CCE-DES-FM-17

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico**

[…] la tipología de convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993. Aunque esta ley no lo 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 el propósito de cumplir en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 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**

[…] 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 abierta 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, por la calidad de entidades estatales.

**INDÍGENAS – Asociaciones – Cabildos – Autoridades – Organizaciones – Contratación directa – Ley de Garantías**

[…], como lo señaló la Agencia en los conceptos C-141 del 1 de abril de 2022 y C-189 del 7 de abril de 2022, los supuestos de contratación directa previstos en el Decreto 252 de 2020 y en la Ley 2160 de 2021 no son, *por sí mismos*, excepciones a la prohibición consagrada en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, sino que las entidades estatales habrán de analizar en cada caso si se presenta, además, alguna de las circunstancias previstas en el segundo inciso de dicho artículo.

**DEFENSA Y SEGURIDAD DEL ESTADO – Excepción – Contratación directa – Prohibición – Ley de Garantías**

Del recuento doctrinario y jurisprudencial efectuado en las consideraciones de este concepto se concluye que la expresión «defensa y seguridad del Estado», empleada por el segundo inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 –y que se halla también en otras disposiciones normativas con la denominación de «defensa y seguridad nacional»– es un *concepto jurídico indeterminado* que las entidades estatales deben aplicar teniendo en cuenta la situación fáctica particular. En todo caso, el Consejo de Estado es claro en indicar que tal concepto, en materia contractual, va más allá de la sola adquisición de armamento o de los bienes y actividades requeridas para la «guerra». Para el alto tribunal, aquel es un concepto que debe interpretarse bajo una comprensión sistemática del orden público. Por tanto, considerando estos criterios hermenéuticos, corresponde a la entidad que realiza la consulta interpretar el concepto jurídico «defensa y seguridad del Estado», para determinar si se presenta la excepción a la contratación directa prevista en el segundo inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

Bogotá D.C., **12/07/2022 19:29:26**

****

Doctor

**Hernando Londoño Acosta**

Director de Sustitución de Cultivos Ilícitos

Agencia de Renovación del Territorio

Bogotá, D.C.

**Concepto C ‒ 450 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones ‒ Contratación ‒ Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Excepciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición del artículo 33 ‒ Destinatarios / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección / INDÍGENAS – Asociaciones – Cabildos – Autoridades – Organizaciones – Contratación directa – Ley de Garantías / DEFENSA Y SEGURIDAD DEL ESTADO – Excepción – Contratación directa – Prohibición – Ley de Garantías. |
| **Radicación:** | Respuesta a consultas acumuladas # P20220526005229, P20220602005458 y P20220602005468 |

Estimado señor Londoño:

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 las consultas acumuladas: i) del 23 de mayo del 2022, remitida a esta entidad por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, por falta de competencia, el 25 de mayo del mismo año, mediante oficio con radicado No. 20222040193271, ii) del 1 de junio de 2022, remitida por el mismo motivo por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mediante oficio con radicado No. 20221030043391 – OAJ y iii) del 23 de mayo de 2022, remitida por usted directamente a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, a través de oficio con radicado No. 20226000054561. Teniendo en cuenta que las peticiones versan sobre el mismo objeto, se responden en este concepto.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«Primero. – ¿La contratación directa por parte de una entidad del gobierno, antes del 20 de junio de 2022, de un operador con competencia y autoridad para convocar a los líderes y delegados de los pueblos y organizaciones indígenas y que además coordine y ejecute las actividades acordadas entre los delegados de la MPC[[1]](#footnote-2) y la DSCI[[2]](#footnote-3), vulnera el artículo 33 de la ley 996 de 2005 o alguna norma del ordenamiento jurídico colombiano?

»Segundo. - ¿La contratación directa por parte de una entidad del gobierno, de un operador con competencia y autoridad que convoque a los líderes y delegados de los pueblos y organizaciones indígenas y que además, coordine y ejecute las actividades acordadas entre los delegados de la MPC y la DSCI, se enmarca dentro de la excepción de defensa y seguridad del Estado prevista en el inciso 2 del artículo 33 de la Ley 996 de 2005?

»Tercero. - ¿Constituye el Decreto 252 de 2020 una excepción a la prohibición de contratación directa prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005?».

1. **Consideraciones**

Para responder la consulta, se analizarán los siguientes temas: i) alcance de las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005 –más conocida como «Ley de Garantías Electorales»–, ii) restricciones especiales aplicables de cara a las elecciones presidenciales y análisis del concepto de «defensa y seguridad del Estado», como excepción a la prohibición contenida en el segundo inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, y iii) restricciones para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios de cargos de elección popular.

Esta Agencia 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-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-674 del 6 de diciembre de 2021, C-695 del 22 de diciembre de 2021,  C-723 del 28 de diciembre de 2021, C-726 de 24 de enero de 2022, C-037 de 21 de enero de 2022, C-216 del 9 de marzo de 2022, C-106 y C-246 –ambos del 29 de marzo de 2022–[[3]](#footnote-4). Dichos conceptos serán reiterados y complementados, en lo pertinente.

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

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública*.* Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y, en cuanto a aspectos políticos, establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[4]](#footnote-5).

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma a la normatividad 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[[5]](#footnote-6). 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.[[6]](#footnote-7)

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

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

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[[7]](#footnote-8) y del Consejo de Estado[[8]](#footnote-9), 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-10).

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

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe «[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»[[10]](#footnote-11).

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-12). La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aclarado la distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate. Al respecto, considera que:

La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para períodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38[[12]](#footnote-13).

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, conforme al 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 solo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.

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

**2.2. Restricciones en elecciones presidenciales: prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005. El concepto jurídico indeterminado de «defensa y seguridad del Estado» como excepción**

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-14).

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-15). 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-16) .

De acuerdo con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la mínima cuantía u otros previstos en normas especiales, que contemplen en alguna de sus etapas la posible participación de pluralidad de oferentes. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos[[16]](#footnote-17) y sistematizó las causales de contratación directa[[17]](#footnote-18), además lo es con la posterior creación de la modalidad de mínima cuantía establecida actualmente en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con las modificaciones realizadas por leyes posteriores.

De esta forma, con fundamento en la evolución de la normativa sobre la contratación pública, se ha depurado la noción de «contratación directa», precisando el Consejo de Estado –en el concepto citado– que, «aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado[[18]](#footnote-19), 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-20).

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

Así las cosas, ha de entenderse que, para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes[[20]](#footnote-21).

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

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[[21]](#footnote-22). Esto sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

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

En esta labor es importante tener en cuenta, como lo anotó la Corte Constitucional, en Sentencia C-1153 de noviembre 11 de 2005 que «si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos, cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación»[[22]](#footnote-23). De ahí que la Corte haya señalado 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.

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 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[[23]](#footnote-24).

De igual forma, en Concepto 1738 de 6 de abril de 2006, también 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»[[24]](#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[[25]](#footnote-26).

Aplicando este razonamiento, se tiene que las empresas industriales y comerciales del estado y a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas no pueden adquirir los suministros de bienes y servicios necesarios para la realización de su actividad por contratación directa sino por mecanismos competitivos que impliquen convocatoria pública y la posibilidad de pluralidad de oferentes, pero, «es obvio que si una de estas entidades va a prestar un servicio a un particular, lo puede hacer, pues estos se ofrecen a toda la comunidad en condiciones de igualdad. Si se supusiera que está prohibida su contratación directa, significaría la parálisis de tal actividad de interés público, lo que de ninguna manera es lo querido por la ley 996 de 2005»[[26]](#footnote-27).

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

Ahora bien, en lo que respecta a la consulta bajo análisis, conviene recordar que el Decreto 252 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, adicionó al artículo 10 del Decreto 1088 de 1993 un parágrafo que establece la posibilidad de que entidades estatales celebren convenios o contratos, de manera directa, con las Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales y Organizaciones Indígenas, sin limitaciones en cuanto al objeto del contrato o por la fuente de los recursos. En efecto, el artículo 1 del Decreto 252 de 2020 permite que las Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas y las Organizaciones Indígenas contraten con las entidades estatales definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, y dice que, además, pueden hacerlo de manera directa –sin necesidad de participar en licitaciones u otros procesos de selección plurales–, pero condicionado a la composición de esas organizaciones, cuyos miembros deben ser, exclusivamente cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos indígenas, asociaciones de autoridades indígenas y/o otras formas de autoridad indígena[[27]](#footnote-28). En ese sentido, la norma les confirió a las Organizaciones Indígenas capacidad para contratar con el Estado y también autorizó a todas las entidades estatales a contratar con ellas, de manera directa. Por oposición, antes de esta norma solo podían celebrar convenios solidarios con municipios y distritos. En todo caso, el Decreto 252 de 2020 no califica a las Organizaciones Indígenas como entidades estatales, ni regula su naturaleza o régimen legal, sino que establece la regulación indicada en materia contractual.

Por otra parte, recientemente se promulgó la Ley 2160 de 2021, «por medio del cual se modifica la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007». Uno de los objetivos de esta norma, conforme se desprende de la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley, es asignar capacidad jurídica a los cabildos indígenas, considerando que el marco jurídico existente no la contemplaba, lo que implicaba una limitante para el «[…] desarrollo de programas o inversión de recurso en beneficio de las comunidades indígenas como sujetos de especial protección»[[28]](#footnote-29). Con este propósito, en primer lugar, se dispuso la modificación del artículo 6 de la Ley 80 de 1993, el cual regula la capacidad jurídica en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1°. Modifíquese el Artículo 6 de la Ley 80 de 1993, el cual quedara así:

ARTÍCULO 6°. DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. *También podrán celebrar contratos con las entidades estatales los Cabildos Indígenas*,las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, los consejos comunitarios de las comunidades negras regulados por la Ley 70 de 1993.

Para las organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y las demás formas y expresiones organizativas, deberán contar con diez (10) años o más de haber sido incorporados par el Ministerio de: Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro; y los consorcios y uniones temporales […]. [Énfasis fuera de texto]

Conforme se aprecia, la nueva redacción del primer inciso de la norma reconoce de manera expresa capacidad jurídica a los cabildos indígenas, individualmente considerados, al igual que a las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, para celebrar contratos con entidades estatales. De otra parte, el segundo inciso de la norma establece unos requisitos para que las organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras celebren contratos con entidades estatales, dado que también se dirigieron los efectos de la reforma hacia estas formas organizativas[[29]](#footnote-30).

En concordancia con lo anterior, el artículo 3 de la Ley 2160 de 2021 modificó el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, norma que hasta entonces se limitaba a regular las nociones de consorcio y unión temporal en el marco del EGCAP. La modificación efectuada consistió en la definición de los sujetos a los que alude el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, en atención a lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 2160 de 2021. Entre las definiciones incluidas se destacan las de Cabildo Indígena y Asociaciones de autoridades tradicionales:

ARTÍCULO 3°. Modifíquese el Artículo 7 de la Ley 80 de 1993, el cual quedara así:

ARTÍCULO 7°. ENTIDADES A CONTRATAR. Para los efectos de esta ley se entiende por:

1. Cabildo Indígena: Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por esta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad.

[…]

1. Asociaciones de autoridades tradicionales indígenas. Entidad de derecho público, encargada de fomentar y coordinar con las autoridades locales, regionales y nacionales, la ejecución de proyectos en salud, educación y vivienda. Esta entidad estará conformada por diez (10) organizaciones regionales indígenas.

Como indica la norma citada, se entiende que los Cabildos Indígenas como las Asociaciones de autoridades tradicionales indígenas son concebidos como entidades públicas especiales. Esto a diferencia de los resguardos indígenas que son propiedad colectiva de las comunidades indígenas y que son administrados por los cabildos y las autoridades tradicionales de las comunidades, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.14.7.5.2 del Decreto 1071 de 2015.

De otra parte, en relación con los Cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, el artículo 2 de la Ley 2160 de 2021 adicionó el literal L) al artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007, incorporando una nueva causal de contratación directa aplicable a estas entidades. La norma dispone lo siguiente:

**Artículo 2° Modifíquese el Artículo****[2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=25678" \l "2" \o "vinculo) de la Ley 1150 de 2007, e inclúyase el literal I), m) y n) al numeral****[4](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=25678" \l "2.4" \o "vinculo), el cual quedara así:**

**Artículo 2°. De las modalidades de selección.** La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[...]

1. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos:

[…]

L). Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

[...]

**Parágrafo 8°**. La modalidad de contratación directa prevista en el numeral 4° de este Artículo deberá sujetarse a lo dispuesto en la Ley [80](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304" \l "80" \o "vinculo)de 1993 y sus modificaciones, o en los regímenes especiales de contratación, que disponen los requisitos jurídicos, técnicos y financieros; en todo caso teniendo en cuenta los principios de transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, eficacia y eficiencia.

**Parágrafo 9.**La Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las Contralorías Territoriales, la Procuraduría General de la Nación y la Rama judicial, en el marco de sus competencias constitucionales y legales ejercerán el control judicial, disciplinario y fiscal, según corresponda, sobre los recursos públicos que se ejecuten a través de los contratos celebrados con cabildos indígenas, consejos comunitarios de las comunidades negras; organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenquera de los que trata el presente Artículo; y los consorcios y uniones temporales y las demás personas naturales y jurídicas con capacidad para contratar, cualquiera sea la modalidad que se aplique a Ia correspondiente contratación.

Como se desprende de la norma transcrita, el literal L) del artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007 habilita a entidades estatales para suscribir contratos de manera directa con Cabildos Indígenas y Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas. No obstante, dicha posibilidad está sujeta a que el objeto del contrato esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, la causal de contratación directa establecida en este literal L) establece un supuesto de hecho que, no solo procede en consideración a las calidades de Cabildos Indígenas y Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, sino adicionalmente exige que el objeto del contrato esté relacionado con unos temas específicos.

Ahora bien, como se explicó, la prohibición de contratar directamente, prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, es aplicable a todos los entes del Estado, en principio, independientemente del *objeto contractual*, salvo que se configure alguna de las excepciones taxativas consagradas en el segundo inciso de dicha norma, es decir, en «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». En tal sentido, como lo señaló la Agencia en los conceptos C-141 del 1 de abril de 2022 y C-189 del 7 de abril de 2022[[30]](#footnote-31), los supuestos de contratación directa previstos en el Decreto 252 de 2020 y en la Ley 2160 de 2021 no son, *por sí mismos*, excepciones a la prohibición consagrada en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, sino que las entidades estatales habrán de analizar en cada caso si se presenta, además, alguna de las circunstancias previstas en el segundo inciso de dicho artículo.

Precisamente, en lo que respecta a estas excepciones, el segundo inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, como acaba de plantearse, establece que la prohibición de la contratación directa no se aplicará en lo referente a la «defensa y seguridad del Estado»; expresión que motiva la consulta bajo análisis. Concretamente, se pregunta si la contratación, por parte de una entidad estatal, «de un operador con competencia y autoridad para convocar a los líderes y delegados de los pueblos y organizaciones indígenas y que además coordine y ejecute las actividades acordadas entre los delegados de la MPC y la DSCI» se enmarca dentro de la referida excepción, por tratarse de una actividad que hace parte de la política pública de sustitución de los cultivos ilícitos.

Haciendo, previamente, la salvedad, de que la competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se circunscribe a la interpretación, en abstracto, de normas de alcance general que hagan parte del Sistema de Compras y Contratación Pública[[31]](#footnote-32), y que, por tanto, no puede asesorar a las entidades estatales en decisiones contractuales particulares, se aclara que la expresión «defensa y seguridad del Estado», contenida en el segundo inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, es un *concepto jurídico indeterminado*[[32]](#footnote-33). Un concepto adquiere esta denominación en el Derecho cuando se trata de un enunciado que goza de vaguedad y que debe materializarse en cada caso, atendiendo a las técnicas de la interpretación jurídica. De igual forma, se trata de un concepto para cuya concreción las entidades estatales gozan de cierto margen de apreciación en su aplicación, pero deben respetar los límites previstos en las normas de orden público. La Corte Constitucional[[33]](#footnote-34) también ha reconocido que el Congreso de la República, dentro de su libertad de configuración legislativa, puede emplear este tipo de conceptos, que se caracterizan por tener un cierto halo de incertidumbre en su interpretación, quedando referida su determinación concreta a la actividad de los operadores jurídicos.

El Consejo de Estado, en varios pronunciamientos, ha admitido el carácter indeterminado de los conceptos «defensa y seguridad del Estado» y «defensa y seguridad nacional», en las normas de contratación pública que se refieren a aquellos, incluida la del artículo 33 de la Ley 996 de 2005. A modo enunciativo, conviene referirse a algunas de dichas providencias:

En concepto del 30 de enero de 1997, la Sala de Consulta y Servicio Civil indicó que «El ramo de seguridad, perteneciente a la administración pública, comprende las actividades que velan por la seguridad de los habitantes del territorio del Estado. Su finalidad es la detectar las amenazas que puedan perturbar el orden público, afectar intereses nacionales o desestabilizar las instituciones políticas vigentes. Por tanto, tiene un carácter eminentemente preventivo»[[34]](#footnote-35). Y agregó:

De manera que, aunque disímiles, los conceptos de seguridad y de defensa nacional se complementan para el cumplimiento de fines esenciales del Estado, como que ambos conforman sectores de la administración pública íntimamente relacionados. Al sector seguridad corresponde "asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo", mientras que al sector defensa compete "defender la independencia nacional y mantener la integridad territorial", para utilizar expresiones que pertenecen a la terminología empleada por el artículo 2o. de la Constitución. Por lo demás, la primera noción implica un campo de acción de naturaleza preventivo, encomendado a instituciones y cuerpos de naturaleza civil. La segunda requiere de medidas de protección e inclusive acciones de carácter bélico, para lo cual se han organizado instituciones y cuerpos de naturaleza militar[[35]](#footnote-36).

En concepto del 15 de diciembre de 2005, la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló que «[…] la creación de los cargos de Inspector de Seguridad Aérea en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, y su posterior provisión, por relacionarse con la incorporación de un personal necesario para la seguridad aérea, la cual constituye un aspecto de la seguridad del Estado, se encuentra dentro de la excepción mencionada por el artículo 33 de la ley 996 de 2005, y en consecuencia, resulta viable la expedición del decreto de creación de dichos cargos en la planta de personal de la entidad»[[36]](#footnote-37).

En concepto del 17 de febrero de 2006, la Sala de Consulta y Servicio Civil, al interpretar la excepción de «defensa y seguridad del Estado» del segundo inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, sostuvo que «Seguridad y defensa del Estado, significan respeto del orden instituido»[[37]](#footnote-38), añadiendo, por tanto, que:

Por su relación directa, necesaria e inmediata con la realización del derecho constitucional a la participación democrática y la defensa del orden institucional, los procesos de contratación para la adquisición de bienes y servicios necesarios para adelantar los procesos electorales para elección de Congreso y Presidente de la República, hacen parte de la defensa y seguridad del Estado, y por consiguiente se pueden incluir en la excepción a la prohibición de contratación directa establecida por el artículo 33 de la ley 996 de 2.005, razón por la cual las gobernaciones y alcaldías, en su labor de colaboración, de acuerdo con el marco establecido por el Plan Nacional de Garantías, pueden contratar en forma directa en aquellos casos que no superen las cuantías para hacer licitación pública, durante los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo que se trate de convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, en cuyo caso no cabría la excepción a la prohibición[[38]](#footnote-39).

En concepto del 25 de marzo de 2010, la Sala de Consulta y Servicio Civil acoge la interpretación prohijada en el concepto del 20 de febrero de 2006, indicando que el concepto «defensa y seguridad del Estado» debe interpretarse «como aquellas actividades necesarias para la estabilidad del mismo, pues está de por medio el mantenimiento del orden público»[[39]](#footnote-40). En tal sentido, concluyó que «Las funciones confiadas al Director General del INPEC están directamente relacionadas con la seguridad del Estado, y por lo mismo, su desvinculación mediante declaratoria de insubsistencia y la posterior provisión del cargo, dentro del ámbito temporal previsto en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, no conlleva transgresión de las prohibiciones contenidas en los artículos 32 y 33 ibídem»[[40]](#footnote-41).

En concepto del 2 de septiembre de 2013, la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció sobre el alcance de la expresión «defensa y seguridad del Estado», como excepción a la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, en el marco de la contratación relacionada con los compromisos derivados del acuerdo de paz con las FARC, señalando lo siguiente:

*(i)* La seguridad y la defensa nacionales son presupuestos materiales de la soberanía nacional, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, y contribuyen a garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos, obligaciones y libertades públicas.

*(ii)* Se trata de conceptos amplios, relativos y dinámicos, cuya concreción depende de los objetivos que se propone alcanzar el Estado en una época determinada, de manera que son susceptibles de actualización y sufren constantes transformaciones y cambios.

*(iii)* La conservación y mantenimiento del orden público es la finalidad misma de la “seguridad” y encuentra en el Gobierno Nacional (art. 189.4 CP) su principal responsable y garante, razón por la cual puede adoptar medidas y adelantar acciones coercitivas o militares y soluciones no armamentistas sino políticas negociadas (por ejemplo desmovilización y reinserción), para alcanzar la paz, que es un valor (preámbulo constitucional), un fin esencial del Estado (art. 2 CP), un derecho (art. 22 CP) y un deber social (95.6 CP).

*(iv)* Estos conceptos no están relacionados únicamente con los dispositivos o actividades bélicas o armamentistas, sino que abarcan todas aquellas estrategias y acciones que permitan la garantía de los derechos y libertades y, por ende, la coexistencia pacífica de los habitantes de la Nación, inclusive aquellas que permitan que los infractores de la ley se reincorporen a la vida civil.

*(v)* La política de seguridad y defensa nacionales, supone para el Estado no solo la adopción de estrategias y acciones militares directas, sino también soluciones negociadas y, por tanto, estas últimas y todas las acciones y actividades que requieran, también configuran evidentes manifestaciones de la defensa y la seguridad nacionales.

Como se puede concluir de este análisis, los conceptos de seguridad y defensa nacionales son conceptos jurídicos indeterminados, su alcance no se limita al campo de lo bélico sino que incluye asuntos encaminados, directamente o por conexidad, al mantenimiento del orden público, la convivencia pacífica de la comunidad y la vigencia de los derechos y libertades de las personas.

Dentro del marco conceptual expuesto, resulta relevante revisar la naturaleza y objeto del Fondo de Programas para la Paz y de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, con el objeto de determinar si la gestión administrativa que dichas entidades realizan en ejercicio de sus funciones encajan en el objetivo de procurar la materialización de la convivencia pacífica y en esa medida se ajustan a la excepción de defensa y seguridad del Estado que contempla el artículo 33 de la ley 996 de 2005[[41]](#footnote-42).

De este modo, concluyó que:

La ejecución de los programas a cargo del Fondo de Programas para la Paz están encaminados directamente al restablecimiento del orden público, a la construcción de una política de paz y a la búsqueda del logro y mantenimiento de la misma, en atención a uno de los fines estatales consagrados en el preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución Política. Por esta razón, es claro que llevar a cabo la contratación directa, en lo que corresponda contratar bajo esta modalidad de selección, para la continuidad de estos programas, encaja dentro de la noción de “*defensa y seguridad del Estado”* de la excepción a que se refiere el artículo 33 de la ley 996 de 2005, Estatutaria de la Ley de Garantías Electorales.

En consecuencia, en caso de que el Presidente de la República en ejercicio manifieste su interés en participar como candidato en las próximas elecciones presidenciales, el Fondo de Programas para la Paz puede continuar contratando directamente los programas cuya financiación esté a su cargo relacionados con la construcción de la paz, el restablecimiento del orden público y la vigencia de los derechos y libertades de las personas, en cumplimiento de las normas que rigen su actividad y al amparo de la excepción a la que se refiere el artículo 33 de la citada ley.

[…]

La excepción a la prohibición a la contratación directa prevista en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, en “*lo referente a la defensa y seguridad del Estado”,* es aplicable a la adquisición de bienes y servicios para atender los programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de grupos alzados en armas al margen de la ley y de los miembros de los mismos, que se manejan a través de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, de conformidad con las causales de contratación directa previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) y su decreto reglamentario 1510 del 17 de julio de 2013[[42]](#footnote-43).

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver la acción de nulidad contra el artículo 1 del Decreto 3740 de 2004, en sentencia del 27 de marzo de 2008, interpretó el concepto de «defensa y seguridad nacional» de la siguiente manera:

[…] una visión sistémica de la seguridad y defensa nacionales impone la articulación dinámica de diversos elementos (no sólo bélicos) con el entorno de violencia que agobia a la sociedad colombiana desde hace mucho tiempo. Asegurar la convivencia pacífica, base y razón de ser de la defensa y seguridad nacional, supone para el Estado la adopción de medidas que no siempre comportan la acción militar directa. En otros términos, la acción estatal en punto de seguridad no tiene que forzosa e ineludiblemente recaer en el empleo de las armas, ni en la estrategia militar o en el despliegue de fuerzas combatientes, sino que también puede haber otros medios eficaces para garantizar la defensa y seguridad nacionales. La prerrogativa legítima del ejercicio de la coacción exige la utilización de varios instrumentos, que no se reducen necesariamente al uso de las armas. La seguridad no sólo se defiende sino que se robustece si, por ejemplo, se materializa efectivamente una política de sometimiento de grupos que pretenden hacer de la seguridad un fin ilegítimo de su accionar delincuencial. Un conclusión se impone: la seguridad no es sólo una cuestión de medios bélicos, sino que ante todo es un asunto político, de ahí su lugar privilegiado en el texto político fundamental: la Constitución.

Dicho de otra manera, el diseño de estrategias de seguridad y defensa nacional en un entorno signado por convivencia pacífica evidentemente amenazada y perturbada por la acción de grupos ilegales, supone recurrir no solamente a estrategias estrictamente armamentistas, sino que también impone la formulación de ciertas políticas que constituyen del mismo modo manifestación de la seguridad y defensa nacionales. Las difíciles circunstancias de orden público y la complejidad que reviste el conflicto interno, hacen necesaria la adopción de medidas de acercamiento con los grupos armados actores de la violencia, para *“restablecer la tranquilidad pública y en aras de abordar el fenómeno de la violencia, se hacen necesarios mecanismos que faciliten un acercamiento con los diferentes grupos armados actores de la violencia”*, como señaló la exposición de motivos de la ley 418.

En definitiva, en materia de seguridad, la consecución de objetivos de defensa y seguridad no autoriza sólo la compra de armamento como *prima facie* parecería, sino que autoriza la adopción de medidas proporcionadas y razonables al logro de ese objetivo, medidas que serán evaluadas caso por caso para determinar si realmente guardan relación y conexidad[[43]](#footnote-44).

Así mismo, en sentencia del 26 de julio de 2011, la Sección Tercera sostuvo:

[…] en vigencia de la ley 80 original –que rigió el proceso de selección *sub iudice*- la noción de bienes para la defensa y seguridad nacional fue un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance, como acontece normalmente con estas nociones vagas y amplias, suele quedar en manos del operador jurídico del caso, que tiene el deber de precisar su contenido para aplicarlo al asunto concreto. Claro está que luego procede el control judicial sobre los actos que definen el tema, y será el juez quien determinará la corrección o incorrección que la administración hace de su alcance[[44]](#footnote-45).

Finalmente, en la sentencia del 23 de julio de 2015, la Sección Tercera indicó:

La defensa y seguridad nacional son *conceptos normativos indeterminados* que adquieren significación conforme el contexto social, cultural y económico que, en cualquier caso, reflejará las necesidades de una colectividad en una circunstancia espacio-temporal definida. Como concepto anfibológico requiere de un contexto específico que permita nutrirlo de contenido, de suerte que cada realidad social le dará un sentido particular. Son conceptos simbióticos pues se sirven mutuamente y la acción de uno afecta al otro, por manera que su adecuado entendimiento merece un tratamiento unívoco.

El núcleo básico de la expresión se encuentra en la razón misma del Estado, como pacto político garante de la vida, honra y bienes de las personas, por manera que a través de la defensa y seguridad nacional se busca obtener el bienestar de los ciudadanos y la estabilidad misma del Estado. Es un concepto base sobre el que se construye la estrategia del Estado para proteger a los ciudadanos y rebaza, en mucho, *el criterio conforme al cual la seguridad es apenas un conjunto de dispositivos para la guerra*: es un fenómeno que, dadas las condiciones actuales de nuestras sociedades, puede referir, incluso, a asuntos económicos, energéticos, ambientales y hasta de salud pública[[45]](#footnote-46).

Del anterior recuento doctrinario y jurisprudencial se concluye que la expresión «defensa y seguridad del Estado», empleada por el segundo inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 –y que se halla también en otras disposiciones normativas con la denominación de «defensa y seguridad nacional»– es un *concepto jurídico indeterminado* que las entidades estatales deben aplicar teniendo en cuenta la situación fáctica particular. En todo caso, el Consejo de Estado es claro en indicar que tal concepto, en materia contractual, va más allá de la sola adquisición de armamento o de los bienes y actividades requeridas para la «guerra». Para el alto tribunal, aquel es un concepto que debe interpretarse bajo una comprensión sistemática del orden público. Por tanto, considerando estos criterios hermenéuticos, corresponde a la entidad que realiza la consulta interpretar el concepto jurídico «defensa y seguridad del Estado», para determinar si se presenta la excepción a la contratación directa prevista en el segundo inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

**2.3. Restricciones para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios de cargos de elección popular: prohibición del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005**

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[[46]](#footnote-47).

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[[47]](#footnote-48). 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.

Estos tipos contractuales no están determinados 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[[48]](#footnote-49). 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[[49]](#footnote-50).

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, pues 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 […]»[[50]](#footnote-51).

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse 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, en Sentencia del 14 de junio de 2019, el Consejo de Estado expresó:

La Sala de Consulta y Servicio Civil[[51]](#footnote-52) 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[[52]](#footnote-53) 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[[53]](#footnote-54)[[54]](#footnote-55).

En todo caso, debe reiterarse que el ordenamiento jurídico en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[55]](#footnote-56). Incluso la Corte Constitucional explica 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[[56]](#footnote-57).

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, lo que resulta relevante en este concepto para la aplicación de la Ley de Garantías. En este sentido, la Circular Externa Única, 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 asimilaron para la aplicación de la Ley de Garantías. 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.

**3. Respuesta**

«Primero. – ¿La contratación directa por parte de una entidad del gobierno, antes del 20 de junio de 2022, de un operador con competencia y autoridad para convocar a los líderes y delegados de los pueblos y organizaciones indígenas y que además coordine y ejecute las actividades acordadas entre los delegados de la MPC y la DSCI, vulnera el artículo 33 de la ley 996 de 2005 o alguna norma del ordenamiento jurídico colombiano?

»Segundo. - ¿La contratación directa por parte de una entidad del gobierno, de un operador con competencia y autoridad que convoque a los líderes y delegados de los pueblos y organizaciones indígenas y que además, coordine y ejecute las actividades acordadas entre los delegados de la MPC y la DSCI, se enmarca dentro de la excepción de defensa y seguridad del Estado prevista en el inciso 2 del artículo 33 de la Ley 996 de 2005?

Del recuento doctrinario y jurisprudencial efectuado en las consideraciones de este concepto se concluye que la expresión «defensa y seguridad del Estado», empleada por el segundo inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 –y que se halla también en otras disposiciones normativas con la denominación de «defensa y seguridad nacional»– es un *concepto jurídico indeterminado* que las entidades estatales deben aplicar teniendo en cuenta la situación fáctica particular. En todo caso, el Consejo de Estado es claro en indicar que tal concepto, en materia contractual, va más allá de la sola adquisición de armamento o de los bienes y actividades requeridas para la «guerra». Para el alto tribunal, aquel es un concepto que debe interpretarse bajo una comprensión sistemática del orden público. Por tanto, considerando estos criterios hermenéuticos, corresponde a la entidad que realiza la consulta interpretar el concepto jurídico «defensa y seguridad del Estado», para determinar si se presenta la excepción a la contratación directa prevista en el segundo inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

»Tercero. - ¿Constituye el Decreto 252 de 2020 una excepción a la prohibición de contratación directa prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005?».

La prohibición de contratar directamente, prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, es aplicable a todos los entes del Estado, en principio, independientemente del *objeto contractual*, salvo que se configure alguna de las excepciones taxativas consagradas en el segundo inciso de dicha norma, es decir, en «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».

En consecuencia, corresponde a la entidad estatal en relación con la cual se formula la consulta analizar si el objeto del contrato que se pretende celebrar directamente se adecua a las excepciones indicadas. En caso contrario, debe respetar el contenido de la prohibición. Adicionalmente, se reitera lo señalado en las consideraciones de este concepto, en el sentido de que la restricción para contratar directamente, contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, se aplica independientemente de que la entidad estatal esté sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o tenga un régimen especial, pues las normas sobre garantías electorales son transversales a los órganos del Estado.

En tal sentido, como lo señaló la Agencia en los conceptos C-141 del 1 de abril de 2022 y C-189 del 7 de abril de 2022, los supuestos de contratación directa previstos en el Decreto 252 de 2020 y en la Ley 2160 de 2021 no son, *por sí mismos*, excepciones a la prohibición consagrada en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, sino que las entidades estatales habrán de analizar en cada caso si se presenta, además, alguna de las circunstancias previstas en el segundo inciso de dicho artículo.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín López  Subdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Mesa Permanente de Concertación. [↑](#footnote-ref-2)
2. Dirección de Sustitución de Cultivos Ilícitos. [↑](#footnote-ref-3)
3. Los cuales usted puede consultar en el siguiente sitio web: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-4)
4. 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-5)
5. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-6)
6. Corte Constitucional. Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-7)
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-8)
8. Consejo de Estado. 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-9)
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-10)
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-11)
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-12)
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-13)
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-14)
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-15)
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-16)
16. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-17)
17. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-18)
18. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-19)
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-20)
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-21)
21. Cfr. Concepto C-757 del 30 de diciembre de 2021. [↑](#footnote-ref-22)
22. 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-23)
23. 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)
24. 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)
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. [↑](#footnote-ref-26)
26. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, ídem. [↑](#footnote-ref-27)
27. Decreto 252 de 2020: «Articulo 1. Adiciónese al artículo 10 del Decreto 1088 de 1993, el siguiente parágrafo:

    »Artículo 10. Naturaleza de los actos y contratos.

    »[...]

    »Parágrafo. Además de las anteriores asociaciones, las organizaciones indígenas, también podrán celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales de acuerdo con lo contemplado en el presente artículo y en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre y cuando estén conformadas exclusivamente por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia.

    »Para la ejecución contractual, la entidad estatal deberá exigir la constitución de una garantía única que consistirá en una póliza de seguros que cubrirá suficientemente los riesgos del contrato o convenio.

    »La entidad estatal podrá terminar unilateralmente el contrato o convenio en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la organización indígena.

    »En estos convenios se tendrá como aporte de las organizaciones indígenas el conocimiento ancestral». [↑](#footnote-ref-28)
28. Conforme se indica en la exposición de motivos: «La iniciativa presentada consiste en conceder capacidad jurídica a los cabildos indígenas para poder contratar directamente con las entidades del Estado, tanto en lo contemplado en la Ley 80 de 1993, como en la Ley 1150 de 2007. Sea lo primero mencionar que, el proyecto de ley se justifica en el análisis normativo realizado de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, las cuales no incluyen disposiciones que otorguen capacidad jurídica a los cabildos indígenas para celebrar negocios con las entidades del Estado, […]

    »[S]i los resguardos son representados y administrados por los cabildos indígenas de acuerdo con sus usos y costumbres, necesariamente debe existir en el ordenamiento jurídico colombiano una norma que otorgue plena capacidad para contratar a los cabildos indígenas y que de esa forma se materialice lo ordenado en el artículo 2 de la Ley 21 de 1991». Congreso de la República. Gaceta No. 315 del 22 de abril de 2021. Proyecto de ley número 401 de 2021, Senado, 560 de 2021, Cámara. pp. 16-17.

    [↑](#footnote-ref-29)
29. Sobre la necesidad de extender reconocer capacidad jurídica a estas organizaciones, en el marco del trámite legislativo se consideró lo siguiente: «[E]l Decreto 1640 de 2020 que sustituyó y adicionó el Decreto 1066 de 2015, prevé en el artículo 2.5.1.1.22, la existencia de organizaciones de base de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, así como de organizaciones de segundo nivel, entendidas como asociaciones de consejos comunitarios, formas y expresiones organizativas y/o organizaciones de base que agrupan a más de dos (2) organizaciones, inscritas en el Registro Único de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, siempre y cuando el área de influencia de dichas organizaciones corresponda a más de la tercera parte de los departamentos donde existan comisiones consultivas.

    »Aquellas razones hacen necesario aplicar la propuesta legislativa a los consejos comunitarios de las comunidades negras y las organizaciones de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y sus asociaciones de segundo nivel el régimen general de contratación, por lo cual se busca precisar la capacidad de contratación y autorizar la aplicación de la contratación directa, prevista en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2017, a los mencionados consejos y organizaciones […]

    »[R]esulta importante traer a colación el Acta de la Décimo Segunda Sesión Plenaria del Espacio Nacional de Consulta Previa de Medidas Legislativas y Administrativas de Amplio Alcance Susceptibles de Afectar a la Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, donde se acordó que “El Ministerio del Interior, conformará una mesa entre el DNP y Colombia Compra Eficiente para revisar y ajustar de conformidad a la normatividad, los asuntos correspondientes a la capacidad jurídica y legal para la contratación con las formas organizativas de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras” Por tanto, en cumplimiento de este compromiso, el Ministerio del Interior efectuó los análisis respectivos con el Departamento Nacional de Planeación, DNP y con Colombia Compra Eficiente, y se concluyó que resultaba necesaria esta iniciativa legislativa que se somete». [↑](#footnote-ref-30)
30. Lo cuales pueden consultarse aquí: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos [↑](#footnote-ref-31)
31. Ello de conformidad con el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011. [↑](#footnote-ref-32)
32. Según García de Enterría, «Estos concepto jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público […], son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1983. pp. 33-34). [↑](#footnote-ref-33)
33. Sentencia C-382 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo. [↑](#footnote-ref-34)
34. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de enero de 1997. Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón. Expediente: 938. [↑](#footnote-ref-35)
35. Ibíd. [↑](#footnote-ref-36)
36. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de diciembre de 2005. Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos. Expediente: 1706. [↑](#footnote-ref-37)
37. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2006. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Expediente: 1720. [↑](#footnote-ref-38)
38. Ibíd. [↑](#footnote-ref-39)
39. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de marzo de 2010. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Expediente: 1993. [↑](#footnote-ref-40)
40. Ibíd. [↑](#footnote-ref-41)
41. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. Expediente: 2168. [↑](#footnote-ref-42)
42. Ibíd. [↑](#footnote-ref-43)
43. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2008. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente: 29393. Esta tesis fue sostenida también en el auto del 16 de marzo de 2006, dentro del mismo proceso de la referencia. [↑](#footnote-ref-44)
44. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de julio de 2011. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 17661. [↑](#footnote-ref-45)
45. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 23 de julio de 2015. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Expediente: 36805. [↑](#footnote-ref-46)
46. 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-47)
47. 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-48)
48. 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-49)
49. 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-50)
50. 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-51)
51. [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-52)
52. [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-53)
53. [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-54)
54. 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-55)
55. 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-56)
56. 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-57)