CCE-DES-FM-17

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[…] la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la Ley de Garantías Electorales, aplica a cualquier ente del Estado que, a través de la contratación directa, pueda romper el equilibrio entre los candidatos en desarrollo de las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular en las contiendas electorales, se puede presentar tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por el Derecho Privado. Incluso, de acuerdo el artículo 32.5, inciso quinto, de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, la prohibición también se extiende a las sociedades fiduciarias, frente a los actos y contratos que realicen en desarrollo del negocio fiduciario, con independencia del régimen jurídico de la entidad fideicomitente, razón por la cual no se inaplicaría la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, con la constitución de patrimonios autónomos.

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO – Contratos de prestación de servicios – Competencia de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado**

[…] Colombia Compra Eficiente solo resuelve consultas sobre normas generales del sistema de compras y contratación pública. No obstante, si bien la jurisprudencia es una pauta de autoridad para entender el contenido de las leyes y los reglamentos, la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021 fue expedida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual se encarga principalmente de resolver controversias judiciales en materia laboral, que se reitera, son ajenas a las competencias de la Agencia nacional de Contratación Pública. *Por otra parte*, es necesario tener en cuenta que la Directiva de la Procuraduría General de la República 001 del 4 de enero de 2021 dispuso «Exhortar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a continuar adelantando, en la órbita de la función preventiva judicial, actividades para evitar el contrato realidad con las entidades de la rama ejecutiva del nivel nacional y hacer pedagogía y brindar apoyo a las entidades territoriales».

Teniendo en cuenta lo anterior, con fundamento en los criterios establecidos en la sentencia de unificación de jurisprudencia, la ANDJE estableció lineamientos en torno a la forma de prevenir la configuración de contratos realidad.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 16 Noviembre 2021

Señor

**Camilo Alejandro Parra Latorre**

Neiva-Huila

 **Concepto C ‒ 636 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones ‒ Contratación ‒ Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Excepciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición del artículo 33 ‒ Destinatarios – patrimonios autónomos / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO – Contratos de prestación de servicios – Competencia de la Agencia de Defensa jurídica del Estado |
| **Radicación**:  | Respuesta a consulta # P20210930008958 |

Estimado señor Parra:

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 17 de septiembre de 2021.

1. **Problema planteado**

En su consulta plantea lo siguiente:

«[…]me pueden aclarar si la contratación de prestación de servicios que realizan los mencionados patrimonios autónomos les aplica o no la Ley de Garantías electorales?

Como analiza Colombia Compra Eficiente, los contratos de prestación de servicios que celebran los patrimonios autónomos de cara a la reciente sentencia del consejo de estado de unificación jurisprudencial al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 con radicado (1317-2016) y que advierte que debe existir un término de 30 días hábiles en cada contrato de prestación de servicios?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responderá la consulta, luego de analizar la restricción del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales. Esta Agencia se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la Ley de Garantías Electorales, entre otros, en los Conceptos 4201913000004536 de 17 de julio de 2019, 4201912000005556 del 12 de septiembre de 2019, 4201913000005175 del 13 de septiembre de 2019, 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201913000005082 del 17 de octubre de 2019, 4201913000006306 del 21 de octubre de 2019, 4201912000006552 del 07 de noviembre de 2019, 4201913000006604 del 17 de diciembre de 2019, C-227 del 24 de mayo de 2021 y 396 del 13 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre, C-481 del 9 de septiembre de 2021, C- 528 del 27 de septiembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021 y C-523 del 10 de octubre de 2021, C-606 del 28 de octubre de 2021 y C-614 del 2 de noviembre de 2021. 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 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 «**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. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional –en la Sentencia C-1153 de 2005– estableció lo siguiente:

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 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 incluye 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.

**2.2. Determinación de las restricciones según el tipo de elecciones**

De acuerdo con lo indicado anteriormente, 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»[[5]](#footnote-6).

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»[[6]](#footnote-7). Teniendo en cuenta lo anterior, 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, así[[7]](#footnote-8):

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*. (Cursivas fuera de texto)

Por lo tanto, 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, independiente de su régimen jurídico, 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; y 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, en relación con las autoridades señaladas en dicha disposición.

**2.3. Restricciones para la suscripción de contratos de forma directa por parte de los entes del Estado –artículo 33 de la Ley 996 de 2005–**

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

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública[[8]](#footnote-9).

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado ´contratación directa´ es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso[[9]](#footnote-10). Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas. [...][[10]](#footnote-11) .

De conformidad con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la mínima cuantía u otros previstos en normas especiales. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos[[11]](#footnote-12) y sistematizó las causales de contratación directa[[12]](#footnote-13), además lo es con la posterior creación de la modalidad de mínima cuantía establecida actualmente en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con las modificaciones realizadas por leyes posteriores.

De esta forma, con fundamento en la evolución de la normativa sobre la contratación pública, se ha depurado la noción de «contratación directa», precisando el Consejo de Estado –en el concepto citado– que, «aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado[[13]](#footnote-14), han establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes».

En algunos sistemas de contratación, utilizados por entidades públicas con regímenes especiales, o sujetas al derecho privado, la convocatoria o invitación para contratar puede limitarse a aquellas personas que previamente se hayan inscrito en una lista de precalificados o de simples interesados, o en un determinado registro o banco de datos de proveedores. En estos casos, lo determinante para considerar que dicho sistema no constituye «contratación directa», es que la convocatoria para inscribirse en forma previa se haga de manera pública, y que se permita la participación de una pluralidad de oferentes[[14]](#footnote-15).

Como se advierte de lo anterior, el Consejo de Estado realiza una interpretación amplia de la contratación directa, para efectos de aplicar las restricciones establecidas en la Ley de Garantías, al señalar que no solo aplica frente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino también frente a las entidades que tengan un régimen especial de contratación. No obstante, también se observa que luego de la expedición de Ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado comenzó a delimitar con mayor precisión el término de «contratación directa».

 Así las cosas, ha de entenderse que, para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes[[15]](#footnote-16).

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

Como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Agencia, las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de los mismos, pueden tener lugar en el período de aplicación de la Ley de Garantías, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad[[16]](#footnote-17).

De otro lado, las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005, en lo referente a: i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Es responsabilidad del respectivo ente del Estado, examinar en cada caso la naturaleza de las actividades que adelanta y determinar si las mismas se enmarcan en alguna de las mencionadas excepciones, de manera que se le permita realizar la contratación que necesite en forma directa.

En esta labor es importante tener en cuenta, como lo anotó la Corte Constitucional, en Sentencia C-1153 de noviembre 11 de 2005, que «si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos, cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación»[[17]](#footnote-18). De ahí que la Corte hizo énfasis en que las excepciones a la restricción, establecidos en el inciso segundo del artículo 33, protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas, que tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre los candidatos como garantía electoral.

De conformidad con lo expuesto, se concluye que durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado, entendido el término contratación directa como cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes. Lo anterior, sin perjuicio de las excepciones contempladas en el ordenamiento jurídico.

**2.4. Destinatarios de la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005. Su incidencia en los negocios fiduciarios**

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, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El Consejo de Estado, en Concepto con radicado 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, consideró:

El artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica incluso a las entidades estatales con régimen especial de contratación y *que están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como por ejemplo los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado)* y a los municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma[[18]](#footnote-19) (énfasis fuera de texto).

En Concepto con radicado 1738 de 6 de abril de 2006, esa misma Corporación manifestó que «Las restricciones de la Ley de Garantías en materia de contratación directa y celebración de convenios interadministrativos, se aplican a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, salvo cuando la celebración de un convenio interadministrativo sea ordenada, para ambas partes, por el Legislador»[[19]](#footnote-20). Sin embargo, debe precisarse el siguiente aspecto que distinguió la Sala de Consulta y Servicio Civil:

En el concepto No. 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, ésta Sala distinguió dos clases de contratos en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios: unos, en los que la posición de la empresa es la de consumidora de las prestaciones objeto del contrato, que utiliza para la prestación de los servicios a su cargo, y los otros, en los que la empresa entrega esos servicios a los usuarios, conforme a unas reglas uniformes para todos ellos y sin que haya privilegios o tratos desiguales. En los primeros contratos, es claro que la empresa debe adquirir esos bienes previa licitación pública, según se expuso anteriormente, pero en el segundo caso, las empresas no pueden dejar de entregar los servicios públicos a su cargo a nuevas personas, ni dejar de renovar los contratos existentes, pues significaría la parálisis de una actividad propia de la administración, que incluso podría desconocer los derechos fundamentales[[20]](#footnote-21).

Aplicando este razonamiento, se tiene que las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas y demás entidades del Estado no pueden adquirir los suministros de bienes y servicios necesarios para la realización de su actividad por contratación directa, sino por mecanismos competitivos que impliquen convocatoria pública y la posibilidad de pluralidad de oferentes, pero, «es obvio que si una de estas entidades va a prestar un servicio a un particular, lo puede hacer, pues estos se ofrecen a toda la comunidad en condiciones de igualdad. Si se supusiera que está prohibida su contratación directa, significaría la parálisis de tal actividad de interés público, lo que de ninguna manera es lo querido por la ley 996 de 2005» [[21]](#footnote-22).

Ahora bien, teniendo en cuenta las preguntas realizadas por el peticionario, resulta importante analizar la aplicación de las restricciones en relación con los contratos celebrados por patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, con la finalidad de determinar el alcance de las restricciones que se están analizando[[22]](#footnote-23). De esta manera, respecto a los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, es necesario tener en cuenta que la naturaleza jurídica del fideicomitente no se traslada *ipso iure* a los bienes fideicomitidos que administra la sociedad fiduciaria. Por ello, el inciso primero del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 dispone que «[…] aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia».

En esta medida, conforme a los artículos 1226 y 1233 del Código de Comercio, el patrimonio autónomo es un centro de imputación de derechos y obligaciones vinculado a la finalidad contemplada en el acto constitutivo, de carácter temporal y diferente a la persona que lo origina –fiduciante, fideicomitente o constituyente–, quien lo administra –fiduciario– y quien habrá de recibirlo –fideicomisario o beneficiario–. Al respecto, la Superintendencia Financiera considera que:

[…] el negocio fiduciario […] supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con ellos se cumpla una finalidad. Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo. Dichos bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo. (artículos 1226 a 1244 del C. Co).

Los bienes recibidos en fideicomiso, es decir que conforman el patrimonio autónomo no pueden confundirse con los bienes del fiduciario, luego deben estar separados de los que integran los activos de la fiduciaria, son excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario y fideicomitente y garantizan las obligaciones que contraiga el patrimonio autónomo en el logro de la finalidad de la fiducia[[23]](#footnote-24).

De acuerdo con lo anterior, es importante separar los patrimonios del fiduciante y la fiduciaria del patrimonio autónomo constituido con ocasión del contrato de fiducia, puesto que cada uno de ellos deberá responder por sus propias obligaciones. Por tanto, el patrimonio autónomo solo será responsable por las obligaciones que se contraigan por el logro de la finalidad para la cual fue entregado en administración y nunca por las obligaciones derivadas del cumplimiento del objeto social de la entidad fiduciaria ni por las que haya adquirido el fiduciante. En esta medida, los patrimonios autónomos no pueden considerarse como entidades del Estado, pues derivan de negocios fiduciarios conformados por un conjunto de bienes para el cumplimiento de un objetivo específico que se expresa en el acto de constitución.

A pesar de que el patrimonio autónomo no es una entidad estatal, ello no justifica por sí solo inaplicar la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías. Entender lo contrario implicaría que, con el objetivo de eludir la restricción, sería posible celebrar negocios fiduciarios para que el representante del patrimonio autónomo suscribiera los contratos que no pueda adelantar por sí misma la entidad fideicomitente. Esta consecuencia es inaceptable, pues es contraria a la finalidad de la Ley de Garantías, razón por la cual la Agencia –en el Concepto 4201713000006681 de 2018– consideró que:

La constitución de patrimonios autónomos en virtud de una fiducia mercantil no podrá transgredir preceptos legales ni podrán ser instrumentos con los cuales se omitan las restricciones para celebrar contratos a las que se encuentren sujetas las Entidades fideicomitentes, ya que con su constitución no se desnaturalizan los recursos con los cuales se conforma el patrimonio autónomo ni se desvincula el poder de direccionamiento y decisión que podría ejercer el Ente del Estado en la contratación derivada de dicho patrimonio, capaz de influir en la voluntad del electorado […]

Teniendo en cuenta las preguntas planteadas en la consulta, es necesario recoger esta postura con el fin de ampliar la fundamentación correspondiente. Así, considerando que las restricciones de la Ley de Garantías son de interpretación restrictiva, la aplicación a otro tipo de sujetos –como las entidades fiduciarias que administran recursos públicos de entidades estatales– debe fundamentarse en las disposiciones que conforman el bloque de legalidad. Esto en la medida que, conforme a las exigencias del debido proceso, no puede existir prohibición sin norma previa.

Para estos efectos, tratándose de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública también es importante referirse de forma previa al artículo 32, numeral 5, de la Ley 80 de 1993, que regula los contratos de «*encargo fiduciario y fiducia pública*». En particular, al inciso octavo de la norma indicada que establece: «La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto». Dado que, bajo estos negocios jurídicos los bienes fideicomitidos no salen del patrimonio de la entidad estatal, la ley exige que la fiduciaria los administre bajo el mismo régimen jurídico del constituyente.

Por ello, el inciso quinto *ibidem* también prescribe que «Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente». De esta manera, teniendo en cuenta que la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías es una norma a la cual están sujetos los contratos que puede celebrar la entidad fideicomitente, la restricción también se extendería a la sociedad fiduciaria en virtud de la disposición indicada, que precisamente extiende distintas disposiciones jurídicas para que resulten aplicables a los actos y contratos que se realicen en desarrollo del contrato de fiducia pública o encargo fiduciario, sin que esta extensión del régimen jurídico se limite a las normas previstas en el EGCAP, sino a las demás señaladas en el inciso citado.

Lo anterior no significa que los patrimonios autónomos constituidos a través de *contratos de fiducia mercantil* no se rijan por la misma prohibición. En estos casos, especialmente para las entidades exceptuadas de la aplicación del EGCAP que actúen en calidad de constituyentes, es necesario tener en cuenta que el parágrafo del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, «Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones», establece que «*El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales*». Como se deduce del contexto del apartado normativo, esta disposición regula el régimen aplicable a las sociedades fiduciarias, especialmente, a los derechos y obligaciones asociados a los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario, por lo que es transversal al ordenamiento jurídico, es decir, aplica en todos los contratos de fiducia con independencia de que el constituyente sea o no una entidad sometida a la Ley 80 de 1993.

Esto último también se extiende a los «encargos fiduciarios y fiducia pública» de que trata el artículo 32.5 de la Ley 80 de 1993, tal como se deriva del inciso noveno, ya que «A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley». Por lo demás, aunque los encargos fiduciarios no den lugar a un patrimonio autónomo, el citado artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 también regula esta clase de negocios, pues –conforme al artículo 146.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero– «[…] En relación con los encargos fiduciarios  se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto».

De esta manera, el artículo 33 de la Ley de Garantías se extiende a las sociedades fiduciarias en virtud del artículo 32.5, inciso quinto, de la Ley 80 de 1993. Con las diferencias en el alcance, de acuerdo con el inciso noveno *ibidem*, la misma es congruente con el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, el cual rige también en los negocios fiduciarios de las entidades exceptuadas de la aplicación del EGCAP. Por tanto, con independencia del régimen jurídico de la entidad fideicomitente, la prohibición de contratación directa durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales también les aplica a las fiduciarias que administran los recursos públicos de los entes del Estado, de acuerdo con las normas analizadas anteriormente, las cuales están dirigidas a que el negocio fiduciario no sirva como instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales. En este contexto, se reitera que las sociedades fiduciarias no pueden celebrar los contratos en los que las entidades constituyentes tengan alguna restricción, por lo que no son un instrumento para eludir el artículo 33 de la Ley de Garantías. Como explica la doctrina, dado que están prohibidos los negocios fiduciarios realizados en fraude a la ley, la libertad para suscribirlos:

[…] debe entenderse limitada, de manera natural, por la imposibilidad de buscar a través de un mecanismo oblicuo, la obtención de una finalidad que no sería lícito obtener al fideicomitente, si actuara en forma directa. Y naturalmente, ello implica un análisis teleológico del contrato para saber qué es lo que realmente se busca con él, si la obtención de la finalidad económica que aparentemente se establece como objeto de contrato y carga para el fiduciario o la eliminación, por esa vía, de restricciones o requisitos que vinculados al cumplimiento de normas de tipo imperativo, en las cuales se encuentren ínsitas el orden público o las buenas costumbres, podrían conducir a la celebración de un contrato nulo por objeto ilícito[[24]](#footnote-25).

En resumen, la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la Ley de Garantías Electorales, aplica a cualquier ente del Estado que, a través de la contratación directa, pueda romper el equilibrio entre los candidatos en desarrollo de las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular en las contiendas electorales, se puede presentar tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por el Derecho Privado. Incluso, de acuerdo el artículo 32.5, inciso quinto, de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, la prohibición también se extiende a las sociedades fiduciarias, frente a los actos y contratos que realicen en desarrollo del negocio fiduciario, con independencia del régimen jurídico de la entidad fideicomitente, razón por la cual no se inaplicaría la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, con la constitución de patrimonios autónomos.

No obstante, esta restricción no es absoluta, teniendo en cuenta que el mismo artículo 33 de la Ley 996 de 2005 dispone que las entidades públicas podrán adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, que están prescritos en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005, en lo concerniente a: i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Es responsabilidad del respectivo ente del Estado, en este caso del patrimonio autónomo examinar y analizar si sus contrataciones se enmarcan en alguna de las mencionadas excepciones del artículo 33 de la Ley de garantías.

**2.5. Aplicación de la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado en los contratos de prestación de servicios y la competencia de Colombia Compra Eficiente**

De conformidad con la competencia 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 tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»[[25]](#footnote-26). Esto significa que la entidad no puede pronunciarse sobre casos particulares o sobre preguntas que no contengan dudas sobre la interpretación de una norma general del sistema de compras y contratación pública.

Una de las solicitudes, motivo de consulta, tiene como propósito que Colombia Compra Eficiente le brinde asesoría, emitiendo un concepto jurídico en el que se establezca si es posible aplicar lo establecido en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021 emitida por el Consejo de Estado, en vigencia de Ley de garantías, para los patrimonios autónomos que celebren contratos de prestación de servicios.

Sin embargo, cuando los contratos de prestación de servicios encubren relaciones de subordinación, el problema jurídico consiste en determinar la existencia de una posible relación laboral. En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no es el órgano autorizado para conceptuar sobre las implicaciones de los contratos realidad, tampoco para establecer el alcance de las sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre conflictos en temas laborales. En otras palabras, esta entidad no puede establecer directrices al respecto, especialmente porque los lineamientos para evitar la configuración de daños antijurídicos en dicha materia corresponden a una entidad distinta.

*Por un lado*, Colombia Compra Eficiente solo resuelve consultas sobre normas generales del sistema de compras y contratación pública. No obstante, si bien la jurisprudencia es una pauta de autoridad para entender el contenido de las leyes y los reglamentos, la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021 fue expedida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual se encarga principalmente de resolver controversias judiciales en materia laboral, que se reitera, son ajenas a las competencias de la Agencia nacional de Contratación Pública. *Por otra parte*, es necesario tener en cuenta que la Directiva de la Procuraduría General de la República 001 del 4 de enero de 2021 dispuso «Exhortar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a continuar adelantando, en la órbita de la función preventiva judicial, actividades para evitar el contrato realidad con las entidades de la rama ejecutiva del nivel nacional y hacer pedagogía y brindar apoyo a las entidades territoriales».

Teniendo en cuenta lo anterior, con fundamento en los criterios establecidos en la sentencia de unificación de jurisprudencia, la ANDJE estableció lineamientos en torno a la forma de prevenir la configuración de contratos realidad. De esta manera, conforme a la Comunicación Interinstitucional del 20 de octubre de 2021 que se adjunta a este oficio, dicha Agencia precisó lo siguiente:

**V. Recomendaciones adicionales en materia de prevención del daño antijurídico**

**a. En la fase precontractual:**

 • Abstenerse en todo momento de dar instrucciones, impartir ordenes, o solicitar el cumplimiento de actividades a personas cuya relación contractual con la entidad ha finiquitado, aún en los eventos en los que se requiera volver a contratar con la misma persona. Este hecho constituye un comportamiento que incrementa de manera grave el riesgo jurídico de configurar una verdadera relación laboral.

• Acudir al contrato de prestación de servicios cuando sea estrictamente necesario y evitar que a través del mismo se desarrollen funciones de carácter permanente de la administración.

• Elaborar estudios previos respetando el principio de planeación y legalidad, en los cuales se deben establecer y justificar las necesidades de la entidad y la temporalidad de las mismas.

• Establecer expresamente en los estudios previos la necesidad de la contratación y la temporalidad del objeto contractual.

• Evitar contratar la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad.

• En los eventos en que se acuda a la prórroga del contrato, se debe soportar la situación por las cuales se hace necesario la modificación o ampliación del plazo inicialmente pactado.

**b. En la fase de ejecución contractual:**

• La subordinación o dependencia continuada del trabajador constituye un elemento subjetivo determinante que distingue las relaciones de carácter laboral de las demás prestaciones de servicios, en razón la entidad debe abstenerse de:

 ➢ Exigir al contratista el cumplimiento de órdenes. En sentido contrario, la entidad sí puede efectuar una coordinación de actividades. Así lo indicó la sentencia de unificación al señalar que “lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados”.

➢ Imponer el cumplimiento de jornada y horario, salvo que las necesidades del servicio así lo requieran, siempre y cuando exista una justificación estricta y precisa.

➢ Imponer al contratista los protocolos de la organización y someterlo a su poder disciplinario.

➢ Exigir al contratista la asistencia presencial a la entidad para el cumplimiento de sus actividades, lo anterior siempre y cuando dicha necesidad no esté justificada en los estudios previos y la minuta del contrato.

➢ Evitar exigirle al contratista la participación obligatoria en capacitaciones o eventos que no se encuentren estipulados en el contrato de prestación de servicios.

• La entidad debe garantizar que las funciones del contratista se desarrollen con alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante.

 • Debe también capacitar de manera permanente a los supervisores de los contratos de prestación de servicios para el debido ejercicio de las funciones y evitar la desnaturalización del mismo.

Además, la Presidencia de la República expidió la Directiva 07 del 28 de octubre de 2021 con el fin de determinar el alcance de la sentencia de unificación jurisprudencial, la cual sirve de guía para las decisiones que deberán tomar las diferentes entidades públicas. Además, en armonía con lo expuesto anteriormente, el numeral 5 de dicha Directiva reitera la competencia de la ANDJE al disponer que «Se deben atender los lineamientos que, sobre este asunto, imparta la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dentro de su función de prevención del daño antijurídico»[[26]](#footnote-27). Esto resalta que Colombia Compra Eficiente carece de competencia para pronunciarse de fondo sobre este tema, pues los lineamientos para evitar daños antijurídicos en la configuración de contratos realidad corresponden a la Agencia anteriormente mencionada[[27]](#footnote-28).

De otro lado, conforme al artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, se precisa que las sentencias de unificación son de obligatorio cumplimiento[[28]](#footnote-29). Por ello, previo análisis de los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Directiva presidencial relacionados en el presente oficio, las autoridades tienen autonomía administrativa para el ejercicio de las funciones y competencias que les fueron atribuidas por el ordenamiento jurídico. Por esa razón, como responsables de su actividad contractual, les corresponde adoptar las decisiones y adelantar las actuaciones que estimen pertinentes para desarrollarla.

Es necesario anotar que la sentencia de unificación no modifica el alcance de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005. Por ello, las prohibiciones contempladas en dicha ley tampoco condicionan las reglas de unificación de la sentencia, pues son dos temas independientes. En consecuencia, con la asesoría de sus equipos jurídicos, corresponde a las entidades determinar de manera autónoma la viabilidad de suscribir contratos en vigencia de la Ley de Garantías.

**3. Respuestas**

«[…]me pueden aclarar si la contratación de prestación de servicios que realizan los mencionados patrimonios autónomos les aplica o no la Ley de Garantías electorales?

Como analiza Colombia Compra Eficiente, los contratos de prestación de servicios que celebran los patrimonios autónomos de cara a la reciente sentencia del consejo de estado de unificación jurisprudencial al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 con radicado (1317-2016) y que advierte que debe existir un término de 30 días hábiles en cada contrato de prestación de servicios?».

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, 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.

En resumen, la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la Ley de Garantías Electorales, aplica a cualquier ente del Estado que, a través de la contratación directa, pueda romper el equilibrio entre los candidatos en desarrollo de las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular en las contiendas electorales, se puede presentar tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por el Derecho Privado. Incluso, de acuerdo el artículo 32.5, inciso quinto, de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, la prohibición también se extiende a las sociedades fiduciarias, frente a los actos y contratos que realicen en desarrollo del negocio fiduciario, con independencia del régimen jurídico de la entidad fideicomitente, razón por la cual no se inaplicaría la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, con la constitución de patrimonios autónomos.

De esta manera, el artículo 33 de la Ley de Garantías se extiende a las sociedades fiduciarias en virtud del artículo 32.5, inciso quinto, de la Ley 80 de 1993. Con las diferencias en el alcance, de acuerdo con el inciso noveno *ibidem*, la misma es congruente con el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, el cual rige también en los negocios fiduciarios de las entidades exceptuadas de la aplicación del EGCAP. Por tanto, con independencia del régimen jurídico de la entidad fideicomitente, la prohibición de contratación directa durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales también les aplica a las fiduciarias que administran los recursos públicos de los entes del Estado, de acuerdo con las normas analizadas anteriormente, las cuales están dirigidas a que el negocio fiduciario no sirva como instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales. En este contexto, se reitera que las sociedades fiduciarias no pueden celebrar los contratos en los que las entidades constituyentes tengan alguna restricción, por lo que no son un instrumento para eludir el artículo 33 de la Ley de Garantías.

No obstante, esta restricción no es absoluta, teniendo en cuenta que el mismo artículo 33 de la Ley 996 de 2005 dispone que las entidades públicas podrán adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, que están prescritos en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005, en lo concerniente a: i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Es responsabilidad del respectivo ente del Estado, en este caso del patrimonio autónomo examinar y analizar si sus contrataciones se enmarcan en alguna de las mencionadas excepciones del artículo 33 de la Ley de garantías.

De otro lado, la segunda consulta tiene como propósito que Colombia Compra Eficiente le brinde asesoría, emitiendo un concepto jurídico en el que se establezca si es posible aplicar lo establecido en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021 emitida por el Consejo de Estado, en vigencia de Ley de garantías, para los patrimonios autónomos que celebren contratos de prestación de servicios.

Sin embargo, cuando los contratos de prestación de servicios encubren relaciones de subordinación, el problema jurídico consiste en determinar la existencia de una posible relación laboral. En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no es el órgano autorizado para conceptuar sobre las implicaciones de los contratos realidad, tampoco para establecer el alcance de las sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre conflictos en temas laborales. En otras palabras, esta entidad no puede establecer directrices al respecto, especialmente porque los lineamientos para evitar la configuración de daños antijurídicos en dicha materia corresponden a una entidad distinta.

*Por un lado*, Colombia Compra Eficiente solo resuelve consultas sobre normas generales del sistema de compras y contratación pública. No obstante, si bien la jurisprudencia es una pauta de autoridad para entender el contenido de las leyes y los reglamentos, la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021 fue expedida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual se encarga principalmente de resolver controversias judiciales en materia laboral, que se reitera, son ajenas a las competencias de la Agencia nacional de Contratación Pública. *Por otra parte*, es necesario tener en cuenta que la Directiva de la Procuraduría General de la República 001 del 4 de enero de 2021 dispuso «Exhortar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a continuar adelantando, en la órbita de la función preventiva judicial, actividades para evitar el contrato realidad con las entidades de la rama ejecutiva del nivel nacional y hacer pedagogía y brindar apoyo a las entidades territoriales».

Teniendo en cuenta lo anterior, con fundamento en los criterios establecidos en la sentencia de unificación jurisprudencia, la ANDJE estableció lineamientos en torno a la forma de prevenir la configuración de contratos realidad, a los que se hizo referencia en las consideraciones.

Además, la Presidencia de la República expidió la Directiva 07 del 28 de octubre de 2021 con el fin de determinar el alcance de la sentencia de unificación jurisprudencial, la cual sirve de guía para las decisiones que deberán tomar las diferentes entidades públicas. Además, en armonía con lo expuesto anteriormente, el numeral 5 de dicha Directiva reitera la competencia de la ANDJE al disponer que «Se deben atender los lineamientos que, sobre este asunto, imparta la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dentro de su función de prevención del daño antijurídico»[[29]](#footnote-30). Esto resalta que Colombia Compra Eficiente carece de competencia para pronunciarse de fondo sobre este tema, pues los lineamientos para evitar daños antijurídicos en la configuración de contratos realidad corresponden a la Agencia anteriormente mencionada[[30]](#footnote-31).

De otro lado, conforme al artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, se precisa que las sentencias de unificación son de obligatorio cumplimiento[[31]](#footnote-32). Por ello, previo análisis de los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Directiva presidencial relacionados en el presente oficio, las autoridades tienen autonomía administrativa para el ejercicio de las funciones y competencias que les fueron atribuidas por el ordenamiento jurídico. Por esa razón, como responsables de su actividad contractual, les corresponde adoptar las decisiones y adelantar las actuaciones que estimen pertinentes para desarrollarla.

Es necesario anotar que la sentencia de unificación no modifica el alcance de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005. Por ello, las prohibiciones contempladas en dicha ley tampoco condicionan las reglas de unificación de la sentencia, pues son dos temas independientes. En consecuencia, con la asesoría de sus equipos jurídicos, corresponde a las entidades determinar de manera autónoma la viabilidad de suscribir contratos en vigencia de la Ley de Garantías.

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: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |
| Anexo: | Comunicación Interinstitucional de la ANDJE del 20 de octubre de 2021 |

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. «[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-». [↑](#footnote-ref-9)
9. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-10)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-11)
11. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-12)
12. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-13)
13. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-14)
14. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de mayo de 2018. Radicación Número: 11001-03-06-000-2018-00095-00(2382). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-15)
15. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-16)
16. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Circular Externa Única. Numeral 15.3. [↑](#footnote-ref-17)
17. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153-05 de 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, efectuó el Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara que dio lugar a la Ley de Garantías Electorales. [↑](#footnote-ref-18)
18. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Conceptuó que para las entidades que contratan por el derecho privado, estaba prohibida la contratación diferente de la licitación pública regulada por el código de comercio, criterio que luego se extendió para aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas con regímenes especiales y establecidos en sus manuales de contratación, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes. [↑](#footnote-ref-19)
19. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00(1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo: «Si bien en el tema del concepto del que se extractaron los párrafos transcritos, se hacía referencia a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, la explicación dada cobija también a las empresas industriales y comerciales del estado y a las de crédito, pues todas ellas hacen parte de la definición de administración pública de la ley 489 de 1998, y además encajan dentro de la noción de todos los entes del Estado que trae la ley 996 de 2005 en el artículo 33, de manera que no es lógico pretender exonerarse de ésta prohibición alegando un régimen especial de los actos o contratos». [↑](#footnote-ref-20)
20. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00(1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo [↑](#footnote-ref-21)
21. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, ídem. [↑](#footnote-ref-22)
22. Esta misma problemática fue abordada recientemente por esta Agencia en el concepto C-606 del 2 de noviembre de 2021. Concepto disponible en: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-606%20de%202021. [↑](#footnote-ref-23)
23. Concepto 2013010362-001 del 18 de marzo de 2013. <https://actualicese.com/concepto-2013010362-001-de-18-03-2013/>. [↑](#footnote-ref-24)
24. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios fiduciarios: su significación en América Latina. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2017. p. 227. [↑](#footnote-ref-25)
25. «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-26)
26. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DIRECTIVA%20PRESIDENCIAL%2007%20DEL%2028%20DE%20OCTUBRE%20DE%202021.pdf>. [↑](#footnote-ref-27)
27. Conforme al artículo 2 del Decreto Ley 4085 de 2011, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado tiene como objetivo «[…] el diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar cumplimiento a las políticas de defensa jurídica de la Nación y del Estado definidas por el Gobierno Nacional; la formulación, evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren la adecuada implementación de las mismas, para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación». [↑](#footnote-ref-28)
28. La norma dispone que «Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas». [↑](#footnote-ref-29)
29. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DIRECTIVA%20PRESIDENCIAL%2007%20DEL%2028%20DE%20OCTUBRE%20DE%202021.pdf>. [↑](#footnote-ref-30)
30. Conforme al artículo 2 del Decreto Ley 4085 de 2011, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado tiene como objetivo «[…] el diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar cumplimiento a las políticas de defensa jurídica de la Nación y del Estado definidas por el Gobierno Nacional; la formulación, evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren la adecuada implementación de las mismas, para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación». [↑](#footnote-ref-31)
31. La norma dispone que «Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas». [↑](#footnote-ref-32)