**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Definición – Finalidad**

[…] 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 – 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 alteren 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 y la selección abreviada, razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Prorrogas, modificaciones y adiciones**

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 Electorales, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

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

De otro lado, 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. El mismo inciso señala que 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.

[…] 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. 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 actividad para determinar si se enmarca o no en alguna de las excepciones dispuestas.

**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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Policía Nacional de Colombia**

Teniendo en cuenta el objeto de su consulta, resulta relevante señalar que, de acuerdo con el artículo 218 de la Constitución Política de Colombia, la Policía Nacional de Colombia «es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz». Asimismo, los artículos 2 y 3 del Decreto 1512 de 2000 consagran la subordinación de la fuerza pública, a la cual pertenece la Policía Nacional, al Ministerio de Defensa Nacional. De acuerdo con esto, la Policía Nacional de Colombia tiene un rol definido en la estructura del Estado, por lo que, dada su calidad de entes del Estado, durante el periodo de aplicación de la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, podrá celebrar contratos siempre que se realice un procedimiento competitivo, que permita la participación de pluralidad de oferentes. Por el contrario, no le será posible 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 pluralidad de oferentes.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición comicios cargos de elección popular – Convenios y contratos interadministrativos – Definición – Criterio orgánico**

Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas.

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

**CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección**

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

**DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD – Artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 – Carencia de objeto**

Al declararse inexequible el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 por parte de la Corte Constitucional, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente carece de competencia para pronunciarse respecto de su última pregunta, como quiera habiendo sido retirado del ordenamiento jurídico el precepto sobre el que versa la petición, se presenta la carencia actual de objeto de la consulta por *sustracción de materia.*

**CCE-DES-FM-17**

****



Señor

**Jorge Mayid Gene Beltrán**

**Secretario de Despacho**

**Secretaría de Tránsito y Transporte**

Cúcuta, Santander

 **Concepto C–350 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Definición – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibiciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Prorrogas, modificaciones y adiciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Excepciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición del artículo 33 ‒ Destinatarios / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Policía Nacional de Colombia / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición comicios cargos de elección popular – Convenios y contratos interadministrativos – Definición – Criterio orgánico / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección / DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD – Artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 – Carencia de objeto |
| **Radicación**:  | Respuesta a consulta P20220426004058 |

Estimado señor Gene Beltrán:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta radicada el 26 de abril de 2022.

1. **Problema planteado**

Respecto de la Ley de Garantías Electorales, usted plantea las siguientes preguntas:

«1. ¿El régimen aplicable a la ley de Garantías rige para entidades estatales de orden Nacional como lo es la Policía Nacional?

2. De conformidad con el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, en lo referente a: i) la defensa y seguridad del Estado; podría el Municipio y la Policía Nacional suscribir el Convenio Interadministrativo bajo la modalidad de contratación Directa invocando la causal exceptuada, teniendo en consideración que el control operativo de tránsito en el municipio hace parte del servicio público estatal esencial que se debe garantizar para la protección y defensa y seguridad del Estado.

3. ¿A qué entidades aplica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de Convenios Interadministrativos?

4. ¿Conforme a la ley de presupuesto (Ley 2159 de 2021) en su artículo 124, es posible celebrar convenios interadministrativos con la Policía Nacional estando en vigencia la ley de garantías?».

1. **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). 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 concretos desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a la Agencia Nacional de Contratación Pública - 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Bajo estas consideraciones, corresponde a cada entidad pública, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos, determinar si es procedente o no la celebración de un determinado contrato en específico. Al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

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) Restricciones en elecciones presidenciales: prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005; iii) excepciones a la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005; iv) destinatarios de la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005; v) restricciones para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios para cargos de elección popular: vi) carencia actual de objeto, por sustracción de materia, en virtud de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha impartido lineamientos sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 y también se ha pronunciado al respecto, entre otros, en los Conceptos 4201912000004632 del 6 de agosto de 2019, 2201913000005655 del 8 de agosto de 2019, 2201913000006283 del 27 de agosto de 2019, 2201913000006521 del 3 de septiembre de 2019, 2201913000006634 del 6 de septiembre de 2019, 2201913000006639 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000007430 del 7 de octubre de 2019, 2201913000007565 del 10 de octubre de 2019, 2201913000008259 del 6 de noviembre de 2019, C-074 del 17 de marzo de 2021, C-075 del 16 de marzo de 2021, C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021, C-259 del 2 de junio de 2021, C-296 del 22 de junio de 2021, C-337 del 13 de julio de 2021, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021, C-374 del 16 de septiembre de 2021, C-381 del 2 de agosto de 2021, C-391 del 11 de agosto de 2021, C-396 del 13 de agosto de 2021, C-401 del 10 de agosto de 2021, C-413 del 17 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre de 2021, C-481 del 98 de septiembre de 2021, C-495 del 15 de septiembre de 2021, C-497 del 15 de septiembre de 2021, C-499 del 15 de septiembre de 2021, C-523 del 10 de octubre de 2021, C-528 del 27 de septiembre de 2021, C-543 del 9 de noviembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021, C-557 del 7 de octubre de 2021, C-563 del 8 de octubre de 2021, C-606 del 3 de noviembre de 2021, C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-633 del 11 de noviembre de 2021, C-634 del 11 de noviembre de 2021, C-636 del 16 de noviembre de 2021, C-677 del 4 de diciembre de 2021, C-693 del 9 de diciembre de 2021, C-695 del 22 de diciembre de 2021, C-726 del 24 de enero de 2022, C-736 del 31 de enero de 2022, C-116 del 18 de febrero de 2022, C-115 del 22 de marzo de 2022, C-145 del 28 de marzo de 2022, C-147 del 4 de abril de 2022, C-151 del 5 de abril de 2022 y C-157 del 11 de abril de 2022, entre otros[[2]](#footnote-2). La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera y complementa a continuación.

**2.1. Definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales**

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública*.* Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y, en cuanto a aspectos políticos, establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[3]](#footnote-3).

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[[4]](#footnote-4). 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.[[5]](#footnote-5) [[6]](#footnote-6)

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, 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[[7]](#footnote-7) y del Consejo de Estado[[8]](#footnote-8), 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[[9]](#footnote-9).

 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 alteren 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»[[10]](#footnote-10).

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»[[11]](#footnote-11).

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

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 (6) 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[[13]](#footnote-13).

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[[14]](#footnote-14). 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. [...][[15]](#footnote-15) .

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[[16]](#footnote-16) y sistematizó las causales de contratación directa[[17]](#footnote-17).

De esta forma, 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[[18]](#footnote-18), 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[[19]](#footnote-19).

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 Electorales, 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[[20]](#footnote-20).

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 Electorales, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

Para estos efectos, lo importante es que el contrato se haya perfeccionado antes del inicio de la prohibición. Al respecto, el numeral 5.6 de la Circular Externa Única expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente explica que «La realización del registro presupuestal y la aprobación de la garantía se pueden realizar con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Garantías por ser requisitos de ejecución del contrato, pero no requeridos para su perfeccionamiento». Por ello, también es posible que el contrato se ejecute durante la vigencia de la prohibición, siempre que el negocio jurídico se haya suscrito antes de que comience la restricción.

**2.3. Excepciones a la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005**

De otro lado, 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. El mismo inciso señala que 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»[[21]](#footnote-21). 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.

Así mismo, 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 [...]»[[22]](#footnote-22).

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.

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.

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, dentro de la que se encuentra lo relativo a la defensa y seguridad del Estado. 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. 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 actividad para determinar si se enmarca o no en alguna de las excepciones dispuestas.

Una de estas excepciones es la relacionada con los contratos que se celebren para la defensa y seguridad del Estado, expresión que debe entenderse en su sentido literal y obvio, esto es ligado a la noción de orden público social, tanto externo como interno[[23]](#footnote-23). En consecuencia, durante el periodo en que opera la restricción establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, se podrá celebrar contratación directa siempre que el objeto esté relacionado con la defensa y seguridad del Estado. No se puede perder de vista que cada entidad deberá analizar si se enmarca dentro de la actividad de defensa y seguridad del Estado, para definir la viabilidad de celebrar el contrato estatal.

**2.4. 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[[24]](#footnote-24).

En Concepto con radicado 1738 de 6 de abril de 2006, esa misma Corporación manifestó que «Las restricciones de la Ley de Garantías en materia de contratación directa y celebración de convenios interadministrativos, se aplican a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, salvo cuando la celebración de un convenio interadministrativo sea ordenada, para ambas partes, por el Legislador»[[25]](#footnote-25). Sin embargo, debe precisarse el siguiente aspecto que distinguió la Sala de Consulta y Servicio Civil:

En el concepto No. 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, ésta Sala distinguió dos clases de contratos en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios: unos, en los que la posición de la empresa es la de consumidora de las prestaciones objeto del contrato, que utiliza para la prestación de los servicios a su cargo, y los otros, en los que la empresa entrega esos servicios a los usuarios, conforme a unas reglas uniformes para todos ellos y sin que haya privilegios o tratos desiguales. En los primeros contratos, es claro que la empresa debe adquirir esos bienes previa licitación pública, según se expuso anteriormente, pero en el segundo caso, las empresas no pueden dejar de entregar los servicios públicos a su cargo a nuevas personas, ni dejar de renovar los contratos existentes, pues significaría la parálisis de una actividad propia de la administración, que incluso podría desconocer los derechos fundamentales[[26]](#footnote-26).

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.

Teniendo en cuenta el objeto de su consulta, resulta relevante señalar que, de acuerdo con el artículo 218 de la Constitución Política de Colombia, la Policía Nacional de Colombia «es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz». Asimismo, los artículos 2[[27]](#footnote-27) y 3[[28]](#footnote-28) del Decreto 1512 de 2000 consagran la subordinación de la fuerza pública, a la cual pertenece la Policía Nacional, al Ministerio de Defensa Nacional. De acuerdo con esto, la Policía Nacional de Colombia tiene un rol definido en la estructura del Estado, por lo que, dada su calidad de entes del Estado, durante el periodo de aplicación de la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, podrá celebrar contratos siempre que se realice un procedimiento competitivo, que permita la participación de pluralidad de oferentes. Por el contrario, no le será posible 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 pluralidad de oferentes.

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 enmarque 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.

En todo caso, se aclara que, la planeación, los estudios técnicos, jurídicos y económicos, que debe preceder la celebración de cada contrato, y que determinan su viabilidad desde tales perspectivas, son asuntos que competen a las entidades estatales que adelantan lo procesos de contratación respectivos, con el apoyo de sus funcionarios y órganos asesores.

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

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 dispone que «[l]os Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos». Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas[[29]](#footnote-29).

Ahora bien, para determinar el alcance de la prohibición consagrada por la Ley de Garantías Electorales, conviene precisar la tipología de convenios o contratos interadministrativos. Aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[30]](#footnote-30). De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

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

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes[[31]](#footnote-31). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

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

[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[32]](#footnote-32).

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

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

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

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

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos […]», esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que «Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]»[[33]](#footnote-33).

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

La Sala de Consulta y Servicio Civil[[34]](#footnote-34) de esta Corporación se ha referido a los *“convenios interadministrativos”* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *“puros”* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *“intercambio patrimonial”*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[[35]](#footnote-35) había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *“verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)”*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *“convenios interadministrativos”* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales[[36]](#footnote-36)[[37]](#footnote-37).

 Sin perjuicio de lo indicado, vale la pena reiterar que el legislador y el ordenamiento jurídico, en general, en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[38]](#footnote-38). Incluso vale la pena tener en cuenta como la Corte Constitucional fundamenta la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos de forma directa, con fundamento en la causal establecida en la Ley 1150 de 2007 respecto a los contratos interadministrativos[[39]](#footnote-39).

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

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

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

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

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

Se observa entonces que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. En este sentido, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción alguna frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto[[40]](#footnote-40).

En todo caso, es importante resaltar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que no se les aplica la restricción de la Ley de Garantías a los convenios o contratos interadministrativos que deben celebrarse en virtud de un fallo judicial. Esto en la medida que la obligatoriedad y la fuerza vinculante de las sentencias ejecutoriadas proferidas por los funcionarios investidos del poder judicial emanan de la autonomía conferida a estos por la Constitución y del derecho que tienen los ciudadanos al acceso y oportuna administración de justicia[[41]](#footnote-41).

**2.6. Carencia actual de objeto, por sustracción de materia, en virtud de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021**

Mediante comunicado No. 14 del 5 de mayo de 2022[[42]](#footnote-42) la Corte Constitucional dio a conocer la decisión tomada por su Sala Plena en la Sentencia C-153 de 2022, en el sentido de declarar la inexequibilidad del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 «[p]or la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2022», con efectos retroactivos, a partir de su expedición. Sin perjuicio de la posterior publicación del cuerpo de la providencia, el referido comunicado desarrolla algunas ordenes en relación con los convenios interadministrativos y contratos estatales que se hayan tramitado, celebrado y/o ejecutado con sustento en dicha norma, las cuales comienzan a surtir efectos desde la publicación del comunicado, según ordenó el Alto Tribunal.

 Al declararse inexequible el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 por parte de la Corte Constitucional, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente carece de competencia para pronunciarse respecto de su última pregunta, como quiera habiendo sido retirado del ordenamiento jurídico el precepto sobre el que versa la petición, se presenta la carencia actual de objeto de la consulta por *sustracción de materia*[[43]](#footnote-43). En efecto, tal como se señala en el referido comunicado, el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 establece que «Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario». En otras palabras, cuando una norma es declarada inconstitucional queda expulsada del ordenamiento jurídico hacia el futuro, a menos que la Corte Constitucional module temporalmente los efectos de su fallo[[44]](#footnote-44). En ese sentido, a pesar de que la regla general es que la inexequibilidad de las normas produzca su pérdida de vigencia con efectos hacia el futuro –*ex nunc*–, el Alto Tribunal constitucional se encuentra facultado para modular los efectos de sus decisiones, lo cual implica la posibilidad de emitir fallos con efectos retroactivos –*ex tunc[[45]](#footnote-45)*–, tal como es el caso de la decisión tomada en la Sentencia C-123 de 2022, respecto del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021.

 Con todo, el principal efecto de la inexequibilidad es la perdida de vigencia de la norma, por ello se afirma que el tribunal constitucional se comporta como una especie de «legislador negativo». En consecuencia, las normas declaradas inexequibles no pueden ser interpretadas, *en ejercicio de su función consultiva*, por parte de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Lo anterior en la medida en que el Decreto-Ley 4170 de 2011 le asigna a esta entidad competencia para resolver consultas sobre normas que sean *aplicables*, es decir, que se encuentren vigentes –lo que no sucede con los enunciados normativos que han salido del ordenamiento jurídico, por ser inconstitucionales–. Así, se desprende del numeral 5 del artículo 3 del referido cuerpo normativo, el cual dispone que una de las funciones de la Agencia es «Absolver consultas sobre la *aplicación* de normas de carácter general […]» (énfasis fuera de texto); función que se reproduce textualmente en el artículo 11, numeral 8 del mismo Decreto-Ley. Una norma que ha sido declarada inexequible no es *aplicable* por inexistente; por lo tanto, la Agencia no puede emitir conceptos sobre la misma.

Obsérvese que el legislador extraordinario circunscribió la competencia consultiva de Colombia Compra Eficiente a la *vigencia* de las normas del sistema de compras y contratación pública, sin permitirle emitir conceptos sobre preceptos derogados o declarados inexequibles. Esta idea guarda coherencia con el alcance *erga omnes* de las sentencias expedidas en ejercicio del control constitucional consagrado en el artículo 48, numeral 1, de la Ley 270 de 1996, a cuyo tenor las sentencias «dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva». Esta norma debe entenderse en forma armónica con el artículo 243 de la Constitución, según el cual «Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional».

De las consideraciones anteriores se concluye que existe carencia actual de objeto, por sustracción de materia, debido a que la norma frente a la cual se formula una consulta a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha sido declarada inexequible por la Corte Constitucional, porque en tal caso la norma no es *aplicable*, como ya se indicó, pues no cumple con la condición establecida en los artículos 3, numeral 5 y 11, numeral 8, del Decreto-Ley 4170 de 2011. Estas disposiciones –se reitera– solo le permiten a la Agencia emitir conceptos sobre la interpretación de normas *aplicables*, es decir, que estén aún vigentes en el ordenamiento jurídico. Además, las normas que consagran las competencias de las autoridades deben interpretarse de manera restrictiva. Así se deduce del artículo 6 de la Constitución, que hace responsables a los servidores públicos, entre otros eventos, por «extralimitación en el ejercicio de sus funciones», y del artículo 121 de la Carta, según el cual «Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley».

Por tanto, la declaratoria de inexequibilidad del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 tiene como efecto que el primer inciso del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 recobre sus efectos y se convierta en la norma *aplicable*. En tal sentido, las consultas referidas a este tema deben referirse al contenido vigente del mencionado parágrafo, que establece: «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»., conforme se explicó en el numeral 2.5 de este concepto.

**3. Respuesta**

«1. ¿El régimen aplicable a la ley de Garantías rige para entidades estatales de orden Nacional como lo es la Policía Nacional?»

Con base en las consideraciones expuestas es posible afirmar que, la restricción a la contratación directa prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 cobija a «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos, 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. De acuerdo con esto, teniendo en cuenta que la Policía Nacional de Colombia no solo desarrolla funciones públicas, sino que tienen un rol definido en la estructura estatal, del que se sigue su calidad de ente del Estado, a los que de manera general se refiere el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, resulta claro que dicha entidad es destinataria de la prohibición a la contratación directa establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales.

«2. De conformidad con el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, en lo referente a: i) la defensa y seguridad del Estado; podría el Municipio y la Policía Nacional suscribir el Convenio Interadministrativo bajo la modalidad de contratación Directa invocando la causal exceptuada, teniendo en consideración que el control operativo de tránsito en el municipio hace parte del servicio público estatal esencial que se debe garantizar para la protección y defensa y seguridad del Estado»

La restricción consagrada en 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 la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, en caso de que se presente. La mencionada disposición al consagrar la prohibición de celebrar contrataciones directas 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.

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

No obstante, es preciso advertir que, los municipios también son destinatarios de la restricción del parágrafo de artículo 38 de la Ley 996 de 2005, por lo que durante los periodos preelectorales tienen restringida la celebración de convenio y/o contratos interadministrativos. Esta restricción prohíbe la celebración de contratos interadministrativos en los que se ejecuten recursos públicos, independientemente de la modalidad de selección en la que se celebren.

Con todo, de cara la pregunta formulada esta Agencia debe señalar que, 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. No se puede perder de vista que, la función consultiva atribuida a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, mediante 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. En consecuencia, no es competencia de esta Agencia determinar la forma en que las entidades adelantarán sus contrataciones, así como tampoco solucionar problemas jurídicos particulares de los partícipes de la contratación estatal. Estas funciones son competencia exclusiva de las entidades respectivas que fueron dotadas de autonomía administrativa y son las responsables de definir su actividad contractual, conforme al régimen jurídico que les aplica. Por consiguiente, corresponde a cada entidad en el marco de sus competencias, determinar, conforme las circunstancias particulares de cada caso y el proyecto a ejecutar, la viabilidad de celebrar contratos o convenios interadministrativos con otras entidades.

«3. ¿A qué entidades aplica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de Convenios Interadministrativos?»

Frente a la suscripción de contratos interadministrativos, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. De acuerdo con esto, los departamentos, municipios, distritos y sus entidades descentralizas no pueden celebrar convenios o contratos interadministrativos durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual, sin consideración a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto.

«4. ¿Conforme a la ley de presupuesto (Ley 2159 de 2021) en su artículo 124, es posible celebrar convenios interadministrativos con la Policía Nacional estando en vigencia la ley de garantías?»

Conforme lo expuesto en las consideraciones de este concepto, a la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente le fue asignada la competencia para resolver consultas sobre normas que sean *aplicables*, es decir, que se encuentren vigentes –lo que no sucede con los enunciados normativos que han salido del ordenamiento jurídico, por ser inconstitucionales–, en consecuencia, las normas declaradas inexequibles no pueden ser interpretadas, *en ejercicio de su función consultiva*, por parte de la Agencia. Así las cosas, dado que la Corte Constitucional en la Sentencia C-153 de 2022 declaró la inexequibilidad del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 «[p]or la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2022», con efectos retroactivos, esta Agencia carece de objeto para pronunciarse sobre este precepto normativo, en ejercicio de su función consultiva, por *sustracción de materia.*

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

Atentamente,

****

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra CastañedaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual  |

1. «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

»[...]

»5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

«Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

»[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente también se ha pronunciado sobre la Ley de Garantías Electorales en los conceptos: C-163 del 29 de marzo de 2022, C-169 del 7 de abril de 2022, C-170 del 5 de abril de 2022, C-171 del 6 de abril de 2022, C-172 del 6 de abril, C-175 del 17 de mayo de 2022, C-179 del 8 de abril de 2022, C-183 del 7 de abril de 2022, C-184 del 2 de mayo de 2022, C-185 del 12 de abril de 2022, C-187 del 12 de abril de 2022, C-192 del 18 de abril de 2022, C-202 del 18 de abril de 2022, C-205 del 19 de abril de 2022, C-206 del 18 de abril de 2022, C-216 del 9 de marzo de 2022, C-221 del 21 de abril de 2022, C-222 del 25 de abril de 2022, C-231 del 2 de mayo de 2022, C-229 del 26 de abril de 2022, C-241 del 12 de mayo de 2022, C-243 del 2 de mayo de 2022, C-246 del 29 de abril de 2022, C-251 del 2 de mayo de 2022, C-254 del 2 de mayo de 2022, C-258 del 3 de mayo de 2022, C-262 del 4 de mayo de 2022, C-264 del 12 de mayo de 2022, C-268 del 3 de mayo de 2022, C-275 del 9 de mayo de 2022, C-276 del 6 de mayo de 2022, C-277 del 9 de mayo de 2022, C-292 del 11 de mayo de 2022, C-297 del 10 de mayo de 2022, C-305 del 16 de mayo de 2022, C-309 del 16 de mayo de 2022, C-312 del 16 de mayo de 2022, C-313 del 17 de mayo de 2022. [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)
4. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-5)
6. Así mismo, la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado, al referirse a los propósitos de la Ley de Garantías señaló lo siguiente: Los propósitos de la ley 996 de 2005 están encaminados a reducir los espacios de discrecionalidad, impedir la utilización de la burocracia para obtener respaldo de causas o campañas políticas, evitar la inversión de los recursos del erario para estos efectos, impedir que el Presidente en ejercicio, que aspire a ser reelegido, pueda ejercer ventajas frente a los demás candidatos, como también fortalecer la legitimidad y credibilidad del sistema político con garantía del ejercicio de las libertades públicas. El artículo 1º de la ley 996 delimita con claridad la finalidad de la misma y la centra en el establecimiento del marco legal destinado a asegurar, de manera terminante, la transparencia del debate electoral a la Presidencia de la República, mediante la garantía de la igualdad de condiciones para los candidatos. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y del Servicio Civil, de fecha 20 de febrero de 2006. Radicado 1724. Concepto del. Magistrado Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce). [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. 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-9)
10. «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-10)
11. «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-11)
12. 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-12)
13. «[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-13)
14. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-14)
15. 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-15)
16. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-17)
18. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-18)
19. 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-19)
20. 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-20)
21. 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-21)
22. 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-22)
23. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1712 del 2 de febrero de 2006. Rad. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00011-00(1712). C.P. Enrique Jose Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-23)
24. 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-24)
25. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00(1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo: «Si bien en el tema del concepto del que se extractaron los párrafos transcritos, se hacía referencia a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, la explicación dada cobija también a las empresas industriales y comerciales del estado y a las de crédito, pues todas ellas hacen parte de la definición de administración pública de la ley 489 de 1998, y además encajan dentro de la noción de todos los entes del Estado que trae la ley 996 de 2005 en el artículo 33, de manera que no es lógico pretender exonerarse de ésta prohibición alegando un régimen especial de los actos o contratos». [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00(1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-26)
27. Decreto 1512 de 2000. Artículo 2º. *Dirección***.** La Dirección del Ministerio de Defensa Nacional está a cargo del Ministro, quien la ejerce con la inmediata colaboración del Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza, el Director General de la Policía Nacional y el Viceministro. [↑](#footnote-ref-27)
28. Decreto 1512 de 2000.Artículo 3º. *Dirección de la Fuerza Pública*. El Presidente de la República, de acuerdo con el numeral 3º del artículo 189 de la Constitución Nacional, es el Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República y como tal dirige la Fuerza Pública y dispone de ella, directamente o por conducto del Ministro de Defensa Nacional. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de2006. Radicación 11001-03-06-000-2006-00023-00(1724). Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. [↑](#footnote-ref-29)
30. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-30)
31. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-33)
34. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar». [↑](#footnote-ref-34)
35. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *“obligacional”* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto». [↑](#footnote-ref-35)
36. [Referencia propia de la cita] «La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *“contratos interadministrativos”* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93». [↑](#footnote-ref-36)
37. En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: «La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)». (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. M.P. Álvaro Namén Vargas). [↑](#footnote-ref-37)
38. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Decreto 092 de 2017, que en su desarrollo hace referencia tanto a los «contratos» como a los «convenios». [↑](#footnote-ref-38)
39. A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos». (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos). [↑](#footnote-ref-39)
40. Lo anterior, salvo que se traten de organismos internacionales que se rijan por normas internacionales y se financien con cargo a recursos de esos organismos (Cfr. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-559 del 31 de agosto de 2021). [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de noviembre de 2007. Expediente número 1863. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. [↑](#footnote-ref-41)
42. Publicado en: [https://www.corteconstitucional.gov.co/comu nicados/Comunicado%20No.%2014%20-%20Mayo%2005%20de%202022.pdf](https://www.corteconstitucional.gov.co/comu%20nicados/Comunicado%20No.%2014%20-%20Mayo%2005%20de%202022.pdf) [↑](#footnote-ref-42)
43. La *sustracción de materia*, según el Diccionario del Español Jurídico, es la «Desaparición de los supuestos fácticos o jurídicos que sustentan una acción jurisdiccional o administrativa», lo que impide a la autoridad pronunciarse sobre el asunto. En: https://dpej.rae.es/lema/sustracci%C3%B3n-de-materia [↑](#footnote-ref-43)
44. Así lo ha indicado la Corte en su jurisprudencia, al afirmar lo siguiente: «[…], en la actualidad, por regla general y salvo que se indique expresamente algo diferente en el fallo, la declaratoria de inexequibilidad de una disposición tiene efectos hacia futuro (*ex nunc*) y esto, según lo ha explicado esta Corte, encuentra sustento en los principios de seguridad jurídica y democrático, los cuales implican “la presunción de constitucionalidad de las normas que integran el sistema jurídico” mientras ella no sea desvirtuada por este Tribunal en una providencia con fuerza erga omnes, luego de surtirse un proceso de constitucionalidad abstracta.

»En este orden de ideas, cuando esta Corporación declara la inconstitucionalidad de una norma sin retrotraer los efectos de su determinación, convalida de contera las situaciones jurídicas consolidadas a su amparo entre el instante en el que entró en vigencia y la fecha de la sentencia, pues las actuaciones adelantadas en ese lapso, en principio, se reputan como legítimas por haber sido ejecutadas en consonancia con el derecho positivo vigente». Sentencia SU-037 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-44)
45. La jurisprudencia constitucional indica que: «la Corte ha insistido en que la modulación de los efectos de sus sentencias, bien desde el punto de vista del contenido de su decisión, o bien desde el punto de vista de sus efectos temporales, es una tarea ineludible para asegurar la integridad del texto constitucional. Así, en lo que respecta a la fijación de los efectos temporales, es sabido que por regla general las decisiones de la Corte tienen efectos hacia futuro o ex nunc, pues, en principio, ello tributa en beneficio de los principios de seguridad jurídica y buena fe. Sin embargo, en reiteradas providencias, la Corporación ha sostenido que hay casos especiales en los que “reconocer solamente efectos hacia futuro a las sentencias de inconstitucionalidad” consolidaría situaciones jurídicas abiertamente incompatibles con la Carta Política, habida cuenta de que existen normas que, aun cuando han sido expulsadas del ordenamiento jurídico, tienen la posibilidad de surtir efectos antes de que la declaración de inconstitucionalidad se produzca.

» 8. Bajo ese marco de referencia, “una decisión de inexequibilidad de la Corte con efectos ex tunc –desde siempre–, tiene fundamento en la exigencia de deshacer las consecuencias de normas contrarias a la Carta dentro del ordenamiento jurídico”. De ahí que la Corte justifique los efectos retroactivos a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto normativo en tres escenarios en particular: (i) en los casos en que, desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991, era evidente que la disposición acusada resultaba contraria al texto superior; (ii) en el evento en que los alcances retroactivos del fallo son indispensables para asegurar la protección de derechos constitucionales abiertamente desconocidos; y, (iii) en aquellas circunstancias en las que el efecto retroactivo del fallo es imprescindible para sancionar una violación flagrante y deliberada de la Constitución». Sentencia C-507 de 2020. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. [↑](#footnote-ref-45)