**CCE-DES-FM-17**

**EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Régimen jurídico – Reglas aplicables**

Las Empresas Sociales del Estado – ESE son entidades públicas que, conforme al artículo 194 de la Ley 100 de 1993, son de categoría especial, descentralizada por servicios, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. A través de ellas la Nación o las entidades territoriales prestan el servicio de salud de manera directa, es decir, las Empresas Sociales del Estado son, esencialmente, los hospitales públicos. El Consejo de Estado, sobre la naturaleza jurídica de estas entidades, precisó: […] Se tiene que las empresas sociales del Estado, es decir, los hospitales públicos a que se refiere la ley 100 de 1993, son entidades descentralizadas por servicios, de naturaleza jurídica especial, es decir, son entidades estatales que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, porque así lo disponen los arts. 38 y 68 de la ley 489 de 1998 […]. De la cita precedente se puede concluir entonces que, las Empresas Sociales del Estado son una categoría especial de entidades públicas que hacen parte de la estructura de la Rama Ejecutiva del poder público. En este mismo sentido, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en el que se consagran los organismos y entidades que integran la rama ejecutiva del poder público, dispuso en el literal d) del numeral 2 que las Empresas Sociales del Estado hacen parte del sector descentralizado por servicios de esta rama del poder público.

**ALCANCE DE LAS RESTRICCIONES – Ley de garantías**

Así las cosas, las garantías buscadas a través de este marco normativo implican la existencia de restricciones, y conviene tener en cuenta que estas no pueden interpretarse extensivamente sino en forma restrictiva o estricta. En ese sentido, es importante analizar las restricciones aplicables frente a las elecciones presidenciales y frente a los comicios a cargos de elección popular.

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 ELECTORALES – Artículo 33 – Restricciones**

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.



Bogotá, 13 de abril de 2022.

Señor

**Richard Mauricio Gil**

Tesalia, Huila

 **Concepto C – 182 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Régimen jurídico – Reglas aplicables / ALCANCE DE LAS RESTRICCIONES – LEY DE GARANTÍAS/ LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – ARTÍCULO 33 – Restricciones |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas acumuladas P20220225001881 y P20220311002463  |

Estimado señor Gil:

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

**1. Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas:

«[…]¿Las EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – ESE- pueden adelantar contratación directa durante el periodo de la Ley de Garantías, conforme la excepción dispuesta en la norma?».

«2. ¿Las EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – ESE- pueden contratar personal durante el periodo de la Ley de Garantías, en desarrollo de contratos interadministrativos celebrados oportunamente – antes del 28 de enero de 2022- con entidades del orden Municipal o Departamental como Planes de Intervenciones Colectivas en el orden Municipal y Departamental?».

**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 no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. En este contexto, 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.

La consulta formula una primera pregunta referida a la aplicación del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, la cual indaga sobre el alcance de la excepción aplicable a las entidades sanitarias, tema que se encuentra dentro del referido ámbito de competencia de esta entidad. Sin embargo, revisada la segunda pregunta, se advierte que mediante la misma se pretende definir si una empresa social del Estado, puede o no «contratar personal» en desarrollo de un convenio interadministrativo, a pesar del artículo 33 de dicha ley. Cabe resaltar, como ya se indicó, que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente está facultada para atender solicitudes relacionadas con *temas contractuales,* pero sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de contratación pública, por lo que no es competente para interpretar normas de carácter laboral, ni para establecer la forma en la que las entidades estatales deben gestionar su nómina.

Sin perjuicio de lo anterior, se resolverá su consulta, dentro los límites de la referida competencia consultiva, previo estudio de los siguientes temas: i) régimen contractual de las empresas sociales del estado –ESE–, ii) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales: alcance de las restricciones, iii) determinación de las restricciones según el tipo de elecciones y excepciones a las mismas, iv) restricciones del artículo 33 de la Ley 906 de 2005 en elecciones presidenciales, v) vestinatarios de la restricción del artículo 33 de la Ley 906 de 2005 y vi) Restricciones para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios de cargos de elección popular.

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

**2.1. Régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado –ESE–**

Las Empresas Sociales del Estado – ESE son entidades públicas que, conforme al artículo 194 de la Ley 100 de 1993, son de categoría especial, descentralizada por servicios, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa[[2]](#footnote-2). A través de ellas la Nación o las entidades territoriales prestan el servicio de salud de manera directa, es decir, las Empresas Sociales del Estado son, esencialmente, los hospitales públicos. El Consejo de Estado, sobre la naturaleza jurídica de estas entidades, precisó:

[…] Se tiene que las empresas sociales del Estado, es decir, los hospitales públicos a que se refiere la ley 100 de 1993, son entidades descentralizadas por servicios, de naturaleza jurídica especial, es decir, son entidades estatales que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, porque así lo disponen los arts. 38 y 68 de la ley 489 de 1998 […][[3]](#footnote-3).

De la cita precedente se puede concluir entonces que, las Empresas Sociales del Estado son una categoría especial de entidades públicas que hacen parte de la estructura de la Rama Ejecutiva del poder público. En este mismo sentido, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en el que se consagran los organismos y entidades que integran la rama ejecutiva del poder público, dispuso en el literal d) del numeral 2 que las Empresas Sociales del Estado hacen parte del sector descentralizado por servicios de esta rama del poder público.

Ahora, de conformidad con el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado – ESE es el de derecho privado, es decir, por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio y el Código Civil aplicables en lo que resulten pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por el derecho público. La norma referida prescribe que «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública».

De acuerdo con esta norma, los contratos suscritos por Empresas Sociales del Estado se rigen por el derecho privado. Sin embargo, esto no implica la inobservancia de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, teniendo en cuenta que su objeto, conforme a la Sentencia C-555 de 2000, corresponde a la prestación del servicio de salud a cargo del Estado o como parte del servicio de seguridad social[[4]](#footnote-4). En esta misma línea, el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, dispuso lo siguiente:

Artículo 83º.- Empresas sociales del Estado. Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente Ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

En consecuencia, por mandato del legislador, el régimen jurídico de los contratos de las ESE es una de las excepciones legales existentes para la aplicación del Estatuto General de la Contratación Estatal, aspecto que permite que dichas empresas se sustraigan de las normas que regulan la actividad contractual de las entidades estatales a que hace referencia el artículo 2° de la Ley 80 de 1993. De todas maneras, la exclusión de que gozan las ESE, frente al régimen jurídico contractual general de las entidades estatales, no ha sido absoluta, toda vez que intervienen en la prestación de servicios de salud, como actores dentro de un servicio público bajo responsabilidad del Estado, en los términos del artículo 49 de la Constitución Política. Además, de tiempo atrás en el ordenamiento jurídico colombiano se reconoció que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación debían respetar los principios de la función administrativa, tesis que luego fue acogida por el legislador con la expedición de la Ley 1150 de 2007. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

Siempre que esté de por medio la contratación estatal, con independencia de la normativa de prevalente aplicación al contrato, los servidores públicos responsables deben observar los principios de la Función Administrativa que establecen los artículos 209 y 210 de la Constitución Política , por lo tanto, el funcionario público no está en libertad de conceder y definir libremente el contrato, aunque se aplique el derecho privado, pues debe desarrollar en su actuar, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone. Esta la razón por la cual el funcionario público tiene el deber de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la realización del contrato estatal, tanto antes de su celebración, en el momento de definir las necesidades y condiciones de la contratación y de elegir su contratista, así como en la ejecución y liquidación del contrato y éstos principios –se reitera- se deben aplicar y respetar aun cuando el contrato se rija por el derecho privado[[5]](#footnote-5)

De lo anterior se colige que en la actualidad los contratos celebrados por las ESE, en cumplimiento de su objeto social, están regidos, preferente, por las normas de derecho privado. No obstante, dicho régimen no es exclusivo y, por consiguiente, el margen de libertad de configuración de la actividad contractual no se rige de forma absoluta por el principio de la autonomía privada, en la medida en que también le resultan aplicables normas y principios del derecho público.

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

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública*.* Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y en cuanto a aspectos políticos establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[6]](#footnote-6).

Entonces, a efectos de abordar la definición y los propósitos de la ley de garantías electorales merece especial atención la sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional, mediante la cual esta corporación indicó lo siguiente:

«Una ley de garantías electorales es, en síntesis, 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. En suma, una ley de garantías debe hacer que quienes se presenten a las elecciones en calidad de candidatos, así como quienes acudan a ellas en calidad de electores, aprovechen en igualdad de condiciones los recursos ofrecidos por el Estado para la realización de la democracia, de manera que la voluntad popular se exprese sin obstrucciones de ningún tipo y la decisión del pueblo se vea reflejada en la persona elegida para ocupar el cargo de autoridad que se disputa»[[7]](#footnote-7).

Ese propósito se cumple en nuestro país por medio de la Ley 996 de 2005, denominada Ley de Garantías Electorales, con la cual se 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.

Así las cosas, las garantías buscadas a través de este marco normativo implican la existencia de restricciones, y conviene tener en cuenta que estas no pueden interpretarse extensivamente sino en forma restrictiva o estricta[[8]](#footnote-8). En ese sentido, es importante analizar las restricciones aplicables frente a las elecciones presidenciales y frente a los comicios a cargos de elección popular.

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[[9]](#footnote-9). 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.»[[10]](#footnote-10)

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[[11]](#footnote-11) y del Consejo de Estado[[12]](#footnote-12), 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.»[[13]](#footnote-13)

 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»[[14]](#footnote-14).

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»[[15]](#footnote-15). 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.»[[16]](#footnote-16)

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.

**2.3. Determinación 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 […][[17]](#footnote-17)

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.

**2.4. Restricciones del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en elecciones presidenciales**

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

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública[[18]](#footnote-18).

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado ´contratación directa´ es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso[[19]](#footnote-19). Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas. [...][[20]](#footnote-20) .

De conformidad con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos u otros previstos en normas especiales. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos[[21]](#footnote-21) y sistematizó las causales de contratación directa[[22]](#footnote-22).

De esta forma, con fundamento en la evolución de la normativa sobre la contratación pública, se ha depurado la noción de «contratación directa», precisando el Consejo de Estado –en el concepto citado– que, «aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado[[23]](#footnote-23), han establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes».

En efecto, vale la pena mencionar que, en algunos sistemas de contratación, utilizados por entidades públicas con regímenes especiales, o sujetas al derecho privado, la convocatoria o invitación para contratar puede limitarse a aquellas personas que previamente se hayan inscrito en una lista de precalificados o de simples interesados, o en un determinado registro o banco de datos de proveedores. En estos casos, lo determinante para considerar que dicho sistema no constituye «contratación directa», es que la convocatoria para inscribirse en forma previa se haga de manera pública, y que se permita la participación de una pluralidad de oferentes[[24]](#footnote-24).

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

 Así las cosas, ha de entenderse que, para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes[[25]](#footnote-25).

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

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

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

En esta labor es importante tener en cuenta, como lo anotó la Corte Constitucional, en Sentencia C-1153 de noviembre 11 de 2005, que «si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos, cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación»[[26]](#footnote-26). De ahí que la Corte hizo hincapié en que las excepciones a la restricción protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas, que tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre los candidatos como garantía electoral.

Como se puede apreciar, el inciso segundo del artículo 33 dispone de dos (2) grandes grupos de excepciones a la prohibición de contratar directamente en la época preelectoral. *Por un lado*, las que atienden el ejercicio de cierta función o la atención de determinada actividad particular y sin importar la calidad del ente que la cumpla o desarrolle. *Por otra parte*, las que aluden a las entidades sanitarias y hospitalarias acudiendo a un criterio eminentemente subjetivo, pese a que no limita la excepción a un tipo de entidad en particular, sino que ata su aplicación a la naturaleza del respectivo ente.

Así, para determinar si la contratación de una entidad pública está exceptuada de la prohibición general para la contratación directa, el intérprete deberá analizar el caso concreto para establecer que se trata de una actividad de las descritas en la norma o que se encuentra frente a una entidad de sanidad u hospitalaria. En este punto, dado que la norma no lo establece, no es posible limitar la excepción a cierto tipo de entidades públicas o hacer depender la aplicación de la excepción al nivel u orden administrativo en el que se encuentre. Como se explicó, lo relevante será verificar la naturaleza de la entidad para determinar si tiene carácter sanitario u hospitalario.

**2.5. Destinatarios de la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005**

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El Consejo de Estado, en Concepto con radicado 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, consideró que:

El artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica incluso a las entidades estatales con régimen especial de contratación y que están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como por ejemplo los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma[[27]](#footnote-27).

Por lo tanto, la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la ley de garantías electorales, cobija a cualquier ente público que pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos en las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular en las contiendas electorales, se puede presentar tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por el Derecho Privado.

En este punto, debe tenerse en cuenta que los departamentos estarían cobijados por la prohibición para contratar directamente establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías. Sin embargo, es necesario señalar que el inciso 2 del mismo artículo consagra excepciones a dicha prohibición sin hacer distingo entre entidades sino, como se explicó, atendiendo a la naturaleza de las funciones y actividades que ellas desarrollen. Así las cosas, no es relevante ni la nominación ni el régimen aplicable para la respectiva entidad, sino que basta con que la misma desarrolle cierto tipo de actividades cuya contratación, por su naturaleza especialmente sensible, no admiten postergación, entre ellas las realizadas por entidades sanitarias u hospitalarias.

 Al respecto, es importante reiterar que el segundo inciso del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales consagró las excepciones aplicables a la prohibición de contratación directa establecida en el mismo artículo. Como se indicó, las excepciones a la prohibición del artículo 33 de la norma mencionada son las siguientes:

 i) La contratación referente a la defensa y seguridad del Estado;

 ii) Los contratos de crédito público;

 iii) Los contratos requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres;

 iv) La contratación para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor y;

 v) La contratación que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 4 de febrero de 2010, se pronunció frente a las razones por las que el legislador consagró excepciones al artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales:

[…] Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios [...][[28]](#footnote-28).

A su vez, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la Ley de Garantías Electorales, consideró que las prohibiciones consagradas en los artículos 32 y 33 de la ley mencionada no pueden ir en detrimento de intereses públicos. Por lo anterior, la Alta Corte consideró que las excepciones para la prohibición de contratación se encontraban justificadas, declarando su exequibilidad. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional explicó que «las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral»[[29]](#footnote-29).

Por tanto, las excepciones a la prohibición contenida en el inciso segundo de artículo 33 de la ley de garantías electorales tienen por finalidad garantizar la prestación ininterrumpida de algunos servicios públicos, que dada su importancia en el orden interno, se verían irrazonablemente afectados por la restricción explicada. De igual forma, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 2 de septiembre de 2013, mencionó las excepciones a la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, resaltando el carácter taxativo de la regla de excepción referida, y señalando la independencia de los supuestos establecidos allí, así:

 […]

*Las excepciones aplicables a la restricción de contratación pública*

Ahora bien, las únicas excepciones a las disposiciones previstas en la Ley de Garantías se encuentran numeradas taxativamente en el último inciso del artículo 33 de la ley 996 de 2005, dentro de las que se encuentran:

[…]

5. Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias […][[30]](#footnote-30).

Lo anterior implica que las excepciones al artículo 33 en comento deben interpretarse y aplicarse manera restrictiva. En otras palabras, que no sería factible hacer interpretaciones extensivaspara incluir otros supuestos de hecho similares a las circunstancias previstas en dicho artículo, pues el carácter taxativo implica que solo en los eventos consagrados expresamente en la norma permiten que ciertas entidades estatales se vean exceptuadas de la prohibición.

Para efectos de la consulta es relevante el quinto eventoexceptuado de la prohibición, relacionado con la contratación por parte de las *entidades sanitarias y hospitalarias*. La aplicación de esta excepción a la restricción impuesta como regla general por el primer inciso del artículo 33, permite que las entidades sanitarias y hospitalarias, ante la importancia de los servicios que prestan para el grueso de la ciudadanía, puedan seguir realizando las compras y adquisiciones que requieren para prestarlos, incluso de manera directa, durante los periodos prelectorales, con lo que se busca garantizar que el interés público no se vea afectado por el rigor de la regla general.

El alcance de esta excepción está determinado por la prestación de servicios sanitarios y hospitalarios, por lo que son las entidades públicas directamente encargadas de prestar estos servicios quienes estarían cobijadas por la excepción. Al respecto conviene diferenciar los conceptos de entidad sanitaria y autoridad sanitara, ya que, en efecto, el artículo 2.8.8.1.1.3 del Decreto 780 de 2016, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social», define las *entidades sanitarias* como «Entidades del Estado que prestan servicios sanitarios o de sanidad con el propósito de preservar la salud humana y la salud pública», mientras que a las *autoridades sanitarias* como «Entidades jurídicas de carácter público con atribuciones para ejercer funciones de rectoría, regulación, inspección, vigilancia y control de los sectores público y privado en salud y adoptar medidas de prevención y seguimiento que garanticen la protección de la salud pública»[[31]](#footnote-31).

Vistas las anteriores definiciones, es necesario tener en cuenta que la excepción del artículo 33 de la Ley de Garantías solo aplica a las *entidades sanitarias*, no a las *autoridades sanitarias*. Esto por cuanto, para efectos de la excepción del artículo 33 es indiferente que la entidad estatal tenga funciones de *autoridad sanitaria*, pues lo relevante para determinar si la contratación está exceptuada de la prohibición general no es el carácter de autoridad sanitaria, sino que se trate de una *entidad sanitaria*.

 De acuerdo con esto, esta Agencia ha explicado que entidades como las Empresas Sociales del Estado se encuentran cobijadas por la excepción en comento, en la medida en que por expresa disposición de la ley son entidades encargadas de la prestación de servicios de salud[[32]](#footnote-32), lo que las ubica dentro de la referida noción de entidad sanitaria. Por el contrario, respecto de entidades territoriales como los departamentos se ha reconocido que, a pesar de jugar importante en la materia a través de sus secretarías de salud, no prestan un servicio directo, sino que coordinan las políticas de esta naturaleza desde un punto de vista administrativo para efectos del control y vigilancia, por lo que no se encuentran cobijados por la excepción[[33]](#footnote-33).

 Por último, es importante advertir que, corresponde a cada entidad estatal realizar el correspondiente análisis para determinar si aplica o no una determinada excepción de acuerdo con la situación fáctica y jurídica particular del caso concreto, para lo cual las consideraciones expuestas en el presente concepto constituyen un instrumento orientador. Si es procedente la excepción, podrá la entidad realizar la contratación directa justificando las razones que avalan su procedencia. Por el contrario, si el estudio determina que no aplica excepción alguna estará vedada la celebración de contratos de manera directa, sin perjuicio de la posibilidad aplicar modalidades competitivas, las cuales no se encuentran restringidas por el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, que, según lo explicado, solo restringe procesos de selección sin pluralidad de oferentes.

**3. Respuesta**

«1. ¿Las EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – ESE- pueden adelantar contratación directa durante el periodo de la Ley de Garantías, conforme la excepción dispuesta en la norma?»

El inciso segundo del artículo 33 dispone de dos (2) grandes grupos de excepciones a la prohibición de contratar directamente en la época preelectoral. *Por un lado*, las que atienden el ejercicio de cierta función o la atención de determinada actividad particular y sin importar la calidad del ente que la cumpla o desarrolle. *Por otra parte*, las que aluden a las entidades sanitarias y hospitalarias acudiendo a un criterio eminentemente subjetivo, pese a que no limita la excepción a un tipo de entidad en particular, sino que ata su aplicación a la naturaleza del respectivo ente. Así, para determinar si la contratación de una entidad pública está exceptuada de la prohibición general para la contratación directa, el intérprete deberá analizar el caso concreto para establecer que se trata de una actividad de las descritas en la norma o que se encuentra frente a una entidad de sanidad u hospitalaria.

 En relación con las actividades descritas en el inciso segundo del artículo 33, no resulta relevante ni la nominación ni el régimen aplicable para la respectiva entidad, sino que basta con que la misma desarrolle cierto tipo de actividades cuya contratación, por su naturaleza especialmente sensible, no admiten postergación. Por ello, los departamentos podrán contratar directamente bajo esta excepción en la medida en que las actividades a ejecutar se traten de: i) defensa y seguridad del Estado; ii) contratos de crédito público; iii) cubrir emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) 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.

 Sobre el particular debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 2.8.8.1.1.3 del Decreto 780 de 2016, las *entidades sanitarias* se definen como «Entidades del Estado que prestan servicios sanitarios o de sanidad con el propósito de preservar la salud humana y la salud pública» y las *autoridades sanitarias* son «Entidades jurídicas de carácter público con atribuciones para ejercer funciones de rectoría, regulación, inspección, vigilancia y control de los sectores público y privado en salud y adoptar medidas de prevención y seguimiento que garanticen la protección de la salud pública». Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la excepción del artículo 33 de la Ley de Garantías solo aplica a las *entidades sanitarias*, no a las *autoridades sanitarias*.

Es necesario tener en cuenta que la excepción del artículo 33 de la Ley de Garantías solo aplica a las *entidades sanitarias*, no a las *autoridades sanitarias*. Por lo tanto, para efectos de la excepción del artículo 33 es indiferente que la entidad estatal tenga funciones de *autoridad sanitaria*, pues lo relevante para determinar si la contratación está exceptuada de la prohibición general no es el carácter de autoridad sanitaria, sino que se trate de una *entidad sanitaria*. De acuerdo con esto, en atención a la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado establecida por la Ley 100 de 1993, que las concibe como entidades encargadas de prestar servicios de salud a nombre del Estado, resulta claro que estas entidades se encuentran cobijadas por la excepción relativa a las entidades sanitarias y hospitalarias establecida en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

En todo caso, corresponde a cada entidad estatal realizar el correspondiente análisis para determinar si aplica o no una determinada excepción de acuerdo con la situación fáctica y jurídica particular del caso concreto, para lo cual las consideraciones expuestas en el presente concepto constituyen un instrumento orientador. De encontrarse procedente la excepción, bien podrá la entidad realizar la contratación directa, dejando constancia de las razones que justifican su viabilidad a pesar de la restricción. Por el contrario, si el estudio determina que no aplica excepción alguna, deberá abstenerse la respectiva entidad de celebrar contratos de manera directa, pero bien podrá acudir a los procesos competitivos que resulten procedentes, los cuales no se encuentran restringidos por el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

«2. ¿Las EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – ESE- pueden contratar personal durante el periodo de la Ley de Garantías, en desarrollo de contratos interadministrativos celebrados oportunamente – antes del 28 de enero de 2022- con entidades del orden Municipal o Departamental como Planes de Intervenciones Colectivas en el orden Municipal y Departamental?»

Conforme a lo expuesto al inicio de las consideraciones, la función consultiva atribuida a esta Agencia por los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, del Decreto 4170 de 2011, se limita a responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales, máxime si ello implica pronunciarse sobre asuntos ajenos a la contratación estatal, como lo son los laborales. En tal sentido, no es competencia de esta Agencia determinar la forma en que las entidades adelantarán sus contrataciones, así como tampoco solucionar problemas jurídicos particulares relacionadas con la gestión del personal de las entidades estatales. Estas funciones son competencia exclusiva de las entidades respectivas que fueron dotadas de autonomía administrativa y son las responsables de realizar la gestión de su personal. Por consiguiente, corresponde a cada entidad, en el marco de sus competencias, determinar la forma en la cual deberán dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales y legales que le asisten.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo Villamil Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe GonzálezSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE (E) |

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 *ibídem* 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 ibídem 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. «Artículo 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo». [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 18 de febrero de 2010. Rad: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004). CP: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-3)
4. En sentencia C-655 de 2000, la Corte Constitucional se pronunció, así: «En los términos del artículo 49 de la Constitución Política, la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado; al cual corresponde organizarlos, dirigirlos y reglamentarlos conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Igualmente es deber del Estado establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Debe también el Estado señalar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley». [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de febrero de 2013, C.P: Mauricio Fajardo Gómez de Estado. Secc. 3ª, sentencia de 8 de abril de 2014, rad. No. 2000-01561-01(25.590). [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 11 de noviembre de 2006, expediente: PE-024 [↑](#footnote-ref-7)
8. Así lo indicó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto 2166 del 24 de julio de 2013 al analizar la referida ley, precisando lo siguiente:

«La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, 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. » [↑](#footnote-ref-8)
9. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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-11)
12. 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-12)
13. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namen Vargas. [↑](#footnote-ref-13)
14. «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-14)
15. «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-15)
16. 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-16)
17. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de febrero de 2010. Radicación 2010-00006-00(1985)A. [↑](#footnote-ref-17)
18. «[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-». [↑](#footnote-ref-18)
19. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-20)
21. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-21)
22. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-22)
23. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de mayo de 2018. Radicación Número: 11001-03-06-000-2018-00095-00(2382). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-24)
25. 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-25)
26. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153-05 de 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, efectuó el Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara que dio lugar a la Ley de Garantías Electorales. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Conceptuó que para las entidades que contratan por el derecho privado, estaba prohibida la contratación diferente de la licitación pública regulada por el código de comercio, criterio que luego se extendió para aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas con regímenes especiales y establecidos en sus manuales de contratación, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de febrero 2010. Rad. 11001-03-06-000-2010-00006-00 (1985). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-28)
29. Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 02 de septiembre de 2013. Rad. 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-30)
31. El artículo 2.8.8.1.4.2 del Decreto 780 de 2016 dispone que «Para efectos de la aplicación del presente Capítulo, entiéndase por Autoridades Sanitarias del Sivigila, el Ministerio de Salud y Protección Social; el Instituto Nacional de Salud (INS); el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), las Direcciones Territoriales de Salud, *y todas aquellas entidades que de acuerdo con la ley ejerzan funciones de vigilancia y control sanitario*, las cuales deben adoptar medidas sanitarias que garanticen la protección de la salud pública y el cumplimiento de lo dispuesto en esta norma, así como adelantar los procedimientos y aplicar las sanciones a que hubiere lugar» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-31)
32. Ley 100 de 1993: «Artículo 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo». [↑](#footnote-ref-32)
33. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-014 del 18 de febrero de 2022. Radicado de entrada No. P20220106000098. Radicado de salida No. RS20220218001642 [↑](#footnote-ref-33)