#footnote-60).

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de Administración Pública –EGCAP–, rompió con la noción ortodoxa que venía del régimen anterior respecto a lo que se entendería como «entidad estatal», para efectos de la contratación del Estado, y que se fundaba bajo la égida de la personalidad jurídica como elemento determinante para la capacidad o competencia para contratar. Con el EGCAP se separan tales nociones y se admite la posibilidad de que entidades que no cuenten con personería jurídica, puedan, sin embargo, ostentar capacidad jurídica para celebrar contratos.

Así, el artículo 2 de la Ley 80 determinó que ciertas entidades que no tienen personalidad jurídica diferente a la Nación, como por ejemplo, los ministerios, departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales sin personería jurídica pueden celebrar contratos y, en su artículo 11, señaló que los funcionarios con competencia para hacerlo en la entidad respectiva son: los ministros, los directores de los departamentos administrativos, los superintendentes y los presidentes de las unidades administrativas especiales, respectivamente.

En este punto, como lo ha dicho la Corte Constitucional, «[e]s claro que si la Nación, los departamentos, municipios y distritos, son personas jurídicas, y las entidades estatales a que se refiere la ley 80, no lo son, por fuerza los contratos que estas últimas celebren corresponden a la Nación, a los departamentos o a los municipios»[[61]](#footnote-61), lo que implica que la «actuación del funcionario competente, a nombre de la correspondiente entidad estatal, vincula a la Nación, al departamento o al municipio como persona jurídica»[[62]](#footnote-62), respectivamente.

Por ejemplo, cuando la presidencia de la república, o un ministerio o departamento administrativo celebren contratos públicos, lo harán en nombre de la Nación, precisamente, por hacer parte de esta. No sucederá lo mismo cuando el ente respectivo sea una persona jurídica distinta a la Nación, como ocurre con los departamentos, los distritos, los municipios, las entidades descentralizadas por servicios de cualquier orden y demás entes que, por virtud de la norma que los regulan, ostenten este atributo.

Igualmente, en la estructura del Estado colombiano existen órganos que no pertenecen a la rama ejecutiva sino a las otras ramas del poder público (legislativa y judicial), así como organismos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado[[63]](#footnote-63), los cuales también hacen parte de la Nación y cuentan con capacidad jurídica para contratar, según las normas del EGCAP, por ejemplo, el Senado de la República, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Auditoría General de la República, entre otros.

Con fundamento en todo lo dicho, la Agencia considera que la expresión «Nación», utilizada por la Ley 2159 de 2021, hace referencia a las entidades públicas del sector central de la rama ejecutiva y de las demás ramas del poder público, así como a los órganos autónomos e independientes que se han previsto por la Constitución Política para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, los cuales cuentan con capacidad para celebrar contratos en nombre de ella, pues comparten su personería jurídica. En caso contrario, esto es, cuando la entidad tenga personería jurídica propia y, por tanto, no celebre contratos en nombre de la Nación, permanecerá incólume la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales.

**2.3.1.3. Aspecto teleológico**

En lo que respecta al elemento teleológico o material de la reforma incluida en el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, consistente en que los convenios sean celebrados con el fin de ejecutar programas o proyectos que correspondan al Presupuesto General de la Nación, esta Agencia estima, partiendo de las consideraciones contenidas en el acápite 2.5. del presente concepto y dados en relación con la estructura y contenido de la ley anual del presupuesto general de la Nación, que aquel elemento hace referencia a los programas y proyectos de inversión nacional contenidos en el rubro de gastos de inversión de la ley de apropiaciones, y que corresponderán a los determinados como tales en el Plan Nacional de Inversiones incluido en el plan Nacional de Desarrollo.

Como corolario de todo lo anterior, se concluye que la Ley 2159 de 2021 –Ley del Presupuesto– modificó parcial y transitoriamente el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en aspectos temporales, subjetivos, materiales o teleológicos y procedimentales o de control; en particular, suspende la prohibición de celebración de convenios y contratos interadministrativos contenida en el parágrafo del artículo 38, siempre y cuando tales acuerdos se suscriban entre la Nación y las entidades territoriales, dentro de la vigencia fiscal del año 2022 y para la ejecución de programas o proyectos de inversión incluidos en el Presupuesto General de la Nación.

Es de anotar, por ser relevante para la consulta que se resuelve, que la modificación de la ley del Presupuesto opera, únicamente, frente al parágrafo del artículo 38, y no en relación con las prohibiciones del artículo 33 que, como se dijo, resultan ser distintas, aunque concurrentes, a las del parágrafo, por lo cual, las restricciones a la contratación directa dentro del período preelectoral presidencial y vicepresidencial se mantienen invariables a partir de la publicación de la Ley del Presupuesto.

En efecto, la Agencia advierte que para el año 2022 están programadas las elecciones para elegir miembros del Congreso de la República, así como las jornadas para la elección del Presidente y Vicepresidente de la República. Las primeras para el domingo 13 de marzo de 2022[[64]](#footnote-64) y las segundas para el 29 de mayo del mismo año[[65]](#footnote-65), respectivamente, de manera que resulta palmario que el periodo preelectoral de restricción de cuatro meses anteriores a la correspondiente elección de que tratan los artículos 33 y 38 de la Ley 996, coincidirán parcialmente. En este sentido, las prohibiciones para la contratación directa y para la celebración de convenios y contratos interadministrativos concurren durante la coincidencia de periodos preelectorales.

Así, durante el periodo preelectoral de elección al Congreso de la República aplicará, únicamente, la prohibición del parágrafo 38; sin embargo, una vez inicie el periodo preelectoral para la elección de Presidente y Vicepresidente, deberán ser aplicadas ambas restricciones, es decir, la del parágrafo del artículo 38 y la del artículo 33 de la Ley de Garantías. En este punto, atendiendo a la modificación parcial del parágrafo del artículo 38 realizada por la Ley del Presupuesto, cabría preguntarse cómo se aplicarían las mentadas prohibiciones.

En opinión de esta Agencia, con el fin de armonizar los textos de los artículos comentados, luego de la modificación realizada por la Ley del Presupuesto, en el evento mencionado en el párrafo anterior se podrán celebrar convenios y contratos interadministrativos, de acuerdo con el parágrafo del artículo 38, siempre y cuando estos se lleven a cabo a través de modalidades de selección que impliquen convocatoria pública y, además, por virtud del artículo 124 de la Ley del Presupuesto cuando dichos contratos y convenios sean suscritos entre entidades del orden nacional y territorial. No sucederá lo mismo cuando sean celebrados entre entidades del orden territorial, en cuyo caso aplicará la prohibición plena sin la modificación en mención. Esto por cuanto, se insiste, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías permanece incólume ante la expedición de la Ley del Presupuesto.

Por ende, cuando empiece el periodo preelectoral de las elecciones presidenciales, se deberá dar aplicación a la prohibición para la contratación directa contenida en el artículo 33 de la Ley de Garantías, así como a la prohibición del parágrafo del artículo 38 que, como se dijo, resulta aplicable a todo tipo de elección popular.

En tal sentido, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones de presidente y vicepresidente de la república no se podrán celebrar convenios y contratos interadministrativos a través de contratación directa, y solo podrán ser suscritos a través de mecanismos de selección que impliquen convocatoria pública y, además, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021.

**3. Consideración transitoria**

Sin perjuicio de todo lo dicho, debe tenerse en cuenta que en el fallo de tutela proferido dentro del proceso nro. 2021-000324 por parte del Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, se decidió, entre otras cosas:

«ORDENAR al presidente de la república y a los representantes legales de las entidades del orden nacional y del sector descentralizado territorialmente,

abstenerse de dar aplicación a la modificación realizada al parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005.

La restricción enunciada tiene como efectos garantizar los derechos al debido proceso, igualdad e imparcialidad en el proceso electoral.

La presente restricción solo estará́ vigente hasta que la Corte Constitucional conozca de la demanda de acción pública de inconstitucionalidad que adelantará el señor Miguel Ángel Bravo Gutiérrez o, que, en el ejercicio de ese derecho, radique cualquier ciudadano en los términos que establece el artículo 241 de la Constitución.

En esa medida el amparo transitorio objeto de esta providencia y la restricción enunciada para la celebración de los convenios interadministrativos, la ejecución de recursos públicos, la no participación, promoción y destinación de recursos públicos de las entidades a su cargo, en la forma que lo establece el parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005, estará́ vigente por el término improrrogable de treinta (30) días hábiles siguientes a la publicación de la ley, dentro de los cuales no se computará el periodo que comprende la vacancia judicial45.

El término referido tiene como única finalidad que la Corte Constitucional conozca y se pronuncie conforme a sus competencias y facultades relativas a la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, conforme a lo precisado en la parte motiva de esta providencia.

Superado el término de los treinta (30) días hábiles, que se computarán en la forma anunciada, si no se acude a la acción pública de inconstitucionalidad por el accionante o por otros ciudadanos, o si la Corte Constitucional no asume conocimiento del estudio del proyecto de ley, en las hipótesis referidas el amparo transitorio perderá́ efectos de manera inmediata.

La medida de amparo comprende única y exclusivamente al artículo 125 del trámite legislativo del proyecto de la ley 096 de 2021 Senado y 158 de 2021 Cámara, relativo a la modificación del parágrafo del artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005»[[66]](#footnote-66).

Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 29 de noviembre de 2021, decretó la nulidad de todo lo actuado en el trámite de la acción de tutela mencionada. En consecuencia, ordenó la vinculación del señor Presidente de la República y dio traslado del expediente al Consejo de Estado, por ser el órgano judicial competente, conforme al artículo 1 del Decreto 333 de 2021.

**3. Respuesta**

«1. El arrendamiento de bienes inmuebles entre entidades públicas del nivel territorial, es convenio o contrato y cuál de las restricciones de las consagradas en la Ley 996 de 2005, aplicaría?

2. La donación de bien inmueble, entre entidades públicas, es convenio o contrato y cuál de las restricciones de las consagradas en la Ley 996 de 2005, aplicaría?

3. El contrato de usufructo entre entidades públicas, es convenio o contrato?

4. Es posible suscribir escritura pública de donación de bien inmueble y de usufructo, entre entidades públicas, antes del 29 de enero de 2022?»

Lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes que los suscriben, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. Además, dado que no existe una definición legal que diferencie a los conceptos de contrato y convenio, las prohibiciones establecidas en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales se aplican, indistintamente, tanto a los unos como a los otros, que pretendan celebrar las entidades públicas enlistadas en la misma norma y siempre que mediante ellos se ejecuten recursos públicos. Lo anterior con independencia del objeto contractual, por lo que sería posible que contratos de arrendamiento, comodato o donación se enmarcaran en la prohibición del parágrafo del artículo 38, siempre que se cumplan los elementos establecidos en dicha disposición, asuntos que se desarrollaron en detalle en el numeral 2.2. de este concepto.

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

Lo anterior se debe entender sin perjuicio de la consideración transitoria explicada en el numeral 3 del presente concepto. Además, como se explicó, estas prohibiciones son independientes y aplican en los términos expuestos en este concepto, sin perjuicio de que confluyan en cierto ámbito temporal.

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



Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén VargasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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

[...]

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

[..]

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

[...]

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

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

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

» […]

» Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista». [↑](#footnote-ref-9)
10. 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-10)
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-11)
12. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-12)
13. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-14)
15. 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-15)
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-16)
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-17)
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-18)
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-19)
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-20)
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-21)
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-22)
23. 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-23)
24. Para mayor claridad se remite al peticionario a los conceptos indicados, los cuales se pueden descargan en la relatoría de los concepto de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, disponibles en el siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-24)
25. Ara Pinilla, I., Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. Revista crítica de derecho administrativo, 90/2014, p. 112. «Los conceptos jurídicos indeterminados no son sino términos jurídicos abiertos que han de ser precisados en los actos de aplicación del derecho que los contiene y, por consiguiente, perfilados por un operador jurídico que es distinto al de su creación». [↑](#footnote-ref-25)
26. Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Sentencia C-435 de 10 de julio de 2010. Dichos conceptos son aquellos en los que el sentido para la aplicación de la norma, no se encuentra determinado con exactitud en la ley.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., 10 de mayo de 2018. Radicación número: 11001-03-25- 000-2011-00502-00(1.938-11). «[…] Conviene aclarar que los conceptos jurídicos indeterminados, entendidos como aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas». [↑](#footnote-ref-26)
27. Gaceta 71 de 2005. Proyecto de Ley Número 216 de 2005, «por medio del cual se regula la igualdad entre los candidatos a la Presidencia de la República y las demás materias que establece el Acto Legislativo No. 02 de 2004». Exposición de motivos: «Es claro que en una campaña electoral en la cual el Presidente en ejercicio aparezca como candidato, deben ofrecerse todas las garantías de igualdad posibles entre candidatos, y por ello la figura de la reelección presidencial debe ir acompañada de previsiones suficientes que eviten 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. Y así lo contempla este proyecto de ley estatutaria el cual esperamos sirva de punto de partida para una discusión que deberá buscar el máximo consenso posible entre las fuerzas políticas representadas en el Congreso de la República». [↑](#footnote-ref-27)
28. Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia C-183 de 2003. «[…] Los bienes fiscales o patrimoniales se encuentran destinados a la prestación de servicios públicos que la administración utiliza de forma inmediata, como por ejemplo los edificios en que funcionan las oficinas públicas. Dentro de esta clase de bienes, también se encuentra lo que se denomina bienes fiscales adjudicables, que son aquellos que la Nación puede traspasar a los particulares que cumplan con las exigencias establecidas en la ley, como es el caso de los bienes baldíos». [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia del 30 de abril de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00704-00(21.699). M.P. Ruth Stella Correa Palacio. «Los bienes fiscales o patrimoniales, son aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades, o pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado los posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad». [↑](#footnote-ref-29)
30. Corte Constitucional, sentencia C-183 de 2003: «Ahora, los bienes de uso público propiamente dicho, que pueden ser por naturaleza o por el destino jurídico, se caracterizan por pertenecer al Estado o a otros entes estatales, estar destinados al uso común de todos los habitantes, y por encontrarse fuera del comercio, ser imprescriptibles e inembargables. Están definidos en la ley como aquellos que “su uso pertenece a todos los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión o de uso público o bienes públicos del Territorio” (art. 674 C.C.)». [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Providencia del 19 de julio de 2018. C.P. Radicación número: 25000-23-26-000-00821- 01(36.711). Carlos Alberto Zambrano Barrera. «En este orden de ideas, se ha señalado que los bienes de uso público son aquellos cuya titularidad pertenece al Estado y se hallan destinados al uso, goce y disfrute de todos los habitantes del territorio, están sometidos al régimen de derecho público y sobre ellos el Estado ejerce derechos de administración y de policía, con miras a garantizar y proteger su uso y goce común, por motivos de interés general». [↑](#footnote-ref-31)
32. Código Civil: «Articulo 2200. Definición y perfeccionamiento del comodato o préstamo de uso. El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso.

»Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa». [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 9 de abril de 2014. Radicación 85001- 23-31-000-2000-00178-01(23.040). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-33)
34. Código Civil: «Artículo 1443, La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta». [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de mayo de 2016. radicado: 52001-23-31-000- 2011-00297-01(AP). C.P. Hernán Andrade Rincón: «Al momento de su conceptualización la donación corrió igual fortuna, pues el artículo 1443 del Código Civil la define como el acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra que la acepta, lo que resulta de suyo impreciso, en tanto se está ante un verdadero contrato y no un mero acto, pues a él no solo concurre la voluntad dispositiva de aquel que pretende desprenderse de parte de su patrimonio, sino que requiere, para su perfeccionamiento, la aceptación de quien recibirá el beneficio económico: donante y donatario han de participar en la formación del acto mediante el concurso de sus voluntades en torno de la prestación que constituye el objeto de la relación negocial. El contrato de donación, en últimas, constituirá el título traslaticio del dominio, tal como lo previene el artículo 745 del Código Civil». [↑](#footnote-ref-35)
36. Código Civil: «Artículo 745. Para que valga la tradición se requiere un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

»Se requiere, además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Aso el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges». [↑](#footnote-ref-36)
37. «4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(…)

»i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles». [↑](#footnote-ref-37)
38. «Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley».

 [↑](#footnote-ref-38)
39. Código Civil: «Articulo 1973. Definición de arrendamiento. El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado». [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., 4 de junio de 2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2003-00634-01(37566). [↑](#footnote-ref-40)
41. Que en su artículo 141 establece: «La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2022». [↑](#footnote-ref-41)
42. Correspondiente al Proyecto de Ley 158/21 Cámara y 096/2021 Senado, cuyo texto definitivo fue aprobado en plenaria del Senado de la República el día 19 de octubre de 2021, según la Gaceta del Congreso de la República nro. 1496. [↑](#footnote-ref-42)
43. En su contenido y trámite el proyecto de ley se sujeta a las siguientes reglas: i) no es posible incluir partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, a un gasto decretado conforme a ley anterior, a uno propuesto por el gobierno para atender el funcionamiento de las ramas del poder público, al servicio de la deuda, o a dar cumplimiento al plan nacional de desarrollo (artículo 346 C.P.); ii) el proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva (artículo 347 C.P.; iii) si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno deberá proponer, en forma separada, ante las comisiones encargadas de estudiar el proyecto de presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados (artículo 347 Ibídem); iv) debe contener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de esa naturaleza (artículo 350 C.P.), iv) el Congreso no puede “aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos propuestas por el gobierno, ni incluir una nueva, sino con la aceptación escrita del ministro del ramo” (artículo 351, inciso 1, C.P.). En cambio, el Congreso “podrá eliminar y reducir partidas de gastos propuestas por el gobierno”, con las excepciones que señala el artículo 351 en su inciso segundo; v) recibido el proyecto respectivo en el Congreso, corresponde a las Comisiones de Asuntos Económicos tanto del Senado como de la Cámara discutirlo y aprobarlo en primer debate, para lo cual la Constitución las autoriza sesionar conjuntamente (artículo 346 inciso 2 C.P.); iv) si el Congreso no expide el presupuesto, regirá el presentado por el gobierno en los términos señalados por el artículo 347 Superior, y si el gobierno no lo presenta dentro del plazo constitucional, regirá el del año anterior. Pero el Gobierno podrá reducir gastos, y, en consecuencia, suprimir o refundir empleos, cuando así lo aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio (artículo 348 C.P.). [↑](#footnote-ref-43)
44. La Corte Constitucional ha precisado que es una especie de «contrato democrático anual sobre la asignación de recursos escasos y la fijación de prioridades, mediante el cual el Estado concreta no sólo un instrumento medular en la dirección de la economía y la política macroeconómica, sino la herramienta jurídica que expresa cuantitativamente el cumplimiento de fines esenciales del Estado y la política social para alcanzarlos. De este modo, el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y el aseguramiento en condiciones de igualdad y equidad de un orden justo, tienen un correlato real y específico en la ley de presupuesto que explican la necesidad de un proceso de creación y reforma calificado que permita la discusión amplia y la mayor participación posible a través de los representantes legítimos del pueblo reunidos en el Congreso.» (Corte Constitucional. Sentencia C - 1064 de 2001. MPs. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño). [↑](#footnote-ref-44)
45. Corte Constitucional. Sentencia C-1124 de 2008 que analizó la constitucionalidad del artículo 61 de la Ley 1169 de 2007. [↑](#footnote-ref-45)
46. Existe una relación inescindible entre la función democrática, administrativa y política del presupuesto y su carácter de instrumento o herramienta de dirección de la economía y la política macroeconómica. Corte Constitucional, Sentencia C - 438 de 2019, MP: Cristina Pardo Schlesinger. [↑](#footnote-ref-46)
47. «Por medio del cual se compilan las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto». [↑](#footnote-ref-47)
48. ARTÍCULO 6º: «Sistema presupuestal. Está constituido por un plan financiero, por un plan operativo anual de inversiones y por el presupuesto anual de la Nación». [↑](#footnote-ref-48)
49. ARTÍCULO 8º: «El plan operativo anual de inversiones señalará los proyectos de inversión clasificados por sectores, órganos y programas. Este plan guardará concordancia con el plan nacional de inversiones. El Departamento Nacional de Planeación preparará un informe regional y departamental del presupuesto de inversión para discusión en las comisiones económicas de Senado y Cámara de Representantes». En similar sentido, el artículo 13 del Estatuto Orgánico dispone que «El presupuesto general de la Nación deberá guardar concordancia con los contenidos del plan nacional de desarrollo, del plan nacional de inversiones, del plan financiero y del plan operativo anual de inversiones». [↑](#footnote-ref-49)
50. Artículo 31 de la Ley 152 de 1994 –por la cual se establece la Ley Orgánica del Presupuesto–. [↑](#footnote-ref-50)
51. Aunque el Estado sea un concepto más amplio que comprende al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales. [↑](#footnote-ref-51)
52. «Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

» 1. Gobernarse por autoridades propias.

» 2. Ejercer las competencias que les correspondan.

» 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

» 4. Participar en las rentas nacionales,» [↑](#footnote-ref-52)
53. Corte Constitucional, Sentencia C-221 del 29 de abril de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. [↑](#footnote-ref-53)
54. Corte Constitucional, Sentencia T-247 del 10 de abril de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-54)
55. El artículo 68 de la Ley 489 de 1998 sobre este sector preceptúa: «Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.» [↑](#footnote-ref-55)
56. ARTÍCULO  97.-*Sociedades de economía mixta****.*** Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. [↑](#footnote-ref-56)
57. Rodríguez Libardo, Derecho Administrativo, general y colombiano, Editorial Temis, (2015), Bogotá, Colombia, p. 160. [↑](#footnote-ref-57)
58. Vidal Perdomo Libardo, Derecho Administrativo, editorial Legis, (2016), Bogotá, Colombia, p. 151. En similar sentido se ha expresado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al definir a las entidades públicas descentralizadas indirectamente como «[…]las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal» (Concepto del 26 de octubre de 2000, Rad. 1291, M.P. Augusto Trejos Jaramillo). [↑](#footnote-ref-58)
59. Ver, Tafur Galvis Álvaro, las entidades descentralizadas, Bogotá, Editorial, Montoya y Araujo, (1984), p. 205. [↑](#footnote-ref-59)
60. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad 1291, Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-60)
61. Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 25 de agosto de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía. [↑](#footnote-ref-61)
62. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-62)
63. «ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.» [↑](#footnote-ref-63)
64. Registraduría Nacional del Estado Civil, Resolución 2098 del 12 de marzo de 2021, mediante la cual «se fija el calendario electoral del Congreso de la República que se realizarán el 13 de marzo». [↑](#footnote-ref-64)
65. Registraduría Nacional del Estado Civil, Resolución 4371 del 18 de mayo de 2021, «por la cual se fija el calendario electoral para las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República (primera vuelta) para el periodo constitucional 2022-2026. [↑](#footnote-ref-65)
66. Cuyo texto completo puede ser consultado en el link https:/Iidm.presidencia.gov.co/Documents/2021-354-Fallo-tutela-primera instancia.pdf [↑](#footnote-ref-66)