CCE-DES-FM-17

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad**

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

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

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

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibiciones ‒ Ámbito temporal**

[…] la Ley 996 de 2005 regula dos tipos de restricciones en materia de contratación, a saber: i) La del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la *contratación directa* por parte de todos los entes del Estado dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las excepciones arriba señaladas –establecidas en el inciso segundo del mismo artículo–. 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 más altas votaciones, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política, caso en el cual la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice esa segunda vuelta; ii) La del parágrafo del artículo 38 que debe aplicarse respecto de cualquier tipo de elección, 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 electoral.

**DESTINATARIOS DE LA LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005**

Para desarrollar el tema propuesto, es necesario analizar los destinatarios de la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, toda vez que –a diferencia del artículo 33 *ibidem* que alude a todos los entes del Estado– se presenta una lista taxativa de entidades. En tal sentido, este parágrafo debe interpretarse de forma restrictiva, por lo que no es posible aplicarlo a organismos del Estado.

Este artículo establece que la prohibición para celebrar contratos o convenios interadministrativos es para los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas, de orden municipal, departamental o distrital. Ahora bien, es importante precisar que esta restricción aplica a las entidades descentralizadas por servicios del nivel territorial, cuya forma de creación se encuentra regulada en el artículo 69 de la Ley 489 de 1998

[…] al momento de interpretar los sujetos destinatarios del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 debe tenerse en cuenta tres (3) criterios interpretativos: i) *criterio restrictivo*, que consiste en que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 restringe la suscripción de convenios o contratos interadministrativos a una categoría de entidades; ii) *criterio material*, que se refiere a un determinado tipo de entidades del Estado de la rama ejecutiva del nivel territorial; y iii) *criterio residual*, que consiste en señalar que no le son aplicables las prohibiciones a aquellas entidades que no pertenezcan a las categorías establecidas en la norma. Estos tres (3) criterios interpretativos permiten identificar a quienes aplican las restricciones, por lo que cada órgano del Estado deberá revisar si se encuentra en el tipo de entidades que estableció el artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

[…] se observa que órganos de control, como las personerías y las contralorías, no hacen parte de la rama ejecutiva, aunque se encuentren en el nivel territorial del departamento o municipio donde realizan sus funciones. Lo anterior, por cuanto al tratarse de órganos de control, no forman parte rama ejecutiva del poder público, como tampoco del nivel central o del nivel descentralizado, pues, sencillamente, constituyen órganos autónomos e independientes.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá D.C.,

Señora

**Diana Carolina Beltrán Herrera**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 523 de 2021**

**Temas:** LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY

DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones ‒ Contratación ‒ Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibiciones ‒ Ámbito temporal / DESTINATARIOS DE LA LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

**Radicación**: Respuesta a consulta # P20210827007750

Estimada Señora Beltrán:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde a su consulta del 27 de agosto de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta:

El parágrafo del artículo 38 de la ley 966 de 2005 señala:

“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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos”

¿Este parágrafo también es aplicable para entes de control de orden territorial?

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la Ley de Garantías, entre otros, en los Conceptos 4201913000004536 de 17 de julio de 2019, 4201912000005556 del 12 de septiembre de 2019, 4201913000005175 del 13 de septiembre de 2019, 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201913000005082 del 17 de octubre de 2019, 4201913000006306 del 21 de octubre de 2019, 4201912000006552 del 07 de noviembre de 2019, 4201913000006604 del 17 de diciembre de 2019, C-227 del 24 de mayo de 2021, 396 del 13 de agosto de 2021 y 439 del 27 de agosto de 2021. Teniendo en cuenta los conceptos anteriores y analizando la pregunta en cuestión se realizan las siguientes consideraciones.

**2.1. Finalidad y restricciones de la Ley de Garantías Electorales**

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[[1]](#footnote-2).

 En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005 se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Respecto a su finalidad, conforme a la Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005, tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial, introduciendo limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional –en la Sentencia C-1153 de 2005– considera que:

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.

Siguiendo el derrotero mencionado, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes al tiempo que se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Incluso, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, lo anterior fue indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al precisar que:

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[[2]](#footnote-3) y del Consejo de Estado[[3]](#footnote-4), 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[[4]](#footnote-5).

De conformidad con lo anterior, es claro que la Ley de Garantías Electorales, para el cumplimiento de los objetivos que dieron lugar a su expedición, fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. No obstante, debe aclararse que estas disposiciones se dirigen a dos tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como territorial.

Conforme a esto, 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»[[5]](#footnote-6).

Por su parte, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de elección, 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»[[6]](#footnote-7). La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado aclara la distinción en las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate, en los siguientes términos:

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[[7]](#footnote-8).

De lo anterior se desprende que la Ley 996 de 2005 establece dos tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. Por un lado, 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 aludidas excepciones. Por otra parte, la del artículo 38, aplicable respecto de cualquier tipo de elección, que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos.

**2.2. Destinatarios del parágrafo del artículo 38 de la Ley de garantías electorales**

Para desarrollar el tema propuesto, es necesario analizar los destinatarios de la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, toda vez que –a diferencia del artículo 33 *ibidem* que alude a todos los entes del Estado– se presenta una lista taxativa de entidades. En tal sentido, este parágrafo debe interpretarse de forma restrictiva, por lo que no es posible aplicarlo a organismos del Estado.

 Este artículo establece que la prohibición para celebrar contratos o convenios interadministrativos es para los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas, de orden municipal, departamental o distrital. Ahora bien, es importante precisar que esta restricción aplica a las entidades descentralizadas por servicios del nivel territorial, cuya forma de creación se encuentra regulada en el artículo 69 de la Ley 489 de 1998, el cual prescribe:

Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, *en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley*. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo [209](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr006.html#209) de la Constitución Política (énfasis fuera de texto).

Este tipo de entidades descentralizadas son una manifestación de la descentralización administrativa por servicios, la cual tiene su fundamento constitucional en el artículo 209 superior. En esta línea, la Corte Constitucional en Sentencia C-736 de 2007 alude a las entidades descentralizadas por servicios del nivel territorial, expresando:

De igual manera, en el numeral 7° del artículo 300 de la Carta y en el numeral 6° del artículo 313 *ibídem,* el constituyente admitió la descentralización por servicios en el nivel territorial, cuando concedió a las asambleas y a los concejos la facultad de crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento o del municipio, según sea el caso, y de autorizar la formación de sociedades de economía mixta de estos niveles territoriales. Por su parte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 210 de la Constitución, el constituyente indicó que competía al legislador determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial[[8]](#footnote-9).

Las entidades descentralizadas por servicios del nivel territorial pueden estar adscritas o vinculadas, tales como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, entidades sin ánimo de lucro públicas o con participación mayoritaria del Estado, entre otras.

A partir de esta conceptualización, al momento de interpretar los sujetos destinatarios del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 debe tenerse en cuenta tres (3) criterios interpretativos: i) *criterio restrictivo*, que consiste en que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 restringe la suscripción de convenios o contratos interadministrativos a una categoría de entidades; ii) *criterio material*, que se refiere a un determinado tipo de entidades del Estado de la rama ejecutiva del nivel territorial; y iii) *criterio residual*, que consiste en señalar que no le son aplicables las prohibiciones a aquellas entidades que no pertenezcan a las categorías establecidas en la norma. Estos tres (3) criterios interpretativos permiten identificar a quienes aplican las restricciones, por lo que cada órgano del Estado deberá revisar si se encuentra en el tipo de entidades que estableció el artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Al respecto, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 dispone que:

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.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARAGRAFO 1o. *De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial*.

[…] (Cursiva fuera de texto)

De conformidad con la norma anteriormente citada, se observa que órganos de control, como las personerías y las contralorías, no hacen parte de la rama ejecutiva, aunque se encuentren en el nivel territorial del departamento o municipio donde realizan sus funciones. Lo anterior, por cuanto al tratarse de órganos de control, no forman parte rama ejecutiva del poder público, como tampoco del nivel central o del nivel descentralizado, pues, sencillamente, constituyen órganos autónomos e independientes.

En efecto, a estos órganos alude el inciso segundo del artículo 113 constitucional cuando dispone que, además de quienes ejercer las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, «[…] existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado […]»[[9]](#footnote-10).

Sobre ese punto, cabe precisar que las personerías son organismos de control y vigilancia de las respectivas entidades territoriales, que ejercen la función de Ministerio Público y que están encargadas de la defensa, protección y promoción de los Derechos Humanos en su jurisdicción, así como de ejercer el control disciplinario en el municipio, la guarda del interés público y de los principios del Estado Social de Derecho y de la promoción del control social de la gestión pública. Así lo dispone el artículo 118 de la Constitución Política el cual establece:

“ARTÍCULO 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.»

De acuerdo con la norma trascrita, las personerías municipales ejercen la función de Ministerio Público en el ámbito de sus jurisdicciones, es decir, en las respectivas entidades territoriales. Por su parte, las Contralorías Territoriales tienen reconocimiento constitucional en el artículo 272, y su función es la de ejercer la vigilancia fiscal de los departamentos, distritos y municipios, según su competencia.

 De conformidad con lo expuesto, se concluye que las contralorías territoriales y las personerías no son destinatarios de la restricción contemplada en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías, en tanto que no se encuentran dentro de los supuestos de hecho de la norma.

**3. Respuestas**

«El parágrafo del artículo 38 de la ley 966 de 2005 señala:

“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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos”

¿Este parágrafo también es aplicable para entes de control de orden territorial?».

Teniendo en cuenta el marco jurídico analizado y en especial lo dispuesto en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se establece la restricción para la celebración de contratos o convenios interadministrativos es para los gobernadores, alcaldes municipales y/ o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas, de orden municipal, departamental o distrital.

Conforme a la explicación precedente, al momento de interpretar los sujetos destinatarios del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2055 debe tenerse en cuenta tres (3) criterios interpretativos: i) *criterio restrictivo*, que consiste en que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 restringe la suscripción de convenios o contratos interadministrativos a una categoría de entidades; ii) *criterio material*, que se refiere a un determinado tipo de entidades del Estado de la rama ejecutiva del nivel territorial; y iii) *criterio residual*, que consiste en señalar que no le son aplicables las prohibiciones a aquellas entidades que no pertenezcan a las categorías establecidas en la norma.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los destinatarios de la restricción contemplada en el artículo 38 de la Ley 996 de 2006 pertenecen a la rama ejecutiva del nivel territorial se concluye que las Contralorías Territoriales y las personerías no les aplica dicha disposición. Lo anterior, por cuanto no solamente no se encuentran dentro de los sujetos que pertenecen a nivel descentralizado a la administración, según lo contemplado en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, sino además porque al tratarse de órganos de control, no hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 118 de la Constitución.

En consecuencia, pese a que estos órganos de control desarrollan sus actividades en el ámbito territorial, la Agencia concluye que no están dentro de las restricciones del parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías conforme a los tres (3) criterios explicados anteriormente.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | José Luis Sánchez Cardona Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Juan David Marín López Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE (E) |

1. 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)
2. 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-3)
3. 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-4)
4. 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-5)
5. «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-6)
6. «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-7)
7. 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-8)
8. Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-9)
9. Al respecto, la doctrina considera que «La nueva norma (artículo 113) se refiere a ramas, por una parte, y a órganos, por otra. Reconoce la existencia de solo tres ramas, correspondientes a las tres funciones clásicas –legislativa, ejecutiva y judicial–, pero acepta la conformación de otros órganos independientes de aquellas con funciones propias no reducibles a las tradicionales de Estado. En este sentido, aunque se rinde tributo a la tridivisión, como expresión de un cierto respeto místico por el número 3 –de evidentes resonancias religiosas–, el artículo 113 avanza en el reconocimiento de nuevas dependencias orgánicas, cuales son: los órganos de control y la organización electoral cuya configuración autónoma aparece en los artículos 117 y 220 constitucionales, respectivamente» (Cfr. CHINCHILLA, Tulio Elí. Constitución Política de Colombia Comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Consultado el 5 de octubre de 2021 en la página <https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/cpc_titulo_v.pdf>). [↑](#footnote-ref-10)