**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Naturaleza Jurídica**

[…] 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, la citada ley 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 – Prohibiciones**

De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Así, con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se 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» 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»

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

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

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Excepciones**

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

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

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

 **CUERPOS DE BOMBEROS VOLUNTARIOS ‒ Ley de garantías – Prohibición del artículo 33**

[…] los municipios y distritos, durante el periodo de aplicación de la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 podrán celebrar contratos y convenios con Cuerpos de Bomberos Voluntarios siempre que se realice un procedimiento competitivo, que permita la participación de pluralidad de oferentes. Por el contrario, no le será posible a un ente territorial celebrar contratos a través de una contratación directa, entendiendo esta como aquel sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique.  Ahora bien, las entidades públicas, de acuerdo con el inciso final del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 –Ley de Garantías Electorales–, y previo análisis de la naturaleza de las actividades que adelantan, podrán realizar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, cuando el contrato a celebrar se enmarquen dentro de algunas de las excepciones consagradas en dicha disposición, esto es: 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.

****

**CCE-DES-FM-17**

Bogotá D.C.,

Señor

**Orlando Murillo López**

orlandomurillo83@hotmail.com

 **Concepto C –380 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Naturaleza Jurídica / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibiciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Excepciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición del artículo 33 ‒ Destinatarios / CUERPOS DE BOMBEROS VOLUNTARIOS ‒ Ley de garantías – Prohibición del artículo 33  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220502004289  |

Estimado señor Murillo,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta realizada el 3 de mayo de 2022.

**1. Problema planteado**

En su consulta, usted plantea la siguiente pregunta:

«¿Pueden las alcaldías Celebrar convenios y/o contratos directos con los Cuerpos de Bomberos Voluntarios (Instituciones privadas) para prestar el servicio de la Gestión integral de riesgo contra incendio (Ley 1575 del 2012 Art 02 y Art 22) según lo exceptuado en el articulo 33 de la Ley 996 del 2005?»

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

 En atención a lo anterior, la Subdirección responderá su consulta dentro de los límites de su competencia, previo análisis de los siguientes temas: i) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales; ii) las restricciones en elecciones presidenciales, donde se desarrollará la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005; y iii) la aplicación de la Ley de Garantías a los contratos celebrados con cuerpos de bomberos voluntarios.

 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-429 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, C-523 del 10 de octubre de 2021, C-614 del 2 de noviembre de 2021 y C-543 del 11 de noviembre de 2021, C-633 del 11 de noviembre de 2021, 681 del 7 de diciembre de 2021, C-686 del 21 de diciembre de 2021, C-697 del 3 de enero de 2022, C-009 del 15 de febrero de 2022, C-005 del 16 de febrero de 2022, C-014 del 18 de febrero de 2022, C- 022 del 21 de febrero de 2022, C-045 del 3 de marzo de 2022, C-064 del 8 de marzo de 2022, C-072 del 11 de marzo de 2022, C- 097 del 18 de febrero de 2022, C-116 del 18 de febrero de 2022 y C-077 del 17 de marzo de 2022, entre otros. Teniendo en cuenta los conceptos anteriores y analizando la pregunta en cuestión se realizan las siguientes consideraciones:

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

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública*.* Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y en cuanto a aspectos políticos establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[2]](#footnote-2).

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

[…] 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, incluyendo restricciones en el actuar de los servidores públicos, las cuales buscan evitar interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Por ello, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al analizar la referida ley, precisó lo siguiente:

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

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

 De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Así, con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se 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 periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38[[10]](#footnote-10).

De lo anterior se desprende 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 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.

**2.2. Restricciones en elecciones presidenciales: prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005**

El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión «queda prohibida la contratación directa». A propósito de esta restricción de la Ley de Garantías Electorales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado 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[[11]](#footnote-11).

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[[12]](#footnote-12). 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. [...][[13]](#footnote-13) .

De acuerdo con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la mínima cuantía u otros previstos en normas especiales, que contemplen en alguna de sus etapas la posible participación de pluralidad de oferentes. 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 y sistematizó las causales de contratación directa, además lo es con la posterior creación de la modalidad de mínima cuantía establecida actualmente en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con las modificaciones realizadas por leyes posteriores[[14]](#footnote-14).

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

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[[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 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»[[18]](#footnote-18). De ahí que la Corte haya hecho particular énfasis 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.

En relación con los destinatarios de la restricción analizada, 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. Sobre el particular, 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»[[19]](#footnote-19).

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.

**2.3.** **Restricciones de la Ley de Garantías Electorales en relación con la contratación de cuerpos de bomberos voluntarios**

El artículo 1 la Ley 1575 de 2012, denominada «Ley General de Bomberos de Colombia», define el servicio bomberil como un servicio público esencial y señala que este será prestado mediante instituciones Bomberiles[[20]](#footnote-20). Mediante la citada ley se les impone a los distritos, con asiento en su respectiva jurisdicción, y a los municipios la obligación de prestar este servicio público esencial a través de sus cuerpos de bomberos oficiales o mediante la celebración de contratos y/o convenios con los cuerpos de bomberos voluntarios[[21]](#footnote-21).

En consonancia con lo anterior, el artículo 18 *ibídem* clasifica a los cuerpos de bomberos en: bomberos oficiales, bomberos voluntarios y bomberos aeronáuticos, definiendo a los cuerpos voluntarios como aquellos «organizados como asociaciones sin ánimo de lucro, de utilidad común y con personería jurídica expedida por las secretarías de gobierno departamentales, organizadas para la prestación del servicio público para la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos, en los términos del artículo segundo de la presente ley y con certificado de cumplimiento expedido por la dirección Nacional de Bomberos».

De conformidad con las normas citadas, la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates y la atención de incidentes con materiales peligrosos se constituyen como un servicio público esencial a cargo del Estado, cuya prestación le fue asignada a los municipios y distritos, por lo tanto, es su deber asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Con el fin de prestar de forma eficiente el servicio público bomberil, los municipios y distritos pueden constituir su propio cuerpo de bomberos oficiales o pueden optar por celebrar contratos o convenios con cuerpos de bomberos voluntarios. Sobre la prestación del servicio objeto de la consulta, esta Agencia se pronunció mediante el concepto con radicado número 2201913000008606, del 19 de noviembre de 2019, indicando lo siguiente:

Ahora bien, recopilando los fundamentos normativos del concepto, la Ley 1575 de 2012, artículo 3, inciso 4, establece que los municipios pueden cumplir la obligación de prestar el servicio esencial de gestión del riesgo contra incendios mediante: i) la constitución de cuerpos de bomberos oficiales o ii) la celebración de contratos y/o convenios con los cuerpos de bomberos voluntarios.

[…]

El texto de la norma no obliga a contratar con los bomberos voluntario, sino que faculta al municipio a hacerlo cuando no cuente con un cuerpo de bomberos oficiales, es más, la norma dispone que los municipios de menos de veinte mil habitantes cuentan con apoyo técnico del departamento, quien podrá asesorarlos con el fin de escoger la opción que mejor convenga entre constituir un cuerpo de bomberos oficial o contratar con uno voluntario*.*

Los elementos del contrato o convenio dados por la ley 1575 de 2012 son: i) el objeto contractual: la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos, actividades que están a cargo de instituciones bomberiles; y ii) las partes: un municipio, a cuyo cargo esta la prestación del servicio público esencial de atención integral del riesgo de incendio, y un cuerpo de bomberos voluntarios reconocido, que sea capaz de prestar el servicio y cumpla con la regulación propia de su actividad[[22]](#footnote-22).

Respecto al proceso de selección para la celebración de un contrato con el cuerpo de bomberos voluntarios, como se señaló en el concepto 4201913000006918 –radicado de salida 2201913000008606– del 19 de noviembre de 2019, el artículo 9 de la Ley 322 de 1996 disponía que los distritos, municipios y territorios indígenas debían contratar directamente con los Cuerpos de Bomberos Voluntarios, cuando no contaran con un cuerpo oficial[[23]](#footnote-23). No obstante, dicha norma fue derogada con la expedición de la Ley 1575 de 2012, la cual no establece una modalidad de selección específica para la elección del contratista, de lo cual se concluye que quedó derogada la posibilidad de que los municipios contrataran directamente el servicio bomberil con fundamento en aquella causal. En efecto, consultada la exposición de motivos de la Ley 1575 de 2012 no se encuentra una justificación para dicha modificación, ni tampoco se encuentran los motivos que condujeron a que el legislador no determinara cuál es la modalidad de selección para la contratación con cuerpos de bomberos voluntarios. Así las cosas, dado que no existe una modalidad de selección y que el contrato es celebrado por una entidad estatal, es necesario acudir al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[24]](#footnote-24), que dispone que la escogencia del contratista se efectúa con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía o contratación directa, con base en las reglas y causales que el mismo artículo establece.

Teniendo en cuenta el análisis precedente, de cara a la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, los municipios y distritos, durante el periodo de aplicación de la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 podrán celebrar contratos y convenios con Cuerpos de Bomberos Voluntarios siempre que se realice un procedimiento competitivo, que permita la participación de pluralidad de oferentes. Por el contrario, no le será posible a un ente territorial celebrar contratos a través de una contratación directa, entendiendo esta como aquel sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique.

Ahora bien, las entidades públicas, de acuerdo con el inciso final del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 –Ley de Garantías Electorales–, y previo análisis de la naturaleza de las actividades que adelantan, podrán realizar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, cuando el contrato a celebrar se enmarquen dentro de algunas de las excepciones consagradas en dicha disposición, esto es: 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.

**3. Respuesta**

«¿Pueden las alcaldías Celebrar convenios y/o contratos directos con los Cuerpos de Bomberos Voluntarios (Instituciones privadas) para prestar el servicio de la Gestión integral de riesgo contra incendio (Ley 1575 del 2012 Art 02 y Art 22) según lo exceptuado en el articulo 33 de la Ley 996 del 2005?»

Con base en las anteriores consideraciones, esta Agencia concluye que ha de entenderse que, para efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, que la «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes. De lo anterior se desprende que la prohibición aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato que se celebre de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo.

Así las cosas, los distritos y municipios, quienes tienen a cargo la prestación del servicio público bomberil, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta podrán celebrar contratos y convenios con Cuerpos de Bomberos Voluntarios siempre que la escogencia del contratista se realice mediante un procedimiento abierto y competitivo, que permita la participación de una pluralidad de oferentes.

Por el contrario, no le será posible a estos entes territoriales celebrar contratos de forma directa, esto es a través de cualquier sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique. Lo último, salvo que el contrato específico a celebrar se enmarque en alguna de las excepciones establecidas en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, bajo los cuales se excepciona la prohibición de la contratación directa, esto es, 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 concreto si el contrato a celebrar se enmarca en alguna de las mencionadas excepciones.

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

Atentamente,



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

1. 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». Esta 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. [↑](#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. «[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-11)
12. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-12)
13. 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-13)
14. «ARTÍCULO 2. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[…]

5. Contratación mínima cuantía. [Numeral modificado por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020]». [↑](#footnote-ref-14)
15. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-15)
16. 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-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. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153-05 de 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, efectuó el Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara que dio lugar a la Ley de Garantías Electorales. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00026-00 (1727). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Conceptuó que para las entidades que contratan por el derecho privado, estaba prohibida la contratación diferente de la licitación pública regulada por el código de comercio, criterio que luego se extendió para aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas con regímenes especiales y establecidos en sus manuales de contratación, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes. [↑](#footnote-ref-19)
20. Artículo 1. Ley 1575 de 20212. La gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos, constituyen un servicio público esencial a cargo del Estado. Este servicio se presta a través de instituciones Bomberiles, según lo regulado por la Ley 1575 de 2012 “Ley General de Bomberos de Colombia. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ley 1575 de 20212. «Artículo 3. COMPETENCIAS DEL NIVEL NACIONAL Y TERRITORIAL. El servicio público esencial se prestará con fundamento en los principios de subsidiariedad, coordinación y concurrencia, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 288 de la Constitución.

[…]

»Es obligación de los distritos, con asiento en su respectiva jurisdicción y de los municipios la prestación del servicio público esencial a través de los cuerpos de bomberos oficiales o mediante la celebración de contratos y/o convenios con los cuerpos de bomberos voluntarios».  [↑](#footnote-ref-21)
22. Colombia Compra Eficiente. Concepto 2201913000008606, del 19 de noviembre de 2019. [↑](#footnote-ref-22)
23. «Artículo 9. Los distritos, municipios y territorios indígenas que no cuenten con sus propios Cuerpos de Bomberos Oficiales, o cuando la cobertura de éstos no sea la adecuada, de acuerdo con los parámetros que fije la Junta Nacional de Bomberos de Colombia, deberán contratar directamente con los Cuerpos de Bomberos Voluntarios, que se organicen conforme a la presente Ley, la prestación total o parcial según sea el caso del servicio público a su cargo». [↑](#footnote-ref-23)
24. «Artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: […]». [↑](#footnote-ref-24)