**CCE-DES-FM-17**

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Definición**

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

**LEY DE GARANTÍAS – Ley 996 de 2005 – Restricciones artículo 33 – Elecciones presidenciales**

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 establece una restricción para las elecciones a la Presidencia de la República. En efecto, prohíbe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado 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, coincidiendo con la delimitación temporal señalada para la campaña política en el artículo 2 de la Ley 996 de 1995.

Así las cosas, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no podrán hacer uso de la modalidad de contratación directa regulada en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 durante el período mencionado previamente. De igual manera, los entes estatales con un régimen de contratación especial no podrán hacer uso de la modalidad de contratación directa regulada en sus manuales de contratación y, en general, «[…] 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».

**UNIVERSIDADES PÚBLICAS – Establecimiento público educativo – Diferencias – aplicación de la Ley 996 de 2005**

En cuanto al régimen contractual de los establecimientos públicos, el artículo 81 de la Ley 489 de 1998 prevé que «Los contratos que celebren […] se rigen por las normas del Estatuto Contractual de las entidades estatales contenido en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que lo complementen, adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales». Esto es concordante con el artículo 2-1 de la Ley 80 de 1993, que, al enlistar a los establecimientos públicos dentro de las entidades estatales, incluye a este tipo de entidades dentro del ámbito de aplicación del régimen general de contratación público. Así, el régimen contractual constituye otra importante diferencia entre las universidades públicas y los establecimientos públicos de educación superior, al estar las primeras sometidas a regímenes de derecho privado, en virtud de lo señalado en el artículo 93 de la Ley 30 de 1992, que únicamente se refiere a «universidades estatales u oficiales», más no a los establecimientos públicos de los que habla el artículo 57 de dicha ley en su parágrafo 1.

Lo anterior resulta relevante para efectos de la consulta, en la medida en que es determinante para establecer el alcance de las prohibiciones contenidas en la Ley de Garantías Electorales, explicadas en párrafos anteriores. De acuerdo con lo explicado sobre las restricciones contractuales establecidas por la Ley 996 de 2005, resulta palmario que tanto universidades públicas como establecimientos públicos educativos, dada su irrefutable calidad de «entes del Estado», se encuentran dentro del ámbito material de la restricción del artículo 33. Sin embargo, la diferencia en la naturaleza jurídica de ambos tipos de entidades hace que la conclusión sobre sobre la aplicabilidad de la restricción del artículo 38 sea una para los entes universitarios autónomos y otra para los establecimientos públicos de educación superior.



Señora

**Maura Samara Suárez Meléndez**

Bogotá, D.C.

 **Concepto C – 134 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Definición / LEY DE GARANTÍAS – Ley 996 de 2005 – Restricciones artículo 33 – Elecciones presidenciales / UNIVERSIDADES PÚBLICAS – ESTABLECIMIENTO PÚBLICO EDUCATIVO – Diferencias – aplicación de la Ley 996 de 2005 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220214001418 |

Estimada señora Suárez:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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, responde a su consulta del 14 de febrero de 2022.

**1. Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas:

«1. Las universidades públicas como es el caso de las Unidades Tecnológicas de Santander tienen la facultad de realizar de manera directa convenios interadministrativos con otras instituciones y otras universidades públicas y privadas, colombianas y extranjeras, algunos con recursos pecuniarios otros no, lo anterior, para el beneficio de la universidad, los profesores y los estudiantes de esta. ¿En el en el marco de la ley de garantías está limitada esta realización de convenios?».

2. ¿Las universidades públicas en el marco de la ley de garantías pueden realizar convenios internacionales de cooperación con otras universidades y/o entidades en el exterior para efectuar actividades conjuntas como la investigación, intercambio de docentes, administrativos y estudiantes, y prácticas laborales?».

3. ¿Las universidades públicas en el marco de la ley de garantías pueden celebrar convenios nacionales de cooperación con otras universidades públicas?

4. ¿Las universidades públicas en el marco de la ley de garantías pueden celebrar convenios nacionales de cooperación con otras universidades privadas?

5. ¿Las universidades públicas en el marco de la ley de garantías pueden celebrar convenios nacionales de cooperación con universidades/entidades privadas?».

**2. Consideraciones**

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

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los límites de las atribuciones de la función consultiva atribuida a esta entidad, esto es, interpretando de manera general las normas relevantes, la Agencia absolverá los interrogantes formulados, previo análisis de los siguientes temas: i) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales; ii) determinación del alcance de las restricciones según el tipo de elecciones y excepciones a las mismas; iii) restricciones en elecciones presidenciales; iv) restricciones para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios para cargos de elección popular; v) modificaciones realizadas por la Ley Anual del Presupuesto para la vigencia fiscal de 2022 a la Ley de Garantías Electorales; vi) distinción entre universidades públicas y establecimientos públicos educativos: implicaciones para la aplicación de la Ley de Garantías Electorales; y vii) contratos con organismos internacionales y restricciones de la Ley de Garantías para la contratación directa.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre las restricciones en materia de contratación pública en época electoral de acuerdo con la Ley 996 de 2005, entre otros, en los conceptos 4201912000004354 del 09 de septiembre de 2019, C-296 de 2021, C ‒ 227 del 24 de mayo de 2021, C ‒ 259 del 02 de junio de 2021, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021 y el C-481 del 9 de septiembre de 2021. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Definición y finalidad 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[[2]](#footnote-2).

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

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

[…]

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

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

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

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

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

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

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital «[…] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista»[[9]](#footnote-9). La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aclarado la distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate. Al respecto, considera que:

«La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para períodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.»[[10]](#footnote-10)

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

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

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

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

«Artículo 124. Con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022, la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.

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

Parágrafo. Todos los convenios que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. El Contralor General de la República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá dicho control especial.»

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

**2.2 Determinación del alcance de las restricciones según el tipo de elecciones y excepciones a las mismas**

La Ley 996 de 2005 hace referencia a las elecciones presidenciales concretamente y, en forma general, a las que se realizan para acceder a cargos de elección popular. Esta diferenciación ha sido también objeto de análisis por el Consejo de Estado, que ha precisado:

«[…] La ley 996 de 2005 es el instrumento jurídico garantizador de las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos y en razón de ello, procede su aplicación en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, advirtiendo que contiene regulaciones y prohibiciones sobre dos tipos de campañas electorales: la presidencial y las que se adelanten para la provisión de los demás cargos de elección popular nacionales y territoriales. […].»[[11]](#footnote-11)

En cuanto a la restricción especial para las elecciones presidenciales, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado, salvo las excepciones legales existentes, tal como lo señala el artículo 33 de la Ley 996 de 2005. A dicha prohibición se suman las previstas para los comicios a cargos de elección popular –incluidas las presidenciales– consagradas en el parágrafo del artículo 38 ibídem. Este precepto establece la prohibición para gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades de orden municipal, departamental o distrital, para celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.

En ambos casos, la Ley se aplicará durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones. Respecto de los comicios presidenciales, se aplicará hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, coincidiendo con la delimitación temporal señalada para la campaña política.

Por lo anterior, es importante analizar las restricciones aplicables a cada una de estas elecciones, pues presentan importantes diferencias, como su fundamento jurídico. Con esa finalidad, en primer lugar, se analizarán las restricciones aplicables frente a las elecciones presidenciales, y, posteriormente, las referentes a los demás cargos de elección popular.

**2.3. Restricciones en elecciones presidenciales**

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 establece una restricción para las elecciones a la Presidencia de la República. En efecto, prohíbe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado 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, coincidiendo con la delimitación temporal señalada para la campaña política en el artículo 2 de la Ley 996 de 1995[[12]](#footnote-12). Ahora bien, el mismo artículo 33 establece en su inciso segundo las excepciones a la prohibición, prescribiendo que:

«[…] 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*». (Cursiva fuera de texto)

Nótese que los sujetos sobre los cuales recae la restricción son todos los entes del Estado, frente a lo cual, la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señala que «esta prohibición cobija a todos los entes del Estado sin importar su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía»[[13]](#footnote-13).

El objeto de restricción es la modalidad de contratación directa, la cual, para el caso de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentra regulada en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Allí se establecen actualmente once causales[[14]](#footnote-14); mientras que, en el caso de las entidades no sometidas a dicho estatuto, la contratación directa se encuentra regulada en el respectivo Manual de Contratación.

Respecto de este aspecto, hay que tener en cuenta que las entidades de régimen especial adelantan sus procesos de contratación conforme a lo establecido en su manual de contratación. Este manual debe incluir una descripción detallada de los procedimientos para seleccionar a los contratistas, los plazos, los criterios de evaluación, criterios de desempate, contenido de las propuestas y los procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005. Igualmente, debe contemplar los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública en todas las etapas del proceso de contratación, con base en su autonomía[[15]](#footnote-15).

Ahora, conviene traer a colación dos importantes definiciones que el Consejo de Estado[[16]](#footnote-16) ha otorgado a la modalidad de contratación directa al examinar la Ley 996 de 2005. Así, esta modalidad ha sido definida como «cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata. Para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado «contratación directa» es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993».

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, cabe aclarar que el pronunciamiento anterior se profirió antes de expedirse la Ley 1150 de 2007, de manera que con la expedición de esta ley, la Corporación comenzó a delimitar con mayor precisión el término de «contratación directa», por el cual entendió, para efectos de la prohibición o restricción temporal contenida en la Ley de Garantías Electorales, a «[…] 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»[[17]](#footnote-17). 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 competitivo.

Así las cosas, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[18]](#footnote-18), no podrán hacer uso de la modalidad de contratación directa regulada en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 durante el período mencionado previamente. De igual manera, los entes estatales con un régimen de contratación especial[[19]](#footnote-19) no podrán hacer uso de la modalidad de contratación directa regulada en sus manuales de contratación y, en general, «[…] 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».

Por tal razón, tendrán que acudir a procesos competitivos, siempre que sea posible, mientras dure la restricción legal antes mencionada, o en su defecto, esperar a que finalice el período de restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005. Es decir, esperar hasta que haya sido elegido el Presidente de la República para adelantar la contratación que corresponde a la modalidad de contratación directa. Lo anterior, sin perjuicio de que en un adecuado ejercicio de planeación estos contratos se suscriban antes de que comience a regir el ámbito temporal de las prohibiciones, pues vale la pena señalar que, si bien la restricción limita la celebración de nuevos contratos, ello no impide que se continúe con la ejecución de los celebrados antes del inicio del período en que aplican las prohibiciones.

Cabe resaltar que, respecto de las entidades con un régimen de contratación especial, como es el caso de las universidades públicas, el Decreto 1082 de 2015 en el artículo 2.2.1.2.5.3. establece que las entidades estatales deben contar con un manual de contratación y que este debe cumplir con los lineamientos que señale Colombia Compra Eficiente. Es por esto que, en ejercicio de la potestad emanada del citado precepto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente emitió los «Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación», estableciendo en el literal D que las entidades estatales con un régimen especial de contratación deben incluir una descripción de: «[…] los Procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005 y los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública […]».

En tal sentido, cuando una entidad de régimen especial, como es el caso de los entes universitarios, requiera adelantar un proceso de contratación durante el período de restricción temporal de la contratación directa establecido en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, deberá aplicar lo que se haya establecido en su manual de contratación, situación que debe revisar cada entidad estatal, en cada caso concreto.

 Si en dicho documento llegara a existir algún vacío respecto del procedimiento para la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, le corresponde a la entidad estatal de régimen especial llenar el vacío que se le presenta conforme a su manual de contratación y los procedimientos allí establecidos. Los manuales de contratación de cada entidad deben estar orientados a que en los procesos de contratación se garanticen los objetivos del sistema de compra pública incluyendo la eficacia, economía, promoción de la competencia, rendición de cuentas, manejo del riesgo, publicidad y transparencia[[20]](#footnote-20).

 Ahora bien, en relación con las excepciones aplicables a la prohibición de la contratación directa, es importante señalar que estas se encuentran establecidas en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, que prescribe que: «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».

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

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 dispone que «[l]os Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos». Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas[[21]](#footnote-21).

Ahora bien, para determinar el alcance de la prohibición consagrada por la Ley de Garantías Electorales, conviene precisar la tipología de convenios o contratos interadministrativos. Aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[22]](#footnote-22). De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

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

Dicha tipología contractual no está determinada por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes[[23]](#footnote-23). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

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

[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[24]](#footnote-24).

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

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

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

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

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos […]», esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que «Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]»[[25]](#footnote-25).

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

La Sala de Consulta y Servicio Civil[[26]](#footnote-26) de esta Corporación se ha referido a los *“convenios interadministrativos”* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *“puros”* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *“intercambio patrimonial”*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[[27]](#footnote-27) había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *“verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)”*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *“convenios interadministrativos”* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales[[28]](#footnote-28)[[29]](#footnote-29).

 En todo caso, vale la pena reiterar que el legislador y el ordenamiento jurídico, en general, en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[30]](#footnote-30). Incluso vale la pena tener en cuenta como la Corte Constitucional fundamenta la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos de forma directa, con fundamento en la causal establecida en la Ley 1150 de 2007 respecto a los contratos interadministrativos[[31]](#footnote-31).

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

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

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

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

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

Se observa entonces que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. Por consiguiente, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción alguna frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto[[32]](#footnote-32).

En todo caso, es importante resaltar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado indicando que no se les aplica la restricción de la Ley de Garantías a los convenios o contratos interadministrativos que deben celebrarse en virtud de un fallo judicial. Esto en la medida que la obligatoriedad y la fuerza vinculante de las sentencias ejecutoriadas proferidas por los funcionarios investidos del poder judicial emanan de la autonomía conferida a estos por la Constitución y del derecho que tienen los ciudadanos al acceso y oportuna administración de justicia[[33]](#footnote-33).

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

El 12 de noviembre de 2021 el Presidente de la República sancionó la Ley 2159[[34]](#footnote-34), por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022 –Ley Anual del Presupuesto–[[35]](#footnote-35). En el Capítulo V sobre «disposiciones varias» contenido en la Tercera Parte, «Disposiciones Generales», se destaca la inclusión del artículo 124. Esta norma dispone lo siguiente:

Con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022, la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.

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

Parágrafo. Todos los convenios que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. El Contralor General de la República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá dicho control especial.

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

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

***2.5.1. Aspecto temporal***

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

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

***2.5.2. Aspecto subjetivo***

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

Como se observa, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 dispone que la «Nación» podrá celebrar convenios interadministrativos con «las entidades territoriales», razón por la cual en su aplicación resulta relevante el concepto que se tenga de los dos sujetos de derecho autorizados para celebrarlos. En cuanto a las entidades territoriales el artículo 286 de la Constitución Política prescribe claramente que son «los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas» y que la «ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley». Sin embargo, en el derecho constitucional el concepto Nación ha sido de difícil determinación y amplia discusión. La Nación se ha definido de distintas maneras, no obstante, uno de sus sentidos es el que lo identifica con el término de Estado y comprendida en él, es decir, como una estructura política y administrativa[[36]](#footnote-36).

Bajo esta óptica, conforme al artículo 1 de la Constitución Política, es menester recordar que Colombia es un Estado social derecho, organizado en forma de República unitaria pero descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales[[37]](#footnote-37). Además, debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico se utiliza la expresión «Nación», en vez de la expresión «Estado», para aludir a las autoridades centrales y diferenciarlas de las autoridades descentralizadas, bien sea territorialmente y por servicios[[38]](#footnote-38). Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

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

De otro lado, el Estado en su conjunto, esto es, la Nación y otros órganos que realizan las diversas funciones y servicios, actúa en el mundo del Derecho dotado de personalidad jurídica como sujeto de derechos y obligaciones. En efecto, el artículo 80 de la Ley 153 de 1887 prescribe que «La Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas». Bajo este esquema constitucional y legal se ha entendido que «las entidades territoriales, así como las entidades descentralizadas por servicios, tienen su propia personería jurídica, al paso que la personalidad jurídica de la Nación cobija a las ramas del poder público, así como a los otros órganos autónomos e independientes que se han previsto por la Constitución para el cumplimiento de las demás funciones del Estado»[[39]](#footnote-39).

En particular, la Rama Ejecutiva del Poder público se manifiesta en dos (2) órdenes o niveles. Por un lado, el nivel nacional o «administración nacional» que, a su turno, puede contar con entidades descentralizadas por servicios y, por el otro, el nivel descentralizado territorialmente, o «administración territorial». En efecto, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, dispone que:

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

1. Del Sector Central:

a) La Presidencia de la República;

b) La Vicepresidencia de la República;

 c) Los Consejos Superiores de la administración;

d) Los ministerios y departamentos administrativos;

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

2. Del Sector Descentralizado por Servicios:

a) Los establecimientos públicos;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

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

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

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

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

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

Según la norma transcrita, la organización de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en su nivel nacional, cuenta con dos (2) sectores. Uno central conformado por la Presidencia de la República, la Vicepresidencia, los ministerios, departamentos administrativos, consejos superiores de la administración y las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica. Y otro descentralizado, en el cual se encuentran los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y, en general, las entidades administrativas nacionales que cuenten con personería jurídica diferente a la Nación[[40]](#footnote-40).

 Al respecto debe recordarse que la descentralización es una forma de organización administrativa que implica el traslado de competencias a favor de autoridades o personas distintas a la Nación. Esta se manifiesta en tres formas o modalidades, a saber: descentralización por territorio, por servicios y por colaboración. La primera, tiene que ver con el traslado de competencias hacia entidades del orden territorial; por su parte, la descentralización especializada o por servicios consiste en la transferencia de competencias a ciertas entidades creadas para ejercer una actividad específica o determinada, mientras que la descentralización por colaboración obedece al otorgamiento de competencias a favor de particulares.

Así las cosas, de acuerdo con la explicación precedente, en el nivel nacional de la Rama Ejecutiva existen entidades que pertenecen o bien al sector central, precisamente, por no encontrarse descentralizadas y hacer parte, por ende, de la Nación como persona jurídica y, por otro lado, un sector nacional descentralizado conformado por personas jurídicas distintas a la Nación a quienes se les han transferido o descentralizado competencias en razón a la especialidad o el servicio para cuya prestación han sido creadas.

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

Sin embargo, dichas entidades descentralizadas directamente, por ser personas jurídicas, pueden, a su turno, participar con otras personas en la creación de otras completamente nuevas. Estas corresponden, entonces, a las denominadas entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado[[41]](#footnote-41). En otras palabras, los entes descentralizados indirectamente son aquellos creados no por la ley, sino a partir de «la voluntad asociativa de los entes públicos, en unión entre sí o con particulares»[[42]](#footnote-42).

Por ello, la descentralización indirecta puede tornar en distintas modalidades, según cual sea la calidad de las entidades participantes. Así, habrán entes descentralizados indirectamente conformados por entidades del nivel nacional y territorial, o por entidades descentralizadas por servicios y nacionales, o por participación de entes nacionales, territoriales y descentralizados por servicios, por asociaciones de entidades descentralizadas del nivel nacional, etc.[[43]](#footnote-43)

De esta manera, la Ley 489 de 1998 regula tres tipos de entidades descentralizadas indirectas en sus artículos 94, 95 y 96. Estas normas se refieren, respectivamente, a las asociaciones entre empresas industriales y comerciales del Estado, entre estas y entidades territoriales o descentralizadas, así como a la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro entre entidades estatales y a la constitución de asociaciones y fundaciones a través de los convenios de asociación suscritos entre entidades estatales y personas jurídicas particulares.

Dicho lo anterior, es importante destacar que las entidades descentralizadas indirectamente son una especie del género que corresponde a las entidades descentralizadas, y «[…] por ello y porque gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente, es decir, reúnen los requisitos establecidos para las entidades descentralizadas por el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, forman parte del sector descentralizado de la administración pública»[[44]](#footnote-44).

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

Así, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 determinó que ciertas entidades que no tienen personalidad jurídica diferente a la Nación –como, por ejemplo, los ministerios, departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales sin personería jurídica– pueden celebrar contratos. Además, el artículo 11 *ibidem* señaló que los funcionarios con competencia para hacerlo en la entidad son los ministros, los directores de los departamentos administrativos, los superintendentes y los presidentes de las unidades administrativas especiales, respectivamente.

En este punto, como lo ha dicho la Corte Constitucional, «Es claro que si la Nación, los departamentos, municipios y distritos, son personas jurídicas, y las entidades estatales a que se refiere la ley 80, no lo son, por fuerza los contratos que estas últimas celebren corresponden a la Nación, a los departamentos o a los municipios»[[45]](#footnote-45), lo que implica que la «actuación del funcionario competente, a nombre de la correspondiente entidad estatal, vincula a la Nación, al departamento o al municipio como persona jurídica»[[46]](#footnote-46). Por ejemplo, cuando la presidencia de la república, o un ministerio o departamento administrativo celebren contratos públicos, lo harán en nombre de la Nación, precisamente, por hacer parte de esta. No sucederá lo mismo cuando el ente respectivo sea una persona jurídica distinta a la Nación, como ocurre con los departamentos, los distritos, los municipios, las entidades descentralizadas por servicios de cualquier orden y demás entes que, por virtud de la norma que los regulan, ostenten este atributo.

Igualmente, en la estructura del Estado colombiano existen órganos que no pertenecen a la rama ejecutiva sino a las otras ramas del poder público –legislativa y judicial–, así como organismos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado[[47]](#footnote-47). Estas entidades también hacen parte de la Nación y cuentan con capacidad jurídica para contratar según las normas del EGCP, por ejemplo, el Senado de la República, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Auditoría General de la República, entre otros.

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

***2.5.3. Aspecto teleológico***

En lo relacionado al elemento teleológico o material de la reforma incluida en el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, la cual consiste en la celebración de convenios o contratos interadministrativos para ejecutar programas o proyectos que correspondan al Presupuesto General de la Nación, esta Agencia estima que aquel elemento hace referencia a los programas y proyectos de inversión nacional contenidos en el rubro de gastos de inversión de la ley de apropiaciones, y que corresponderán a los determinados como tales en el Plan Nacional de Inversiones incluido en el Plan Nacional de Desarrollo.

En efecto, el artículo 36 del Decreto 111 de 1996 determina que el presupuesto de gastos está configurado por tres grandes rubros. Por un lado, los gastos de funcionamiento que, a su vez, estarán subdivididos en servicios personales, gastos generales y transferencias y gastos de operación. Por otra parte, el servicio a la deuda, conformado por la deuda interna y externa. Finalmente, los gastos de inversión, dentro de los cuales se incluirá, según el artículo 36 del Estatuto Orgánico, los proyectos establecidos en el «Plan Operativo Anual de Inversión».

Este «Plan Operativo Anual de Inversión» al que hace referencia el citado artículo 36, es, junto al presupuesto anual de la Nación, y al Plan Financiero, uno de los componentes del «Sistema Presupuestal»[[48]](#footnote-48). Dentro de este se señalarán los proyectos de inversión clasificados por sectores, órganos y programas, siempre en concordancia con el Plan Nacional de Inversiones contenido en el Plan Nacional de Desarrollo[[49]](#footnote-49). Por lo demás, de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, la ley de gastos o apropiaciones «solo» estará conformada por los siguientes rubros:

1. Los créditos judicialmente reconocidos;

2. Los gastos decretados conforme a la ley;

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

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

De lo anterior se desprende que uno de los aspectos que deberán figurar dentro de la ley de apropiaciones o gastos, serán las partidas destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo y social y a las obras públicas regulados en los artículos 339 y 341 de la Constitución. Recuérdese que el Plan Nacional de Desarrollo está «[…] conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución».

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

Es de anotar, que la modificación de la Ley del Presupuesto aplica, únicamente, frente al parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías, no en relación con las prohibiciones del artículo 33 *ibidem*. Como se explicó *ut supra*, esta última restricción tiene una naturaleza distinta, aunque concurrente con la del parágrafo analizado en la Ley 996 de 2005. Por tanto, las restricciones a la contratación directa dentro del periodo preelectoral presidencial y vicepresidencial, se mantienen invariables a partir de la publicación de la Ley del Presupuesto.

En efecto, la Agencia advierte que para el año 2022 están programadas las elecciones para elegir miembros del Congreso de la República, así como las jornadas para la elección del Presidente y Vicepresidente de la República. Las primeras para el domingo 13 de marzo de 2022[[50]](#footnote-50) y las segundas para el 29 de mayo del mismo año[[51]](#footnote-51), respectivamente. De esta manera, resulta palmario que el periodo preelectoral de restricción de cuatro meses anteriores a la correspondiente elección de que tratan los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005 coincidirá parcialmente. Esto significa que, las prohibiciones para la contratación directa y para la celebración de convenios y contratos interadministrativos concurren durante la coincidencia de periodos preelectorales.

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

En opinión de esta Agencia, con el fin de armonizar los textos de los artículos comentados, luego de la modificación realizada por la Ley del Presupuesto, cuando resulte aplicable sólo el parágrafo del artículo 38, se podrán celebrar convenios y contratos interadministrativos siempre y cuando estos se lleven a cabo dando cumplimiento a los requisitos del artículo 124 de la Ley del Presupuesto, entre ellos, que sean suscritos entre entidades del orden nacional y territorial. No sucederá lo mismo cuando sean celebrados entre entidades del orden territorial, en cuyo caso aplicará la prohibición plena sin la modificación en mención.

Por otra parte, cuando empiece el periodo preelectoral de las elecciones para Presidente y Vicepresidente de la República, aplicará la prohibición de contratación directa contenida en el artículo 33 de la Ley de Garantías, así como la prohibición del parágrafo del artículo 38 *ibidem* que, como se explicó en acápites precedentes, rige en todo tipo de elección popular. Así, dentro de los cuatro meses anteriores a tales elecciones, las entidades destinatarias de las normas mencionadas, no podrán celebrar convenios y contratos interadministrativos a través de contratación directa, por lo que solo podrán suscribirse a través de mecanismos de selección que impliquen convocatoria pública y pluralidad de oferentes, siempre que se cumplan con los requisitos del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021.

**2.6.** **Distinción entre universidades públicas y establecimientos públicos educativos: implicaciones para la aplicación de la Ley de Garantías Electorales**

La Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 69, por una parte, una garantía de autonomía para que las universidades establezcan sus directivas y sus estatutos de acuerdo con la ley; y por otra, la posibilidad de que cuenten con un régimen especial que corresponde dictar al Congreso[[52]](#footnote-52).

En desarrollo de lo anterior, se expidió la Ley 30 de 1992, mediante la cual se regularon aspectos como la naturaleza jurídica de las universidades estatales y oficiales, la forma de organizarse y el régimen de contratación aplicable. Así mismo, en el artículo 57 se consignó que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende, entre otros aspectos, el régimen de contratación[[53]](#footnote-53). En concordancia con esto, el artículo 93 estableció que los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales se regirán por las normas del derecho privado[[54]](#footnote-54).

De otro lado, la Ley 489 de 1998, al desarrollar la estructura y organización de la Administración Pública, establece que los entes universitarios hacen parte integral de esta[[55]](#footnote-55), catalogándolos como entidades públicas de carácter autónomo a las que aplica un régimen especial[[56]](#footnote-56). Al respecto, en la sentencia C-1019 de 2012, la Corte Constitucional señaló:

«El régimen especial de las universidades públicas y oficiales se justifica en el hecho de que estas instituciones manejan recursos públicos y a que a través suyo se promueve directamente el servicio público de la educación, por lo cual es fundamental establecer canales de articulación con el Estado y la sociedad en aras de que esta misión se cumpla adecuadamente. Además, como entes públicos, a las universidades se les exige el cumplimiento de la obligación de colaboración armónica consagrado en el artículo 113 de la C.P. para el cumplimiento de las funciones del Estado.

Aunque se establezca la participación de representantes del Estado en sus órganos de gobierno, la normatividad y la jurisprudencia han reconocido que lo anterior no significa que dichas instituciones hagan parte de la administración central o descentralizada, o se conviertan por ello en órganos dependientes y bajo el control de tutela del Estado, “pues las universidades estatales por su carácter de entes autónomos no conforman ninguna de las ramas del poder ni pueden formar parte de la administración nacional”[[57]](#footnote-57). De esta manera se pretende preservar a las universidades públicas y oficiales, de las injerencias e interferencias arbitrarias e indebidas del poder político.»[[58]](#footnote-58)

En armonía con lo anterior, se ha considerado que los entes universitarios no son entidades que hagan parte de la rama ejecutiva, ni pueden, por tanto, considerarse entidades descentralizadas, sino que gozan de un régimen especial. Lo anterior fue señalado por el Consejo de Estado de la siguiente manera[[59]](#footnote-59):

«Ahora bien, en la disposición legal [art. 57 de la Ley 30/92] se menciona que las universidades estatales u oficiales están vinculadas al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y planeación del sector educativo, en donde la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que es únicamente para efectos de coordinar y planear el desarrollo de directrices educativas, y no como organismos supeditados al poder ejecutivo, de manera que deben actuar con independencia del mismo, sin estar sujetas a un control de tutela como el concebido para los establecimientos públicos, concepto que por sí mismo niega la autonomía.

[…]

La situación se modificó con el actual marco constitucional en donde se estableció [art. 69] la garantía a la autonomía universitaria, para que pudieran darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con el régimen especial que previera la Ley para las universidades del Estado, por lo cual se despojaban del control de tutela que ejercía el ejecutivo sobre ellas, con el fin de garantizar la independencia académica en la educación superior, sin ningún tipo de injerencia del poder público.

Lo anterior hizo que dejaran de pertenecer a la rama ejecutiva y por supuesto no hicieran parte de las demás [legislativa y judicial], al convertirse en organismos autónomos que cumplen funciones estatales de trascendental importancia para la nación, sin perder la calidad de entidades públicas […]»

De este modo, la diferenciación entre universidades públicas y entidades descentralizadas radica, entre otras cosas, en la autonomía de la que aquellas gozan. Esto, en la medida en que a las universidades públicas no les aplica un elemento característico de la descentralización denominado control de tutela, sobre el cual, en sentencia C–727 del 21 de junio de 2000, la Corte Constitucional señaló:

«La descentralización es una forma de organización administrativa propia de los Estados de forma unitaria, que atenúa la centralización permitiendo la transferencia de competencias a organismos distintos del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de las respectivas funciones. No obstante, esta transferencia no implica la ruptura total del vínculo entre el poder central y la entidad descentralizada, sino que, en aras de garantizar el principio de coordinación que gobierna la función administrativa, dicho vínculo permanece vigente a través del llamado control de tutela, existente en nuestra organización administrativa respecto de los entes funcionalmente descentralizados, con definidos perfiles jurídicos, desde la reforma constitucional y administrativa operada en 1968».

En suma, la descentralización involucra el ejercicio de un control de tutela que no puede aplicarse a los entes universitarios autónomos, motivo por el cual, si bien son entes del Estado, no son ni pueden ser asimiladas a entidades descentralizadas y tampoco encuadran en el concepto de entidad territorial. No obstante, es preciso advertir que no todas las instituciones de educación superior públicas obedecen a la naturaleza jurídica de entes universitarios autónomos o universidades públicas, comoquiera que el parágrafo 1 del artículo 57 de la Ley 30 de 1992 establece que las «Las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que no tengan el carácter de universidad […] deberán organizarse como Establecimientos Públicos del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal». Esta norma además es referida en la Ley 749 de 2002 «por la cual se organiza el servicio público de la educación superior en las modalidades de formación técnica profesional y tecnológica, y se dictan otras disposiciones», en cuyo artículo 18 se prevé que «Las instituciones técnicas profesionales y tecnológicas de educación superior estatales u oficiales, son establecimientos públicos de conformidad con el artículo 57 de la Ley 30 de 1992».

Los establecimientos públicos son definidos por el artículo 70 de la Ley 489 de 1998 como «[…] organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público». Dicha norma además establece como atributos de este tipo de entidades: la personería jurídica, la autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. Por su parte, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, al definir las entidades descentralizadas, expresamente contempla a los establecimientos públicos, lo que supone que, al margen de la autonomía de la que gozan, «[…] están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas». De esto se colige que, a diferencia de las universidades públicas, las instituciones de educación superior constituidas como establecimientos públicos sí son consideradas entidades descentralizadas, por lo que no están excluidos del control de tutela propio de la descentralización.

En cuanto al régimen contractual de los establecimientos públicos, el artículo 81 de la Ley 489 de 1998 prevé que «Los contratos que celebren […] se rigen por las normas del Estatuto Contractual de las entidades estatales contenido en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que lo complementen, adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales». Esto es concordante con el artículo 2-1 de la Ley 80 de 1993[[60]](#footnote-60), que, al enlistar a los establecimientos públicos dentro de las entidades estatales, incluye a este tipo de entidades dentro del ámbito de aplicación del régimen general de contratación público. Así, el régimen contractual constituye otra importante diferencia entre las universidades públicas y los establecimientos públicos de educación superior, al estar las primeras sometidas a regímenes de derecho privado, en virtud de lo señalado en el artículo 93 de la Ley 30 de 1992, que únicamente se refiere a «universidades estatales u oficiales», más no a los establecimientos públicos de los que habla el artículo 57 de dicha ley en su parágrafo 1.

Lo anterior resulta relevante para efectos de la consulta, en la medida en que es determinante para establecer el alcance de las prohibiciones contenidas en la Ley de Garantías Electorales, explicadas en párrafos anteriores. De acuerdo con lo explicado sobre las restricciones contractuales establecidas por la Ley 996 de 2005, resulta palmario que tanto universidades públicas como establecimientos públicos educativos, dada su irrefutable calidad de «entes del Estado», se encuentran dentro del ámbito material de la restricción del artículo 33. Sin embargo, la diferencia en la naturaleza jurídica de ambos tipos de entidades hace que la conclusión sobre sobre la aplicabilidad de la restricción del artículo 38 sea una para los entes universitarios autónomos y otra para los establecimientos públicos de educación superior.

 Conforme se estableció *supra*, la restricción que deriva del primer inciso del parágrafo del artículo 38 tiene como destinatarios a los entes territoriales y sus entidades descentralizadas, lo que excluye de la prohibición a los entes universitarios autónomos que, de acuerdo con lo manifestado en el presente concepto, no son considerados entidades descentralizadas y mucho menos entidades territoriales. Caso contrario ocurre con las instituciones de educación superior constituidas como establecimientos públicos, quienes si constituyen entidades descentralizadas a luz de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 y de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 57 de la Ley 30 de 1992, pueden estar inscritos en los órdenes nacional, departamental, distrital o municipal, lo que hace forzoso concluir que establecimientos públicos educativos de estos tres últimos órdenes, si estarían cobijados por la restricción del artículo 38, al ser entidades descentralizadas del nivel territorial, sujetos a los que expresamente alude el texto de la restricción como destinatarios de la misma. del nivel territorial–departamental, municipal o distrital–.

Recapitulando entonces lo dicho en los dos párrafos anterior, por un lado, es posible afirmar entonces que, las universidades públicas al igual que las instituciones de educación superior con naturaleza jurídica de establecimiento público, al encontrarse dentro de los destinatarios de la prohibición establecida en el artículo 33, independientemente de sus regímenes de contratación diferentes, en principio, tienen restringida la posibilidad de celebrar contratos de manera directa, durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, periodo que se extenderá hasta la finalización de la segunda vuelta, cuando sea este el caso. Por otro lado, se concluye también que, los establecimientos públicos educativos territoriales, dada su calidad de entidades descentralizadas de los órdenes departamental, municipal o distrital, tienen vedada la celebración de convenios interadministrativos en los que se destinen recursos públicos, durante los cuatro (4) meses anteriores a elecciones.

Dicho lo anterior, debe señalarse que en un punto de la consulta se tiende a equiparar la naturaleza de los entes universitarios autónomos con la de los establecimientos públicos, esto específicamente en la primera pregunta en la que se alude a las Unidades Tecnológicas de Santander como una universidad pública. Consultado el Acuerdo 001-008 del 10 de abril de 2019 «Por el cual se adopta una reforma general al Estatuto de las Unidades Tecnológicas de Santander», expedido por el Consejo Directivo, se advierte que, según indica el artículo 2, dicha entidad corresponde a una institución de educación superior, constituida como establecimiento público del orden departamental, creada por la Asamblea Departamental de Santander mediante la ordenanza No. 90 de 1963, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio independiente[[61]](#footnote-61).

En cuanto al régimen de contratación, el artículo 52 de dicho acuerdo establece que el régimen contractual de la entidad «[…] se regirá según lo dispuesto en las leyes vigentes de contratación pública y demás normas que la adicionen, modifiquen o sustituyan»[[62]](#footnote-62), lo cual es concordante con el artículo 4 de la Resolución 02-950 del 10 de diciembre de 2021 «por la cual se modifica el manual de contratación de las Unidades Tecnológicas De Santander», que indica que los contratos estatales que celebre la entidad«[…] se sujetaran a las normas y principios que regulan la Contratación Pública, en especial la Constitución Política, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011 y sus Decretos reglamentarios, así como los principios que rigen la contratación pública»[[63]](#footnote-63).

En todo caso, de acuerdo con lo expresado al inicio del presente apartado de consideraciones, se reitera que, la validación de hipótesis específicas y la resolución de casos particulares son asuntos que escapan de la competencia consultiva atribuida a esta Agencia, cuyo alcance se limita a la interpretación de normas generales en materia de contratación estatal. Dado esto, y teniendo en cuenta el carácter no vinculante de los conceptos, corresponde a cada entidad estatal analizar en el caso concreto si se presenta o no los supuestos que determinan la aplicación de las prohibiciones sobre las que se pregunta.

**2.7. Contratos con organismos internacionales y restricciones de la Ley de Garantías para la contratación directa**

Por organismo internacional se entiende aquella organización, grupo o asociación que se extiende más allá de las fronteras de un Estado y cuenta con órganos gubernamentales permanentes distintos e independientes de los Estados miembros de la organización que garantizan su vigencia y operatividad[[64]](#footnote-64), con el propósito de cumplir objetivos comunes entre los Estados miembros. Conforme a su naturaleza, los organismos internacionales están facultados para suscribir contratos o convenios con los Estados, lo que supone un incidente frente a la aplicabilidad de los regímenes tanto de los Estados contratantes como de los organismos en su celebración.

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 regula de forma general el régimen aplicable a los contratos que celebren las entidades referidas en el artículo segundo del estatuto[[65]](#footnote-65), señalando en el inciso primero, como primer criterio, la aplicabilidad de las disposiciones civiles y comerciales nacionales, sin perjuicio de la aplicación prevalente de las contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, en su segundo inciso, respecto a los contratos celebrados en el exterior, permite que su ejecución se realice de conformidad con las normas del país donde se hayan suscrito, salvo que deban cumplirse en Colombia, caso en el que se aplicaría el esquema señalado respecto al inciso primero. Por último, el inciso tercero permite que los contratos que se celebren en Colombia, pero deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, se sometan a la ley extranjera.

Nótese cómo el artículo citado permite que las entidades estatales no se rijan siempre por la normativa colombiana, permitiendo, en algunos casos, la aplicación de la ley extranjera. Además de los supuestos anteriores, el Consejo de Estado explica, en general, los siguientes escenarios, en los cuales el régimen jurídico puede ser uno diferente al prescrito en el derecho nacional, pese a tratarse de contratos sometidos, en principio, a la Ley 80 de 1993:

i) Contratos celebrados en el exterior, los cuales se podrán regir en su ejecución por las reglas del país donde se ha suscrito, salvo cuando su cumplimiento deba hacerse en Colombia, caso en el cual se aplicará la legislación nacional, ii) Contratos celebrados en territorio colombiano que deben ejecutarse o cumplirse en el extranjero, en tal caso podrá regirse bajo legislación foránea, salvo aquella parte que deba ejecutarse o cumplirse en Colombia, la cual se regirá por el derecho nacional, iii) a) los contratos financiados con fondos de organismos multilaterales de crédito y b) aquellos celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, los cuales «podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes»[[66]](#footnote-66).

La redacción original del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 incluía un inciso cuarto en el que se regulaba el régimen aplicable a los contratos suscritos con organismos internacionales, estableciendo otros supuestos donde era posible aplicar un régimen distinto al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–[[67]](#footnote-67). Sin embargo, el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 modificó el régimen contractual aplicable a los contratos o convenios suscritos con organismos internacionales, estableciendo, para algunos casos, la posible definición del régimen dependiendo del porcentaje de participación que el organismo internacional tuviera frente a dichos contratos, a partir del cual establece una potestad discrecional en torno a la elección del régimen contractual aplicable. Así, el artículo 20 de la citada norma señala que «podrán» ser sometidos a los reglamentos de tales entidades, en lo que tiene que ver con el inciso primero de dicho artículo.

Para comprender el alcance del régimen aplicable a los contratos o convenios que se suscriban con organismos internacionales, de acuerdo con la financiación de estos, resulta necesario analizar el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007[[68]](#footnote-68). De conformidad con este artículo, en lo que tiene que ver con el *inciso primero*, resulta que únicamente procederá la aplicación de los reglamentos de estas entidades y, por lo tanto, es facultativo dejar de aplicar el EGCAP cuando los contratos o convenios sean financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos del organismo de cooperación, asistencia o ayudas internacionales. Cuando la entidad contratante determine o establezca que los aportes del organismo internacional son inferiores al porcentaje señalado, el contrato o convenio debe someterse al EGCAP.

Por otro lado, la norma establece un segundo criterio, en el *inciso segundo,* para determinar la posibilidad de aplicar los reglamentos de los organismos internacionales. Este segundo criterio depende del objeto del convenio o contrato a celebrar, de manera que en dichos casos se puede pactar el sometimiento a los reglamentos de estas entidades. En tal sentido, los otros supuestos en que es posible someter el régimen contractual a los reglamentos de los organismos internacionales son los siguientes:

1. Desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud.
2. Contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT.
3. Contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos.
4. Contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos.
5. Contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM.
6. Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros.

En los supuestos anteriores, regulados en el inciso segundo del artículo 20, independientemente del monto de los aportes de cada una de las partes, es posible optar por someter el contrato a los reglamentos de dichos organismos o bien someterlos al EGCAP, es decir, configurado alguno de los presupuestos anteriores es posible elegir cualquiera de los dos (2) regímenes indicados. Al respecto, en el concepto C-374 del 27 de julio de 2020, esta Agencia –después de analizar el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007– concluyó que:

[…] existen dos grupos de supuestos en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, bajo los cuales es posible someter el régimen contractual aplicable a los reglamentos de los organismos internacionales: el primer grupo, regulado en el inciso primero, donde dicha posibilidad se condiciona a que los contratos o convenios se financien en el 50% o más con fondos de dichos organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales y, el segundo grupo, regulado en el inciso segundo, donde dicha posibilidad se condiciona a que se configure alguno de los 6 supuestos enlistados atrás, sin que resulte exigible algún porcentaje de incorporación de recursos. En todo caso, frente a ambos grupos, la aplicación de los reglamentos de tales entidades internacionales es una posibilidad por la que pueden optar o no las partes; es decir, configurados los requisitos indicados, las partes pueden decidir si someten los contratos a los reglamentos de las entidades internacionales o si se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De otra parte, en relación con los contratos del inciso primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, conviene mencionar que dentro de la ejecución del contrato o convenio pueden presentarse situaciones en las que el porcentaje de los aportes sea modificado, en virtud de su adición o no ejecución en los términos pactados, por lo que, previendo este escenario, el artículo 2.2.1.2.4.4.1. del Decreto 1082 de 2015 dispuso que: «se deben modificar los contratos o convenios para efectos de que estos estén sujetos a las normas del sistema de compras y contratación pública, si el aporte de recursos públicos es superior al cincuenta por ciento (50%) del total o de las normas internas de la entidad de cooperación si el aporte es inferior»[[69]](#footnote-69). Así las cosas, la entidad contratante debe realizar un constante monitoreo respecto de los aportes de cada una de las partes para determinar si se debe realizar un ajuste frente al régimen aplicable, esto es, en relación con los contratos regulados en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

Ahora bien, para la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 es necesario considerar que el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 consagra un régimen jurídico que exceptúa la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. A diferencia del régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas sociales del Estado, entre otras, la excepción prevista para los contratos suscritos con organismos internacionales –más que privilegiar la competencia económica– flexibiliza el régimen contractual aplicable[[70]](#footnote-70). Para la doctrina, esta excepción se consagra de acuerdo con el objeto del contrato celebrado, por lo que no se realiza en consideración al sector específico al que pertenece la entidad, la asignación de un esquema legal propio a esta o por la naturaleza del fondo encargado de administrar recursos públicos. Por ello, explica que:

Tradicionalmente se plantea la existencia de regímenes especiales de contratación desde la perspectiva orgánica o subjetiva. Sin embargo, la tendencia es crear regímenes especiales por el contrato llamados de múltiples formas con diferentes propósitos. A través de esta modalidad de asignación, el legislador otorga a la entidad, en algunos casos sin importar su régimen, la posibilidad de celebrar un contrato tipificado del régimen especial sin acudir a las reglas de selección del régimen general de contratación. Lo usual es que en los casos excepcionales la selección sea directa o por lo menos con menos exigencias[[71]](#footnote-71).

Pese a lo anterior, la prohibición de contratación directa de la Ley de Garantías es independiente del régimen contractual. Así la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explica que «La prohibición contenida en el artículo 33, desde el punto de vista objetivo o material, comprende la contratación directa, entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, *sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o uno especial en razón del objeto, del contrato o del órgano que contrata*»[[72]](#footnote-72) (Énfasis fuera de texto). Por tanto, durante la vigencia de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 está restringida cualquier modalidad de selección que excluya la pluralidad de oferentes en el régimen especial de contratación con organismos internacionales.

Por tales razones, de acuerdo con lo señalado en concepto C-100 del 30 de marzo de 2022 se aclara que, la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 aplica con independencia del régimen jurídico del contrato. Por lo tanto, salvo que ingrese en alguna de las excepciones establecidas en el segundo inciso de la disposición citada, esta restricción también aplica a la celebración de contratos con organismos internacionales, aun cuando se presenten los supuestos indicados en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, en los cuales dichos contratos se pueden someter a los reglamentos de tales organizaciones. Esta conclusión se apoya en los siguientes argumentos:

i) El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 debe aplicarse, como lo indica su primer inciso, a «todos los entes del Estado». Este criterio orgánico reviste importancia, porque permite argumentar que a pesar de que una entidad estatal celebre un contrato con un organismo internacional de cooperación, ayuda o asistencia, aquella no muta su naturaleza jurídica –no deja de ser una entidad estatal– y, por tanto, continúa siendo destinataria de la Ley de Garantías Electorales.

ii) La proscripción de la contratación directa indicada en dicho artículo no diferencia régimen contractual, ni indica que solo se aplica a la contratación directa sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, razón por la cual la prohibición incluye cualquier contratación directa, así esté sujeta a un régimen excepcional –como el del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007–.

iii) Los artículos 13 de la Ley 80 de 1993, 20 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.2.4.4.1 del Decreto 1082 de 2015 *no establecen una excepción en bloque de todo el ordenamiento jurídico colombiano* para los supuestos en los cuales se pueden aplicar los reglamentos de los organismos de cooperación, ayuda o asistencia internacionales. Por una parte, lo que es posible someter a dichos reglamentos son *los contratos o convenios* –esto es lo que se interpreta a partir de una lectura atenta de las normas en comento–.

Por otra parte, el hecho de que los contratos o convenios se sometan a los reglamentos de dichos organismos no obsta para que las entidades estatales colombianas que los celebren deban continuar rigiéndose, en todo lo demás, por las disposiciones normativas colombianas. Lo anterior teniendo en cuenta que, a título enunciativo, estas disposiciones regulan aspectos como: a) los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –consagrados, respectivamente, en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política–, b) la obligación de publicar en el SECOP la contratación[[73]](#footnote-73), c) las normas presupuestales[[74]](#footnote-74), d) el régimen de prohibiciones de los órganos del Estado y de los servidores públicos –en el cual se incluye la Ley de Garantías Electorales y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades–. En consecuencia, el hecho de que un contrato se rija por el reglamento de un organismo de cooperación ayuda o asistencia internacional no exime a la entidad estatal colombiana de acatar las restricciones de la Ley 996 de 2005, porque estas prohibiciones no tienen que ver con el régimen sustantivo del contrato en el que se aplica la excepción al EGCAP, sino con disposiciones transversales consagradas en el ordenamiento jurídico en materia de garantías electorales.

iv) Además, la Ley 996 de 2005 es una ley estatutaria –que integra el bloque de constitucionalidad– y, por lo que, ante las dudas hermenéuticas que se susciten frente a su aplicación –por su aparente contradicción con otras leyes– el operador jurídico debe privilegiar la vigencia de la ley estatutaria. En efecto, la Corte Constitucional ha explicado que uno de los argumentos hermenéuticos que deben tenerse en cuenta en la aplicación de las leyes es «el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior *(lex superior derogat inferiori)*»[[75]](#footnote-75) y que, por ello, «entre preceptos de distinta jerarquía, como ocurre entre una la ley ordinaria y una ley estatutaria, o entre la Constitución y la ley en general, […] es claro que prevalece y se aplica siempre la norma superior»[[76]](#footnote-76). En consecuencia, el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 no implica una derogatoria de lo establecido en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, porque aquella es una ley ordinaria y esta una ley estatutaria.

v) En línea con lo anterior, si la Ley 996 de 2005 se aplica también a la contratación con organismos internacionales a la que se refiere el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, deben interpretarse restrictivamente las excepciones a la prohibición de contratar directamente consagradas en el artículo 33 de Ley de Garantías Electorales. A partir de esto se concluye que la contratación directa con un organismo internacional no es, *en sí misma considerada* –o por esa sola circunstancia–, una contratación que ingresa en las excepciones a la prohibición de celebrar contratos que no estén precedidos de un procedimiento plural «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».

vi) El régimen de los contratos con organismos internacionales regulado por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 aplica especialmente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Lo anterior se infiere del hecho de que este aspecto estuvo regulado en el inciso final del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone la normatividad aplicable a los contratos estatales celebrados por las entidades de que trata el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Como el inciso fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, la normativa aplicable a este tipo de contratos se rige actualmente por el artículo 20 *ibidem*. Dicha norma, conforme a los dos supuestos explicados en la cita precedente, regula la aplicación de los reglamentos de los organismos internacionales o del Estatuto General, partiendo de que el contrato fue celebrado por una entidad sometida[[77]](#footnote-77).

 Como se explicó en el numeral anterior, las universidades públicas son entidades del régimen exceptuado, por lo que su gestión contractual no se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De esto se deriva que, a los entes universitarios autónomos no les resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, comoquiera esta norma define la aplicación de los reglamentos de los organismos internacionales o del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los contratos suscritos por las entidades del artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Por el contrario, a los entes establecimientos públicos educativos, al estar sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, si les es aplicable lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, al margen de que a las universidades públicas y a los establecimientos públicos de educación superior les aplique o no el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, o que celebren contratos con organismos internacionales sujetándose al reglamento de los mismos, a ambos tipos de entidades les resulta aplicable la restricción del artículo 33, por lo que no pueden celebrar contratos de manera directa durante el periodo señalado en dicha norma. Esto comoquiera que, según lo aquí explicado, dicha restricción opera independientemente de cuál sea el régimen aplicable al correspondiente contrato, siempre que sea celebrado en el marco de procesos sin pluralidad de oferentes, sin importar la naturaleza jurídica del cocontratante o contratista de la entidad estatal.

No obstante, si bien es cierto que, como regla general, la restricción que deriva del primer inciso del artículo 33 impide tanto a universidades públicas como a establecimientos públicos celebrar contratos o convenios de manera directa durante los periodos de elecciones presidenciales, es importante considerar que el inciso final de dicha norma prevé unas excepciones. Estas excepciones son relevantes comoquiera que, del mismo modo en que la restricción a la contratación directa aplica tanto universidades públicas como establecimientos públicos, también les son aplicables excepciones, por lo que acudiendo a las mismas ambos tipos de instituciones de educación superior públicas pueden suscribir directamente contratos de manera directa sin vulnerar la restricción, –independientemente de que aplique o no el reglamento de un organismo internacional–, siempre que se configure el supuesto de hecho de alguna de las excepciones y no se contravengan otras normas jurídicas.

En todo caso, cada entidad estatal debe analizar en el caso concreto si se presenta o no el supuesto que habilite la contratación directa, respetando el carácter taxativo de las excepciones señaladas en el inciso final del referido artículo 33. En efecto, es posible que el contrato que se pretenda celebrar con el organismo internacional de cooperación, ayuda o asistencia ingrese en alguna de las excepciones indicadas en dicho inciso; es decir, que se refiera «[…] 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 tanto, solo en este caso la contratación directa será admisible para celebrar tales contratos, en vigencia de la prohibición general del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

**3. Respuesta**

«1. Las universidades públicas como es el caso de las Unidades Tecnológicas de Santander tienen la facultad de realizar de manera directa convenios interadministrativos con otras instituciones y otras universidades públicas y privadas, colombianas y extranjeras, algunos con recursos pecuniarios otros no, lo anterior, para el beneficio de la universidad, los profesores y los estudiantes de esta. ¿En el en el marco de la ley de garantías está limitada esta realización de convenios?».

«2. ¿Las universidades públicas en el marco de la ley de garantías pueden realizar convenios internacionales de cooperación con otras universidades y/o entidades en el exterior para efectuar actividades conjuntas como la investigación, intercambio de docentes, administrativos y estudiantes, y prácticas laborales?».

«3. ¿las universidades públicas en el marco de la ley de garantías pueden celebrar convenios nacionales de cooperación con otras universidades públicas?».

«4. ¿las universidades públicas en el marco de la ley de garantías pueden celebrar convenios nacionales de cooperación con otras universidades privadas?».

«5. ¿las universidades públicas en el marco de la ley de garantías pueden celebrar convenios nacionales de cooperación con universidades/entidades privadas?»

Con base en las consideraciones expuestas y atendiendo a que las preguntas guardan unidad temática respecto a la aplicación de la Ley de garantías frente a las universidades públicas, a continuación, se procede a dar respuesta conjunta a la consulta, dentro los límites de la función consultiva atribuida a esta Agencia por los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011. En ese sentido, de acuerdo con la interpretación de las normas generales del sistema de compras y contratación pública, sin perjuicio de que cada entidad defina la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato estatal en específico, es posible afirmar que la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. *En primer lugar*, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las excepciones contempladas 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 sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. *En segundo lugar*, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

Ambas restricciones no son excluyentes, lo que implica que en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas sólo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38. Lo anterior, sin perjuicio de la modificación introducida por la Ley 2159 de 2021 a esta última norma.

 Conforme a lo explicado, la restricción del artículo 33 aplica a todos los «entes del Estado», independiente de su régimen, por lo que la misma aplica tanto a las universidades públicas o entes universitarios autónomos, como a los establecimientos públicos de educación superior, dada su calidad de entes estatales. En consecuencia, al margen que estas entidades estén sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Públicas, tengan un régimen especial o pretendan suscribir un contrato aplicando el reglamento de un organismo internacional–con sustento en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007–, tienen restringida la contratación que no sea producto de procesos con pluralidad de oferentes durante a partir del inicio del periodo prelectorales de los cuatro (4) meses previos a las elecciones presidenciales, salvo que se realice al amparo de las excepciones previstas en el inciso final del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

 Por otro lado, en cuanto la prohibición para la celebración de convenios interadministrativos establecida en el parágrafo del artículo 38, es importante considerar que la misma tiene como destinatarios a los entes territoriales y sus entidades descentralizadas. Esto supone que, para efectos de precisar la aplicabilidad de la restricción, se torne relevante la distinción entre la naturaleza jurídica de los entes universitarios autónomos con la de las instituciones de educación superior constituidas como establecimientos públicos, comoquiera que, según lo explicado en el numeral 2.5 del presente concepto, las primeras no son entidades descentralizadas mientras que las segundas sí. En tales términos, se estima que las universidades públicas no se encuentran cobijadas por la prohibición que deriva del primer inciso del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, a diferencia de los establecimientos públicos de educación superior de los órdenes departamental, municipal o distrital, a los que, en su calidad de entidades descentralizadas del nivel territorial–artículo 57 de la Ley 30 de 1992, parágrafo 1–, entran en el ámbito material de aplicación de esta restricción que impide la celebración de convenios interadministrativos.

De lo anterior se colige que, en virtud de la restricción establecida en el primer inciso artículo 33, las universidades y los establecimientos públicos de educación superior tienen vedada la celebración de convenios o contratos de manera directa durante las elecciones presidenciales, ya sea con otras entidades de la misma naturaleza o de carácter privado. Esto sin perjuicio de la eventual aplicación de alguna de las excepciones previstas en el inciso final de la norma, con sustento en las cuales, ambos tipos de instituciones de educación superior públicas podrían suscribir contratos de manera directa durante el periodo prelectoral señalado sin vulnerar la restricción, siempre que en efecto se configure alguno de los supuestos de hecho de las excepciones y no se contravengan otras normas jurídicas.

En todo caso, cada entidad estatal debe analizar en el caso concreto si se presenta o no el supuesto que habilite la contratación directa, respetando el carácter taxativo de las excepciones señaladas en el segundo inciso del referido artículo 33. En efecto, es posible que el contrato que se pretenda celebrar se encuadre en alguna de las excepciones indicadas en dicho inciso; es decir, que se refiera «[…] 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 tanto, solo en este caso la contratación directa será admisible para celebrar tales contratos, en vigencia de la prohibición general del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

De cualquier manera, se reitera que es cada entidad pública la que, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos, debe determinar si la contratación que busca celebrar se adecua a las causales taxativas que la eximen de aplicar la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005. Al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que en derecho corresponda.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo VillamilContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

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

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

» […]

» Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista». [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2015. C.P. William Zambrano Cetina. Radicación No. 11001-03-06-000-2015-00164-00(2269). [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de febrero de 2010. Radicación 2010-00006-00(1985)A. [↑](#footnote-ref-11)
12. «[…]

La campaña presidencial tendrá una duración de cuatro (4) meses contados con anterioridad a la fecha de las elecciones de la primera vuelta, más el término establecido para la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso». [↑](#footnote-ref-12)
13. Pág. 64 y 65. [↑](#footnote-ref-13)
14. 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

a) Urgencia manifiesta;

b) Contratación de empréstitos;

c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

 […]

d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa que necesiten reserva para su adquisición;

e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;

g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

j) <Literal adicionado por el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición.

k) <Literal adicionado por el artículo 82 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales. [↑](#footnote-ref-14)
15. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación. [↑](#footnote-ref-15)
16. CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. Sentencia del 20 de febrero de 2006. Radicado No. 1.727. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-16)
17. 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-17)
18. Entidades definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-18)
19. Pertenecen a este grupo las entidades que por disposición legal no estén sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [↑](#footnote-ref-19)
20. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto No**.** 4201912000006055 del 20 de octubre de 2019 [↑](#footnote-ref-20)
21. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de2006. Radicación 11001-03-06-000-2006-00023-00(1724). Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. [↑](#footnote-ref-21)
22. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-22)
23. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-25)
26. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar». [↑](#footnote-ref-26)
27. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *“obligacional”* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto». [↑](#footnote-ref-27)
28. [Referencia propia de la cita] «La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *“contratos interadministrativos”* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93». [↑](#footnote-ref-28)
29. En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: «La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)». (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. M.P. Álvaro Namén Vargas). [↑](#footnote-ref-29)
30. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Decreto 092 de 2017, que en su desarrollo hace referencia tanto a los «contratos» como a los «convenios». [↑](#footnote-ref-30)
31. A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos». (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos). [↑](#footnote-ref-31)
32. Lo anterior, salvo que se traten de organismos internacionales que se rijan por normas internacionales y se financien con cargo a recursos de esos organismos (Cfr. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-559 del 31 de agosto de 2021). [↑](#footnote-ref-32)
33. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de noviembre de 2007. Expediente número 1863. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. [↑](#footnote-ref-33)
34. Que en su artículo 141 establece: «La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2022». [↑](#footnote-ref-34)
35. Correspondiente al Proyecto de Ley 158/21 Cámara y 096/2021 Senado, cuyo texto definitivo fue aprobado en plenaria del Senado de la República el día 19 de octubre de 2021, según la Gaceta del Congreso de la República nro. 1496. [↑](#footnote-ref-35)
36. Aunque el Estado sea un concepto más amplio que comprende al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales. [↑](#footnote-ref-36)
37. «Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

» 1. Gobernarse por autoridades propias.

» 2. Ejercer las competencias que les correspondan.

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

» 4. Participar en las rentas nacionales.» [↑](#footnote-ref-37)
38. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-221 del 29 de abril de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. [↑](#footnote-ref-38)
39. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-247 del 10 de abril de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-39)
40. El artículo 68 de la Ley 489 de 1998 sobre este sector preceptúa: «Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas». [↑](#footnote-ref-40)
41. Rodríguez Libardo, Derecho Administrativo, general y colombiano, Editorial Temis, (2015), Bogotá, Colombia, p. 160. [↑](#footnote-ref-41)
42. Vidal Perdomo Libardo, Derecho Administrativo, editorial Legis, (2016), Bogotá, Colombia, p. 151. En similar sentido se ha expresado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al definir a las entidades públicas descentralizadas indirectamente como «[…]las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal» (Concepto del 26 de octubre de 2000, Rad. 1291, M.P. Augusto Trejos Jaramillo). [↑](#footnote-ref-42)
43. Ver, Tafur Galvis Álvaro, las entidades descentralizadas, Bogotá, Editorial, Montoya y Araujo, (1984), p. 205. [↑](#footnote-ref-43)
44. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad 1291, Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-44)
45. Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 25 de agosto de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía. [↑](#footnote-ref-45)
46. *Ibid* [↑](#footnote-ref-46)
47. «ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.» [↑](#footnote-ref-47)
48. ARTÍCULO 6º: «Sistema presupuestal. Está constituido por un plan financiero, por un plan operativo anual de inversiones y por el presupuesto anual de la Nación». [↑](#footnote-ref-48)
49. [↑](#footnote-ref-49)
50. ARTÍCULO 8º: «El plan operativo anual de inversiones señalará los proyectos de inversión clasificados por sectores, órganos y programas. Este plan guardará concordancia con el plan nacional de inversiones. El Departamento Nacional de Planeación preparará un informe regional y departamental del presupuesto de inversión para discusión en las comisiones económicas de Senado y Cámara de Representantes». En similar sentido, el artículo 13 del Estatuto Orgánico dispone que «El presupuesto general de la Nación deberá guardar concordancia con los contenidos del plan nacional de desarrollo, del plan nacional de inversiones, del plan financiero y del plan operativo anual de inversiones». Registraduría Nacional del Estado Civil, Resolución 2098 del 12 de marzo de 2021, mediante la cual «se fija el calendario electoral del Congreso de la República que se realizarán el 13 de marzo». [↑](#footnote-ref-50)
51. Registraduría Nacional del Estado Civil, Resolución 4371 del 18 de mayo de 2021, «por la cual se fija el calendario electoral para las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República (primera vuelta) para el periodo constitucional 2022-2026. [↑](#footnote-ref-51)
52. [↑](#footnote-ref-52)
53. [↑](#footnote-ref-53)
54. [↑](#footnote-ref-54)
55. [↑](#footnote-ref-55)
56. [↑](#footnote-ref-56)
57. [↑](#footnote-ref-57)
58. [↑](#footnote-ref-58)
59. [↑](#footnote-ref-59)
60. «Artículo 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

»1o. Se denominan entidades estatales:

 »a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; *los establecimientos públicos*, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles […]». [Énfasis fuera de texto]. [↑](#footnote-ref-60)
61. «Artículo 2.- Naturaleza jurídica. Las Unidades Tecnológicas de Santander, es una institución de educación superior constituida como establecimiento público del orden departamental, creada por la Asamblea Departamental mediante la ordenanza No. 90 de 1963, cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio independiente, en virtud de la ordenanza No. 21 del 15 de diciembre de 1981 y en lo referente a las políticas y a la planeación del sector educativo señaladas y orientadas por el Ministerio de Educación Nacional.

»Parágrafo 1.- Para la ejecución de actividades académicas, investigación, asesoría y extensión, la Institución podrá participar con empresas, corporaciones mixtas u otras formas organizativas, para dar cumplimiento a los objetivos y funciones del establecimiento educativo. Para la administración y manejo de los recursos generados por estas actividades académicas, deberá crear fondos de manejo especial con el fin de garantizar el fortalecimiento de sus funciones propias. Su administración y utilización se hará conforme a la ley y lo reglamentado por el Consejo Directivo.

»Parágrafo 2 .- La Institución podrá participar en la creación de otras entidades, asi como adelantar planes, programas y proyectos en otras regiones del país y del exterior, por si sola o en cooperación con otras entidades públicas o privadas, siempre promoviendo el cumplimiento y alcance de los fines y objetivos de la educación superior, de acuerdo a la normatividad vigente». Consultada el 29 de marzo de 2022 en: <https://www.uts.edu.co/sitio/wp-content/uploads/normatividad/estatuto_general.pdf> [↑](#footnote-ref-61)
62. « Artículo 52.- Régimen contractual. El régimen contractual de la entidad se regirá según lo dispuesto en las leyes vigentes de contratación pública y demás normas que la adicionen, modifiquen o sustituyan.

»Parágrafo.- Las Unidades Tecnológicas de Santander, tiene jurisdicción coactiva para hacer exigible los créditos a su favor, de acuerdo con las normas establecidas para las entidades públicas». Consultada el 29 de marzo de 2022 en: <https://www.uts.edu.co/sitio/wp-content/uploads/normatividad/estatuto_general.pdf> [↑](#footnote-ref-62)
63. «ARTÍCULO CUARTO. Los contratos estatales se sujetaran a las normas y principios que regulan la Contratación Pública, en especial la Constitución Política, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011 y sus Decretos reglamentarios, así como los principios que rigen la contratación pública y que se enuncian a continuación: Principio de transparencia, Principio de Planeación, Principio de Economía, Principio de responsabilidad, Principio de Selección Objetiva, Principio de Publicidad, Principio del debido proceso, y Supremacía de lo sustancial sobre lo formal». Consultada el 29 de marzo de 2022 en: <https://www.uts.edu.co/sitio/wp-content/uploads/normatividad/resoluciones/res-224.PDF?_t=1641917172>

 [↑](#footnote-ref-63)
64. FIGUEROA U. Organismos internacionales. 2ª edición. Santiago de Chile: Editorial RIL editores, 2010. [↑](#footnote-ref-64)
65. Ley 80 de 1993: «Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#2)o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

»Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia»

»Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera». [↑](#footnote-ref-65)
66. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Exp. 54.069. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-66)
67. «Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes». (Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007). [↑](#footnote-ref-67)
68. Ley 1150 de 2007. «Artículo 20: Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.

»Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.

»Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

»PARÁGRAFO 1o. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.

»PARÁGRAFO 2o. Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo.

»PARÁGRAFO 3o. En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales». [↑](#footnote-ref-68)
69. Decreto 1082 de 2015. «Artículo **2.2.1.2.4.4.1.**Régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación Internacional. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, pueden someterse a los reglamentos de tales entidades incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán al presente título.

»*Si el aporte de fuente nacional o internacional de un contrato o convenio de cooperación internacional es modificado o los aportes no se ejecutan en los términos pactados, las Entidades Estatales deben modificar los contratos o convenios para efectos de que estos estén sujetos a las normas del sistema de compras y contratación pública, si el aporte de recursos públicos es superior al cincuenta por ciento (50%) del total o de las normas internas de la entidad de cooperación si el aporte es inferior*.

»Cuando la variación de la participación de los aportes de las partes es consecuencia de las fluctuaciones de la tasa de cambio de la moneda pactada en el convenio o contrato de cooperación internacional, este seguirá sometido a las reglas establecidas en el momento de su suscripción.

»Los recursos generados en desarrollo de los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales no deben ser tenidos en cuenta para determinar los porcentajes de los aportes de las partes». (Cursiva fuera del original).

»Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como aquellos a los que se refiere el inciso 2 del artículo 20 de la [Ley 1150 de 2007](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html), se ejecutarán de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales marco y complementarios, y en los convenios celebrados, o sus reglamentos, según sea el caso, incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a tales operaciones en dichos documentos, sin que a ellos le sea aplicable el porcentaje señalado en el inciso primero del artículo 20 de la[Ley 1150 de 2007](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html).

»Los contratos con personas extranjeras de derecho público se deben celebrar y ejecutar según se acuerde entre las partes». [↑](#footnote-ref-69)
70. JOJOA BOLAÑOS, Alexander. Los regímenes exceptuados en los contratos estatales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. p. 138 y ss. [↑](#footnote-ref-70)
71. BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. El derecho de la compra pública: estudio jurídico de un mercado imperfecto. Bogotá: Legis, 2019. pp. 247 y 248. En este sentido, DÀVILA VINUEZA agrega que «La modificación insertada [por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007] es muy clara en el sentido de que se admite contratar con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales de manera directa para que se ejecute un contrato no sometido a la Ley 80 sino a sus reglamentos internos, si y solo sí los recursos provenientes para su pago, sean del propio organismo en por lo menos más del 50% de su valor. Con tal fin, se deben cuantificar moneda colombiana incluso los aportes que se hagan en especie» (Cfr. DÀVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Bogotá: Legis, 2016. p. 59. Corchetes fuera de texto). [↑](#footnote-ref-71)
72. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de abril de 2006. Rad:1712. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-72)
73. En efecto, el parágrafo 2 del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 dispone que «Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo». [↑](#footnote-ref-73)
74. No en vano, el parágrafo 3 del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 establece que «En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales». [↑](#footnote-ref-74)
75. Sentencia C-439 de 2016. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Así también lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-339 de 2002, M.P.: Jaime Araujo Rentería. [↑](#footnote-ref-75)
76. Ibíd. [↑](#footnote-ref-76)
77. Esta tesis se confirma a nivel reglamentario cuando el inciso segundo del artículo 2.2.1.2.4.4.1 del Decreto 1082 de 2015, en desarrollo del inciso primero de del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, obliga a las «Entidades Estatales» a ajustar el régimen de los contratos o convenios de cooperación internacional frente a modificaciones en el porcentaje de aportes o cuando estos no se ejecuten en los términos pactados. Dado que el termino previsto en la norma se utiliza en letra mayúscula, es necesario tener en cuenta que el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «[…] Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica […]». En este contexto, la norma citada define las entidades estatales como «Cada una de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan», lo cual implica que esta disposición no aplica a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [↑](#footnote-ref-77)