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

[…] 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. 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 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibiciones**

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

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 –modificado transitoriamente por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021– prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital «[…] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista»

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

[…] 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.

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.

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

**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.

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.

**ORGANISMOS INTERNACIONALES – Régimen de Contratación – Especialidad**

[E]l artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 que regula la contratación de las entidades estatales con i) «organismos internacionales», ii) «organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales» o iii) «personas extranjeras de derecho público» y que, como se anunció, sustituyó el derogado inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 de 1993. El mencionado artículo 20 establece la posibilidad de que, bajo ciertas circunstancias, se pueda someter el contrato a celebrar con un organismo internacional, con una persona pública extranjera o con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, al régimen normativo contenido en los reglamentos de tales sujetos. […] La especialidad y la forma específica como está redactado el artículo 20 de la Ley 1150 permiten fácilmente colegir que prevé una excepción a la regla general establecida en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según la cual las normas aplicables tanto a la celebración como ejecución del contrato estatal serán las nacionales, siempre y cuando el respectivo acuerdo sea celebrado o ejecutado en el territorio nacional. […] Ahora bien, la posibilidad de aplicar los reglamentos de los sujetos internacionales solo es procedente bajo los estrictos requisitos que trae el artículo 20 de la Ley 1150 2007, tal como lo ha puntualizado esta Subdirección en otras oportunidades. Sin embargo, la regla prescrita en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, contempla tres categorías distintas, las cuales tienen su génesis en i) el origen de los recursos, ii) el objeto del contrato o iii) que se trate de contratos con personas de derecho público extranjero. […] Es menester destacar que el artículo 20 supuso un cambio relevante frente al derogado inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en lo tocante al alcance de la facultad para sujetar el acto jurídico a las disposiciones del estatuto de contratación estatal o a las propias de los organismos internacionales intervinientes. […] En efecto, mientras el inciso 4 mencionado determinaba los asuntos que podían someterse a la normativa del reglamento del organismo internacional, referidos a i) los procedimientos de formación, ii) la adjudicación y iii) las cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes, el artículo 20 de la Ley 1150 no estableció limitación alguna en cuanto a la aplicación de dicho régimen normativo.

**ORGANISMOS INTERNACIONALES – Ley de Garantías Electorales – Restricción – Contratación Directa – Artículo 33 – Alcance – Unificación de criterios**

[C]cuando una entidad pública con fundamento en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 acuerde la aplicación del reglamento del organismo internacional, de la persona pública extranjera o del organismo de asistencia, ayuda o cooperación internacional, se deberá precisar en el respectivo contrato o convenio el alcance de tal variación de régimen y si ello implica acoger la totalidad de las normas del reglamento extranjero o si, por el contrario, solo se aplicarán ciertos aspectos en él regulados. En uno y otro caso, si el reglamento del organismo o sujeto internacional que las partes han convenido en aplicar regula todo lo relacionado con el procedimiento de selección de contratistas y las oportunidades para que sea realizado, la prohibición para contratar directamente establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales no será derecho aplicable al convenio o contrato y sus derivados. Por el contrario, si el convenio en el que se varíe el régimen normativo toca aspectos o etapas distintas al procedimiento para la selección del contratista, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales sí será derecho aplicable a la actividad contractual. En ese sentido, se concluye que el supuesto contemplado en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 resulta ser diferente a los demás regímenes exceptivos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dado que el derecho aplicable a estos contratos no es el derecho nacional, sino normas de carácter internacional, que se materializan en los reglamentos expedidos por los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales.



Bogotá, 08 Abril 2022

Señora

**Mónica Rosalba Burbano Romo**

**Monicaburbano\_8@hotmail.com**

 **Concepto de Unificación CU –180 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Definición – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibiciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Excepciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición del artículo 33 ‒ Destinatarios / ORGANISMOS INTERNACIONALES – Régimen de Contratación – Especialidad / ORGANISMOS INTERNACIONALES – Ley de Garantías Electorales – Restricción – Contratación Directa – Artículo 33 – Alcance – Unificación de criterios |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220224001869 |

Estimada señora Burbano:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta por usted formulada con fecha del 24 de febrero 2022.

**1. Problema planteado**

En su consulta, usted plantea los siguientes interrogantes:

«¿Es viable que una entidad pública suscriba un contrato de donación con un aliado internacional en el periodo de ley de garantías?

¿Es procedente que una entidad pública suscriba un contrato de donación con un aliado nacional en el periodo de ley de garantías?

¿Las entidades estatales pueden suscribir convenios marco de cooperación internacional en el periodo de ley de garantías, teniendo en cuenta que estos no implican el compromiso de recursos presupuestales?

¿Es posible que entidades estatales puedan suscribir convenios de cooperación internacional con aportes en especie, en el periodo de ley de garantías?

Finalmente solicito se aclare cuál es el alcance que se le debe dar al artículo 33 de la Ley 996 de 2005, de acuerdo a lo manifestado por el Consejo de Estado».

Lo anterior teniendo en cuenta que, en su consulta, usted hace referencia, específicamente, a la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados[[1]](#footnote-2). Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos concretos desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes del sistema de compra pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

En atención a lo anterior, la Subdirección responderá su consulta dentro de los límites de su competencia previo análisis de 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, iii) el régimen aplicable a la contratación del Estado colombiano con actores internacionales y iv) la aplicación de la prohibición del artículo 33 de la «Ley de Garantías Electorales» con respecto a la contratación regulada en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la Ley de Garantías Electorales, entre otros, en los Conceptos 4201913000004536 de 17 de julio de 2019, 4201912000005556 del 12 de septiembre de 2019, 4201913000005175 del 13 de septiembre de 2019, 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201913000005082 del 17 de octubre de 2019, 4201913000006306 del 21 de octubre de 2019, 4201912000006552 del 07 de noviembre de 2019, 4201913000006604 del 17 de diciembre de 2019, C-227 del 24 de mayo de 2021 y 396 del 13 de agosto de 2021, C-429 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre, C-481 del 9 de septiembre de 2021, C- 528 del 27 de septiembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021, C-523 del 10 de octubre de 2021, C-614 del 2 de noviembre de 2021 y C-543 del 11 de noviembre de 2021, C-633 del 11 de noviembre de 2021, 681 del 7 de diciembre de 2021, C-686 del 21 de diciembre de 2021, C-697 del 3 de enero de 2022, C-009 del 15 de febrero de 2022, C-005 del 16 de febrero de 2022, C-014 del 18 de febrero de 2022, C- 022 del 21 de febrero de 2022, C-045 del 3 de marzo de 2022, C-064 del 8 de marzo de 2022, C-072 del 11 de marzo de 2022, C-097 del 18 de febrero de 2022, C-116 del 18 de febrero de 2022 y C-077 del 17 de marzo de 2022, entre otros. Dichos conceptos serán reiterados y complementados, en lo pertinente, efectuando algunas precisiones sobre los Conceptos C-296 del 22 de junio de 2021, C-559 del 31 de agosto de 2021 y C-100 de 29 de marzo de 2022, relacionados con la aplicación de la Ley de Garantías Electorales frente a la contratación con organismos internacionales, con el fin de unificar el criterio adoptado por esta Subdirección al respecto.

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

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública*.* Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y, en cuanto a aspectos políticos, establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[2]](#footnote-3).

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[[3]](#footnote-4). En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales. De esta manera, explica que tiene como propósito:

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

[…]

Una ley de garantías electorales es una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa. Un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a los electores. Una ley de garantías busca afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Igualmente, una ley de garantías debe permitir que, en el debate democrático, sean las ideas y las propuestas las que definan el ascenso al poder, y no el músculo económico de los que se lo disputan.[[4]](#footnote-5)

En este contexto, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes y paralelamente se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales.

Por ello, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al analizar la referida ley, precisó lo siguiente:

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

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[[5]](#footnote-6) y del Consejo de Estado[[6]](#footnote-7), coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador[[7]](#footnote-8).

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

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe «[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»[[8]](#footnote-9).

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 –modificado transitoriamente por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021– prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital «[…] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista»[[9]](#footnote-10). La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aclarado la distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate. Al respecto, considera que:

La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para períodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38[[10]](#footnote-11).

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

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública[[11]](#footnote-12).

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado ´contratación directa´ es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso[[12]](#footnote-13). Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas. [...][[13]](#footnote-14) .

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[[14]](#footnote-15) y sistematizó las causales de contratación directa[[15]](#footnote-16), 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[[16]](#footnote-17), 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[[17]](#footnote-18).

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[[18]](#footnote-19).

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[[19]](#footnote-20). 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 11 de noviembre 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»[[20]](#footnote-21). 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[[21]](#footnote-22).

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.

**2.3.** **El régimen aplicable a la contratación del Estado colombiano con organismos internacionales**

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, regula el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren las entidades a las que hace referencia el artículo segundo del estatuto[[22]](#footnote-23). En el inciso primero señala, como criterio inicial, que los contratos estatales se rigen por las disposiciones civiles y comerciales nacionales, salvo en las materias previstas expresamente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En el inciso segundo permite que la ejecución de los contratos celebrados en el exterior se realice de conformidad con las normas del país donde se hayan suscrito, excepto que deban cumplirse en Colombia, caso en el cual se aplicará el régimen de derecho nacional indicado en el inciso primero. Por último, el inciso tercero establece que los contratos que se celebren en Colombia, pero deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

Cabe observar que el artículo 13 de la Ley 80 en su versión original, esto es, antes de la modificación introducida por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, incluía un inciso cuarto del siguiente tenor:

[…] Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y clásulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes […].

El anterior inciso de la norma citada fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Además, el artículo 20 ibidem modificó la regulación de la contratación con organismos multilaterales de crédito o con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, aspecto al que se hará referencia más adelante.

Como puede apreciarse, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece unas excepciones a la ley nacional en materia de contratación estatal, por cuanto permite que se apliquen normas extranjeras en específicos supuestos.

Por un lado, el inciso segundo del artículo 13 determina que en los casos en que se celebren contratos en el extranjero, cuyo cumplimiento no deba ocurrir en Colombia, las normas aplicables a su ejecución podrán ser las del país en donde se haya suscrito. En otras palabras, podrán aplicarse las normas extranjeras a los contratos estatales que *i)* sean celebrados por fuera de Colombia y *ii)* se ejecuten en el extranjero. Estas reglas se acompasan con la máxima según la cual las normas aplicables al contrato son aquellas que corresponden el lugar de su celebración *(lex loci contractus)*, así como también aquella conforme a la cual el contrato que deba ejecutarse en Colombia se rige por las normas nacionales (*lex loci solutionis*).

Lógicamente, en reconocimiento de la soberanía de los estados foráneos, es comprensible que el régimen aplicable a la celebración de los contratos en el extranjero sea la del país en el cual sean suscritos, permitiéndose la opción de que también se apliquen las normas extranjeras relacionadas con su ejecución cuando el respectivo contrato no deba ser ejecutado en Colombia.

Por otro lado, el inciso tercero del artículo 13 trae un supuesto de hecho distinto, esto es, los casos en que un contrato sea celebrado en Colombia y deba ser ejecutado en otro país. En este evento, la norma mencionada permite la posibilidad de que el régimen normativo aplicable a la ejecución sea el del país extranjero, por virtud de la *lex loci solutionis*.

Ahora bien, si el contrato es celebrado en Colombia y también debe cumplirse o ejecutarse en nuestro país, no cabe duda de que el régimen aplicable será el nacional. En este punto la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la norma en comento, determinó que la aplicación del régimen normativo extranjero es procedente cuando el contrato sea celebrado en Colombia, pero deba ejecutarse en el extranjero y, además, precisó que se refiere, únicamente, a la ejecución y no a la celebración, porque con respecto a esta última, el régimen normativo de imperiosa aplicación será el colombiano. En palabras de la Corte:

«Con fundamento en el articulo 4 de la Constitución Política todas las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en Colombia deben someterse al imperio de la Constitución y la ley de nuestro país, en consonancia con el respeto y acatamiento que los nacionales y extranjeros le deben profesar a las autoridades.  Así entonces, por principio todo acto jurídico, todo contrato que se celebre en Colombia, debe sujetarse a la normatividad nacional.  Por donde, al tenor del prenotado inciso se impone entender que *“Los contratos que se celebren en Colombia”*, deben someterse al régimen contractual nacional.

Asimismo, **la ejecución** en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la preceptiva nacional, a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual. Con igual criterio, si la ejecución en el extranjero sólo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución»

Como bien se aprecia, en ejercicio de su soberanía el Estado Colombiano reconoció la existencia de un elemento extranjero para regular mediante ley la norma de conflicto aplicable a la ejecución –en   país extraño- de un contrato celebrado en Colombia, destacándose, además, que la aplicación del derecho extranjero en tal evento no es forzosa.  Por el contrario, ella queda al arbitrio de las partes, correspondiéndole por tanto a los representantes de Colombia celebrar los respectivos contratos estatales con cabal respeto y acatamiento de los imperativos de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, según se ha visto.  Para lo cual deberán atenderse las circunstancias y posibilidades de cada objeto contractual en orden a la realización de las tareas públicas en condiciones de viabilidad financiera, tecnológica y operativa.

En concordancia con lo expresado la Corte acoge los planteamientos de la Vista Fiscal, quien al referirse al inciso en comento concluye que tampoco se quebrantan los artículos 13, 25 y 100 de la Carta, en la medida en que no se privilegia a los extranjeros, pues según se ha visto, la eventual remisión a las normas extranjeras –para la ejecución en el extranjero- sólo puede tener lugar después de perfeccionado el contrato en Colombia bajo la ley nacional; lo cual engloba el proceso de selección, que al amparo de la legislación colombiana, frente a la igualdad para contratar, prefiere la oferta de bienes y servicios de origen nacional, según voces del inciso cuarto del artículo 21 de la ley 80 de 1993, aspectos que en modo alguno son desconocidos por las disposiciones demandadas.

La Sala entiende que el inciso en cuestión ofrece dos interpretaciones, a saber: (i) que la celebración de un contrato y su ejecución parcial en Colombia se someten al derecho extranjero; (ii) que la celebración en Colombia y la ejecución o parte de ella en el territorio nacional, se sujetan a la ley nacional.

La primera interpretación es inconstitucional por cuanto en el territorio de un Estado los actos jurídicos celebrados o ejecutados se someten a la Constitución y las leyes de ese Estado.  La soberanía de un Estado se traduce en que los actos jurídicos celebrados o ejecutados en su territorio se sujetan a su orden jurídico.  No existe soberanía de un Estado si su Constitución y leyes no rigen en su propio territorio.  Si el orden jurídico de un Estado no rige en su propio territorio, lo que quiere decir es que rige el de otro Estado extranjero, y eso hace que el Estado no sea soberano; por esta razón la primera interpretación es contraria a la Constitución[[23]](#footnote-24).» [subraya añadida]

Conforme a lo anterior, la celebración del contrato, con independencia del lugar donde deba ser ejecutado, se regirá por las normas nacionales cuando el acuerdo sea celebrado en el territorio colombiano, mientras que su ejecución podrá resultar cobijada por la normativa extranjera, siempre y cuando el negocio deba cumplirse por fuera del territorio nacional. En caso contrario, esto es, que el contrato deba ejecutarse en Colombia, las normas nacionales resultarán las únicas aplicables a dicha ejecución.

También se resalta que, ante ejecuciones parciales, esto es, situaciones en las que, debido a la naturaleza de las obligaciones pactadas, el contrato deba ejecutarse simultánea, concomitante o consecutivamente en Colombia y en un país distinto, las normas nacionales se aplicarán en lo relativo a la ejecución en el territorio nacional, mientras que las ejecuciones realizadas por fuera del territorio nacional se regirán por la normativa extranjera, siempre y cuando las partes así lo hayan dispuesto.

En este sentido la Agencia aclara lo expresado en el Concepto C-559 de 2021 en el que se dijo que, «[…] cuando los contratos fueron celebrados en Colombia, pero su ejecución se llevará a cabo en el extranjero, tanto la etapa precontractual como contractual podrá someterse a la ley extranjera, o, en su defecto (a falta de pacto expreso), se rigen en parte por la ley colombiana (en cuanto a la celebración) y en parte por la extranjera (en cuanto a su ejecución) [[24]](#footnote-25)».

Debe anotarse que, al revisar el texto del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sobre el cual se apoyó la opinión expresada por la Agencia, se extrae lo siguiente:

«Si estos contratos [se refiere a los celebrados en Colombia] también se ejecutan en Colombia, se rigen integralmente por la ley colombiana (art.13, inc. 1º), pero si deben ejecutarse en el extranjero, ambos aspectos pueden someterse en el contrato a la ley extranjera (art. 13, inc.2º) o, en su defecto (a falta de pacto expreso), se rigen en parte por la ley colombiana (en cuanto a la celebración) y en parte por la extranjera (en cuanto a su ejecución)» [subraya añadida].

Así las cosas, se observa que la Sala de Consulta y Servicio Civil se remite al inciso 2 del artículo 13 que, como ya se anotó, hace referencia a los contratos celebrados en el extranjero y no a los que sean formalizados en el territorio nacional. De manera que, siguiendo los argumentos de la Corte Constitucional en la providencia citada, todo contrato que sea celebrado en el territorio nacional debe regirse en su formación y perfeccionamiento por el derecho nacional, mientras que en lo que tiene que ver con su ejecución, podrá, siempre que las partes asi lo dispongan, preferirse la aplicación del derecho extranjero, si la ejecución o cumplimiento del contrato debe realizarse por fuera del país.

Esta interpretación, además, guarda coherencia con lo preceptuado en el artículo 21 del Código Civil que, con fundamento en el concepto de territorialidad de la ley y la máxima *locus regit actum*, establece que la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados, comprendiendo por «forma» las solemnidades externas de determinado acto jurídico, entre ellas los ritos y solemnidades previstos para la celebración del contrato estatal, de suerte que si este es celebrado en el territorio colombiano, las formalidades para su perfeccionamiento serán las prescritas por el Derecho nacional.

Sin perjuicio de lo explicado, las disposiciones del artículo 13 se deben armonizar con el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 que regula la contratación de las entidades estatales con *i)* «organismos internacionales», *ii)* «organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales» o *iii)* «personas extranjeras de derecho público» y que, como se anunció, sustituyó el derogado inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 de 1993. El mencionado artículo 20 establece la posibilidad de que, bajo ciertas circunstancias, se pueda someter el contrato a celebrar con un organismo internacional, con una persona pública extranjera o con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, al régimen normativo contenido en los reglamentos de tales sujetos.

El texto del artículo 20 de la Ley 1150 que se comenta es el siguiente:

Artículo 20. De la contratación con organismos internacionales. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley  [80](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#1) de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.

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

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

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

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

PARÁGRAFO 3o**.** En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales.

A propósito de la disposición transcrita, conviene traer a colación las consideraciones de la Corte Constitucional sobre el derogado inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, las cuales, *mutatis mutandis,* les son aplicables, en tanto ambas disposiciones entrañan:

 «[…] un precepto especial de contratación, que por virtud de la misma ley 80 de 1993 permite la inaplicación del Estatuto de Contratación Pública en la hipótesis de los contratos relativos a fondos percibidos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismo de cooperación, asistencia o ayuda internacionales. Lo cual encuentra justificación en el hecho de que Colombia hace parte de esos organismos internacionales, como por ejemplo el FMI o el BID, y al hacer parte de ellos puede aceptar sus estatutos y régimen de contratación en cumplimiento de convenios, tratados y resoluciones de entidades supranacionales en los que el país ha participado activamente, como la ONU y la OEA, con sus filiales»[[25]](#footnote-26)

La especialidad y la forma específica como está redactado el artículo 20 de la Ley 1150 permiten fácilmente colegir que prevé una excepción a la regla general establecida en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según la cual las normas aplicables tanto a la celebración como ejecución del contrato estatal serán las nacionales, siempre y cuando el respectivo acuerdo sea celebrado o ejecutado en el territorio nacional.

Ahora bien, la posibilidad de aplicar los reglamentos de los sujetos internacionales solo es procedente bajo los estrictos requisitos que trae el artículo 20 de la Ley 1150 2007, tal como lo ha puntualizado esta Subdirección en otras oportunidades. En efecto, en los Conceptos C-374 del 23 de julio de 2020, C-680 del 18 de noviembre de 2020 y C-296 del 22 de junio de 2021, esta Subdirección indicó que el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 estableció la posibilidad de que la contratación que lleven a cabo las entidades públicas con los organismos internacionales pueda someterse a los reglamentos de estos últimos organismos. Sobre este punto cabe destacar que si bien el concepto de organismos internacionales hace referencia a las organizaciones de carácter intergubernamental[[26]](#footnote-27), dentro del ámbito de aplicación de la norma también se incluyó la contratación con los Estados extranjeros y sus correspondientes entidades públicas.

Esta facultad especial encuentra su fundamento en la necesidad y el deber que tiene el Estado Colombiano (art. 9º de la C. P.) de incorporarse al ámbito de la contratación internacional para aprovechar todos sus recursos y disponibilidades financieras y tecnológicas, pero dentro de la regulación general prevista para todos los Estados usuarios.

Sin embargo, la regla prescrita en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, contempla tres categorías distintas, las cuales tienen su génesis en *i)* el origen de los recursos, *ii)* el objeto del contrato o *iii)* que se trate de contratos con personas de derecho público extranjero.

El condicionamiento relacionado con el origen y porcentaje de los recursos, se debe a la mala práctica en que incurrieron algunas entidades del Estado, que celebraron convenios con organismos de derecho internacional sin que en su objeto hubiera ánimo de colaboración, ayuda o financiación en favor de las entidades públicas colombianas. Bajo el ropaje de esta tipología contractual, las entidades públicas entregaban su presupuesto anual a los organismos internacionales para que lo administraran aplicando las normas de contratación extranjeras, en muchos casos bastante flexibles y de esta forma eludir el régimen de contratación pública.

Realizadas las anteriores precisiones, esta Subdirección procederá a analizar las tres hipótesis de contratación contempladas en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

* **Origen de los recursos**

El inciso primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, establece que los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. Respecto al alcance de esta tipología de contratos, la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto No 11001-03-06-000-2018-00129-00(2389) del 25 de septiembre de 2018, resaltó las principales características en el siguiente sentido:

«[…] ii) De acuerdo con lo previsto en el art. 20 de la Ley 1150 de 2007, los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito pueden someterse a los reglamentos de tales organismos.

De ser así, el Estatuto de Contratación Pública no será aplicable a los procesos de selección, a la celebración y a la ejecución de estos contratos, a menos que los reglamentos de tales organismos se remitan a las normas de contratación pública nacional, o guarden silencio respecto a determinados aspectos del proceso contractual o de su ejecución. En este último caso, el Estatuto General de Contratación Pública será aplicable de manera supletiva.

iii) Es importante destacar que la posibilidad de inaplicar las normas nacionales de contratación pública a los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito es de naturaleza excepcional y, por lo tanto, de aplicación restrictiva.

Además, dicha posibilidad no se extiende a las normas del régimen presupuestal contenido en la Constitución Política, en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y en sus demás normas reglamentarias. Este régimen es diferente del consagrado para los contratos estatales regulados por la Ley 80 de 1993 o por los reglamentos de los organismos multilaterales de crédito, aunque se encuentren relacionados e incluso en condición de complementariedad.

Por lo tanto, si bien los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito pueden someterse a los reglamentos de tales entidades, permanecen sujetos a los principios y reglas del régimen presupuestal colombiano. […] »

Aunado a lo anterior, cabe destacar que el inciso segundo del citado artículo 20 de la Ley 1150 fue reglamentado por el Decreto 1082 de 2015, el cual dispone:

Artículo 2.2.1.2.4.4.1. Régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación Internacional. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, pueden someterse a los reglamentos de tales entidades incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán al presente título.

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

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

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

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

Los contratos con personas extranjeras de derecho público se deben celebrar y ejecutar según se acuerde entre las partes.

De conformidad con lo expuesto, se concluye que los contratos o convenios que son financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, pueden someterse a los reglamentos de tales entidades y, en consecuencia, sustraerse de la aplicación de las normas nacionales. Sin embargo, es importante destacar que dicha posibilidad es de naturaleza excepcional y, por tanto, de aplicación restrictiva.

* **Objeto del contrato**

Por su parte, en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, se contempla una segunda hipótesis de remisión a los reglamentos de los órganos internacionales, pero condicionado a que el objeto del contrato se encuentre enmarcado en alguno de los siguientes supuestos:

* Contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud.
* Contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT.
* Contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos.
* Contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos.
* Contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM.

En cuanto a esta hipótesis, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 12 de junio de 2014, radicación 13001-23-31-000- 1999-00275-01(28279), aclaró:

El artículo 20 también distinguió los sujetos y los negocios jurídicos a que se refirió el inciso derogado del artículo 13 de la Ley 80. En ese orden, en el inciso segundo señaló que los convenios o contratos celebrados por personas extranjeras de derecho público o por organismos de derecho internacional, “ cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros ” pueden acogerse a los regímenes de dichos entes, no obstante, en este inciso no se impuso el límite de financiación, establecido para la contratación de organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales:

[…]

Esta norma, recogiendo la historia, la filosofía del Decreto 2170 de 2002 y la sentencia C- 249 de 2003, señaló que las entidades no podían celebrar “contratos de administración de recursos” con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, sin embargo, en esta oportunidad también distinguió los sujetos a los que no dio un trato diferenciado el inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80:

[…]

En este contexto normativo y jurisprudencial, se concluye que los contratos celebrados por las entidades estatales con organismos de cooperación, ayuda o asistencia, incluso con organismos de derecho público internacional, son válidos, pero tiene limitaciones cuando se aprovecha la posibilidad de someter los contratos que desarrollen esos convenios a las normas contractuales de esos organismos.

Por tanto, se concluye que los contratos que suscriban las entidades estatales con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional, cuyo objeto se encuentre enmarcado en cualquiera de las hipótesis descritas, podrán someterse a los reglamentos de dichos órganos internacionales. Igualmente, bajo ningún escenario, las entidades públicas podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

* **Contratos con personas extranjeras de derecho público**

El parágrafo primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 contempla la posibilidad de que los contratos que suscriban las entidades públicas con personas extranjeras de derecho público puedan someterse a los reglamentos de estas últimas personas, entendiendo personas extranjeras de derecho público como los Estados y sus correspondientes entidades públicas.

Es menester destacar que el artículo 20 supuso un cambio relevante frente al derogado inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en lo tocante al alcance de la facultad para sujetar el acto jurídico a las disposiciones del estatuto de contratación estatal o a las propias de los organismos internacionales intervinientes.

En efecto, mientras el inciso 4 mencionado determinaba los asuntos que podían someterse a la normativa del reglamento del organismo internacional, referidos a *i)* los procedimientos de formación, *ii)* la adjudicación y *iii)* las cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes, el articulo 20 de la Ley 1150 no estableció limitación alguna en cuanto a la aplicación de dicho régimen normativo. Así lo ha explicado el Consejo de Estado:

[…] se produjo un cambio importante frente a la normativa preexistente, porque según el art. 20 lo que se rige por los estatutos internos de esos organismos es todo el proceso selección y el contrato; mientras que en el inciso cuarto del art. 13 de la Ley 80 eran dos aspectos: i) el procedimiento de selección del contratista, que incluye la adjudicación, y ii) algunas cláusulas especiales del contrato, relacionadas con la ejecución, el cumplimiento, el pago y los ajustes. El cambio es sustancial, porque pasó de tener limitaciones a no tenerlas.[[27]](#footnote-28) [subraya añadida]

Dicha conclusión se desprende del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, que en todo caso hace referencia a que los reglamentos de los organismos internacionales y demás sujetos internacionales enunciados en la norma podrán ser aplicados eventualmente «al contrato», siempre y cuando, claro está, se cumplan con los requisitos establecidos en la misma norma y que ya fueron descritos.

**2.4. Unificación de la posición de la Agencia frente a los contratos con organismos y sujetos internacionales regulados en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 y la aplicación de la restricción del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales**

Esta Agencia se ha referido, puntualmente, al tema relacionado con la aplicación de la restricción a la contratación directa contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, con respecto a la contratación con organismos y sujetos internacionales.

En un primer momento, mediante Concepto de 25 de septiembre de 2013, la Agencia absolvió una consulta elevada por el Banco Mundial, en el que señaló que:

Las operaciones del Banco Mundial están enmarcadas en el segundo inciso del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 y por esta razón pueden someterse a los reglamentos internos del Banco Mundial. Cuando tales operaciones han sido sometidas al reglamento del Banco Mundial, bien sean contratos, convenios, donaciones, asistencias técnicas y sus derivados, no están regidas por el sistema de compras y contratación pública colombiana y, en consecuencia, no se les puede aplicar una prohibición propia de éste sistema como lo es la establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005. Así lo han considerado diferentes organismos públicos colombianos […] y la Directiva Presidencial 11 de 2009 de 13 de noviembre de 2009 cuando incluyó dentro de las exclusiones a la prohibición para la contratación directa a la que se refiere el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 los contratos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007[[28]](#footnote-29).

Tiempo después, en Concepto de 11 de noviembre de 2016, la Agencia respondió otra consulta sobre la misma temática formulada por el Banco Interamericano de Desarrollo con igual orientación al reiterar que:

Las operaciones del BID están enmarcadas en el segundo inciso del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 y por esta razón pueden someterse a los reglamentos internos del BID. Cuando tales operaciones han sido sometidas al reglamento del BID, bien sean contratos, convenios, donaciones, asistencias técnicas y sus derivados, no están regidas por el Sistema de Compra Pública y, en consecuencia, no se les puede aplicar una prohibición propia de éste sistema como lo es la establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías.

Igualmente la tesis en cita, fue ratificada en conceptos del 26 de diciembre de 2017 con radicado 4201714000007162, 1 de marzo de 2018 con radicado 4201813000001999, 13 de marzo de 2018 con radicado 4201814000002435 y 27 de abril de 2018 con radicado 4201813000001999, en el sentido que los contratos o convenios de cooperación, asistencia y ayuda internacional que se rigen por las normas de los organismos internacionales, no están restringidos por la Ley de GarantíasRecientemente, a través de los conceptos C-296 del 22 de junio de 2021, C-559 del 31 de agosto de 2021 y el C-100 del 29 de marzo de 2022, la Agencia a través de esta Subdirección abordó nuevamente el asunto, exponiendo las tesis que a continuación se resumen:

En el Concepto C-296 de 2021 esta Subdirección se expresó en el siguiente sentido:

Ahora bien, para la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 es necesario considerar que el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 consagra un régimen jurídico que exceptúa la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. A diferencia del régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas sociales del Estado, entre otras, la excepción prevista para los contratos suscritos con organismos internacionales –más que privilegiar la competencia económica– flexibiliza el régimen contractual aplicable[[29]](#footnote-30). Para la doctrina, esta excepción se consagra de acuerdo con el objeto del contrato celebrado, por lo que no se realiza en consideración al sector específico al que pertenece la entidad, la asignación de un esquema legal propio a esta o por la naturaleza del fondo encargado de administrar recursos públicos.

[…]

Pese a lo anterior, la prohibición de contratación directa del [sic] la Ley de Garantías es independiente del régimen contractual. Así la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explica que «La prohibición contenida en el artículo 33, desde el punto de vista objetivo o material, comprende la contratación directa, entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o uno especial en razón del objeto, del contrato o del órgano que contrata»[[30]](#footnote-31) (Énfasis fuera de texto). Por tanto, durante la vigencia de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 está restringida cualquier modalidad de selección que excluya la pluralidad de oferentes en el régimen especial de contratación con organismos internacionales.

 A través del Concepto C-100 de 2022, esta Subdirección reiteró integramente la argumentación que acaba de citarse, añadiendo lo siguiente:

Por tales razones, se aclara Concepto C-559 del 31 de agosto de 2021, armonizándolo con el Concepto C-296 del 22 de junio del mismo año, para precisar que la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 rige con independencia del régimen jurídico del contrato. En tal sentido, salvo que ingrese en alguna de las excepciones establecidas en el segundo inciso de la disposición citada, esta restricción también aplica a la celebración de contratos con organismos internacionales, aun cuando se presenten los supuestos indicados en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, en los cuales dichos contratos se pueden someter a los reglamentos de tales organizaciones. Ahora bien, cabe destacar que el Concepto C-559 de 2021 mencionado, sostuvo una tesis que, en principio, parecería ser divergente de la planteada en las opiniones que acaban de citarse, pero, como se verá, tal contradicción resulta serlo solo en apariencia; de ahí necesidad que esta Subdirección unifique y aclare el criterio respectivo. En efecto, en el mentado Concepto C-559, se argumentó:

Respecto al alcance de esta prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 2 de febrero de 2006, expediente 11001-0306-000-2006-00011-00 (1712), aclaró que comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía.

Sin embargo, esta interpretación parte de un supuesto de hecho, y es que el contrato se encuentra sometido a las normas nacionales, dado que como se puso de presente en los considerandos de este concepto, existen algunos casos en los cuales el legislador habilitó a las entidades públicas para que suscribieran contratos cuyo régimen es distinto al derecho nacional, por lo que en estos eventos dicha restricción no sería aplicable.

[…]

Sobre este punto, cabe destacar que el supuesto contemplado en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 resulta ser diferente a los demás regímenes exceptivos del Estatuto General de Contratación Pública, dado que el derecho aplicable a estos contratos no es el derecho nacional, sino normas de carácter internacional, que se materializan en los reglamentos expedidos por los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, razón por la cual se le da alcance a lo sostenido en concepto C-296 del 22 de junio de 2021.

Ante lo transcrito, esta Subdirección procede a unificar su criterio en el siguiente sentido:

Sea lo primero advertir que de cara a la aplicación de la Ley 996 de 2005, es imperativo tener claras sus finalidades y objetivos, de tal manera que al momento de materializar las prohibiciones en ella contenidas no se incurra en el equívoco de extenderlas hasta supuestos en los que la norma no está llamada a ser aplicada. Recuérdese que en materia de normas prohibitivas rige el criterio de interpretación restrictiva. Así, como se dijo, con la Ley de Garantías Electorales se ha pretendido tomar medidas para garantizar la pulcritud de los comicios en el país y para ello, entre otras, se estableció una prohibición según la cual se proscribe cualquier tipo de contratación directa para todos los entes del Estado, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso.

En ese sentido, la prohibición del artículo 33 tiene alcances y supuestos claramente definidos y que han sido explicados en múltiples ocasiones por esta Agencia, destacándose, en esta oportunidad, que dicha disposición debe ser comprendida en el contexto y contenido teleológico de la ley a la que pertenece, por lo cual, para el supuesto específico de dicho artículo, el evitar, durante el periodo preelectoral de las elecciones para Presidente y Vicepresidente de la República, la utilización de mecanismos de selección en los que no se realicen convocatorias públicas, se toma como una medida para evitar que a través de dicha manera de contratar se favorezca, con la utilización de recursos públicos, a cierto candidato, partido o movimiento político.

La proscripción de la contratación directa durante el periodo preelectoral de que trata el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, es un asunto que atañe a la selección de contratistas por parte del Estado, es decir, afecta la manera como las distintas entidades públicas llevan a cabo la elección de los sujetos que prestarán o entregarán el servicio, obra o bien necesitados por ellas. Esto por cuanto es claro que, en lo referente al procedimiento de selección de contratistas, un aspecto que resulta fundamental en dicho trámite es el de la oportunidad, etapas y tiempos que la entidad pública determina para llevarlo a cabo. De esa forma, en la etapa de planeación la entidad valora y define el momento en que realizará la contratación, y prestablece, dentro del marco de la normatividad aplicable, las distintas fases, oportunidades, etapas, etc. que adelantará para que tal selección se realice de manera correcta y garantizando los principios regentes en la contratación estatal.

Así las cosas, cuando la Ley 996 de 2005 prohíbe, durante un lapso de 4 meses anteriores a cierto tipo de elecciones, la contratación directa, esto es, aquella que se lleve a cabo sin convocatoria pública, lo que en últimas hace es incidir en la manera como las entidades estatales adelantan sus procesos de selección de contratistas, debiendo, entonces, ante la imposibilidad jurídica impuesta por la norma, postergar el momento en que contratarán mediante ese mecanismo ciertos objetos contractuales, con la finalidad de evitar que la contratación se utilizada para incidir en las elecciones.

Significa lo anterior que el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 es una norma que impacta los procedimientos de selección, aunque sea de manera transitoria, esto es, cada vez que se presenten elecciones presidenciales, en lo que toca al momento, fases y oportunidades para la selección del contratista y, en consecuencia, la celebración del contrato estatal.

Ahora bien, se ha dicho que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 establecen la posibilidad de que las partes del contrato, siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos, puedan someter distintos aspectos de la actividad contractual a un régimen normativo distinto al nacional. También se ha aclarado los alcances de tal facultad, precisando que cuando las partes del contrato optan por aplicar el régimen extranjero, lo pueden hacer sobre la totalidad de la actividad contractual o solo con respecto a ciertos elementos de la misma.

Así mismo, se resaltó que el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 modificó sustancialmente el régimen previsto en el derogado inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en lo referido a los alcances de la facultad de variar el régimen normativo. En efecto, mientras que la Ley 80 establecía solo ciertos aspectos sobre los cuales las partes podían aplicar la normativa extranjera, la Ley 1150 no determinó alguno, limitándose a disponer que las disposiciones de los reglamentos del organismo internacional podrían ser aplicados «al contrato».

Tal cambio de concepción implica que, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que el artículo 20 impone, las partes que deseen contratar podrán incorporar las normas contenidas en los reglamentos de los organismos internacionales, de forma completa y absoluta o de manera sectorizada y parcial. En este último caso, entonces, podrán convenir, por ejemplo, que al contrato se apliquen solo ciertas normas extranjeras de su reglamento relacionadas con el procedimiento de selección o la forma de celebrar el contrato, y estipular que la ejecución de este se regirá por el ordenamiento nacional.

En todo caso, dada la naturaleza potestativa de la variación de régimen normativo que gobierna el contrato, las partes serán las encargadas de establecer el alcance de tal variación, optando por el régimen nacional o por el internacional, o bien por ambos de manera alternada, consecutiva o paralela.

La definición del alcance en que operará la variación del régimen normativo en relación con la actividad contractual es determinante para establecer si la restricción consagrada en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales resulta aplicable o no. Si las partes, habilitadas para hacerlo, optan por aplicar de manera completa y absoluta la normativa contenida en los reglamentos del organismo o sujeto internacional, y si esta normativa consagra disposiciones relacionadas con la oportunidad, tiempos, fases, etapas etc. de los procedimientos de selección, entonces, serán dichas previsiones las que regirán el convenio y la contratación respectiva (bien sean contratos, donaciones, asistencias técnicas y sus derivados) y, por ende, la norma del artículo 33 no será derecho aplicable a la misma.

Por el contrario, si las partes no optan por aplicar el reglamento (normativa extranjera) de tales organismos y sujetos internacionales en aspectos que atañen al acuerdo o convenio y el procedimiento para su desarrollo en la selección de contratistas, el artículo 33 de la Ley de Garantías sí será aplicable a la correspondiente contratación. Lo mismo sucederá cuando, por ejemplo, pese a que las partes convengan una variación normativa absoluta hacia el derecho extranjero, pero las disposiciones del reglamento del organismo internacional dejan al derecho nacional la regulación del acuerdo o convenio y los procedimientos de selección, será aplicable la prohibición contenida en el artículo 33 citado.

Así las cosas, con el fin de unificar los criterios expresados en los conceptos emitidos por esta Subdirección en pasadas oportunidades, es menester precisar que, si bien la prohibición para la contratación directa contenida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales aplica a todos los entes del Estado cualquiera que sea el régimen jurídico de contratación de carácter nacional, no puede obviarse que, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, el legislador ha permitido que en ciertos casos las partes que pretendan celebrar un contrato regulado por esta última disposición pueden optar por aplicar la normativa nacional o la internacional de manera absoluta o parcial.

De esa forma, cuando se acuerde la variación del régimen normativo de manera absoluta a la actividad contractual, se aplicarán íntegramente las normas del reglamento del organismo o sujeto internacional. Esto no quiere decir que en la actividad contractual regida por el derecho extranjero se soslaye o viole la normativa nacional, porque no debe olvidarse que la contratación con organismos internacionales, personas de derecho público extranjero y organismos de cooperación, ayuda y asistencia internacional, se encuentra amparada por previos tratados, convenios o convenciones ratificados por el Estado e incorporados debidamente al ordenamiento jurídico interno.

Por el contrario, este régimen de excepcionalidad obedece a claras *razones de política económica exterior y de apertura para obtener la colaboración efectiva de los organismos multilaterales de crédito, en un mundo globalizado que requiere de mecanismos jurídicos que permitan el relacionamiento con estas entidades[[31]](#footnote-32), lo cual guarda relación con la necesidad y deber que tiene el estado Colombiano* de incorporarse al concierto de la contratación internacional para aprovechar todos sus recursos y disponibilidades financieras y tecnológicas, pero dentro de la regulación general prevista para todos los Estados usuarios.Además, como arriba se explicó, debe tenerse en cuenta que la finalidad de la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales es evitar la utilización de la contratación directa como mecanismo para que, con recursos públicos, una entidad estatal favorezca o impulse a cierto candidato, partido o movimiento político. Vista así, dicha finalidad no parecería acomodarse a la contratación con los sujetos internacionales catalogados en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, menos aún, cuando se trata de contratos financiados con recursos provenientes de los organismos internacionales o de entidades gubernamentales extranjeras.

En este orden de ideas, esta Subdirección unifica su criterio en torno a la aplicación de la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, en el sentido de que, cuando una entidad pública con fundamento en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 acuerde la aplicación del reglamento del organismo internacional, de la persona pública extranjera o del organismo de asistencia, ayuda o cooperación internacional, se deberá precisar en el respectivo contrato o convenio el alcance de tal variación de régimen y si ello implica acoger la totalidad de las normas del reglamento extranjero o si, por el contrario, solo se aplicarán ciertos aspectos en él regulados.

En uno y otro caso, si el reglamento del organismo o sujeto internacional que las partes han convenido en aplicar regula todo lo relacionado con el procedimiento de selección de contratistas y las oportunidades para que sea realizado, la prohibición para contratar directamente establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales no será derecho aplicable al convenio o contrato y sus derivados. Por el contrario, si el convenio en el que se varíe el régimen normativo toca aspectos o etapas distintas al procedimiento para la selección del contratista, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales sí será derecho aplicable a la actividad contractual.

En ese sentido, se concluye que el supuesto contemplado en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 resulta ser diferente a los demás regímenes exceptivos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dado que el derecho aplicable a estos contratos no es el derecho nacional, sino normas de carácter internacional, que se materializan en los reglamentos expedidos por los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales.

**3. Respuesta**

«¿Es viable que una entidad pública suscriba un contrato de donación con un aliado internacional en el periodo de ley de garantías?

¿Las entidades estatales pueden suscribir convenios marco de cooperación internacional en el periodo de ley de garantías, teniendo en cuenta que estos no implican el compromiso de recursos presupuestales?

¿Es posible que entidades estatales puedan suscribir convenios de cooperación internacional con aportes en especie, en el periodo de ley de garantías?»

Sí. Cuando la celebración de tal contratación, bien sea contratos, convenios, donaciones, asistencias técnicas y sus derivados, al amparo del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, ha sido sometida por las partes al reglamento (normativa extranjera) de los organismos internacionales, organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales o personas extranjeras de derecho público, no le es aplicable la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales (norma nacional).

En efecto, teniendo en cuenta que el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 afecta los procedimientos para la selección de contratistas por parte de las entidades públicas, en el evento en que una entidad pública con fundamento en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 acuerde la aplicación del reglamento del organismo internacional, de la persona pública extranjera o del organismo de asistencia, ayuda o cooperación internacional, se deberá precisar en el respectivo contrato o convenio el alcance de tal variación de régimen y si ello implica acoger la totalidad de las normas del reglamento extranjero o si, por el contrario, solo se aplicarán ciertos aspectos en él regulados.

En uno y otro caso, si el reglamento del organismo o sujeto internacional que las partes han convenido en aplicar regula todo lo relacionado con el procedimiento de selección de contratistas y las oportunidades para que sea realizado, la prohibición para contratar directamente establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales no será derecho aplicable al convenio o contrato y sus derivados. Por el contrario, si el convenio en el que se varíe el régimen normativo toca aspectos o etapas distintas al procedimiento para la selección del contratista, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales sí será derecho aplicable a la actividad contractual.

«¿Es procedente que una entidad pública suscriba un contrato de donación con un aliado nacional en el periodo de ley de garantías?»

No. La prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a cualquier tipo de contratación directa o que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes para la selección del contratista y, además, resulta aplicable a la contratación de cualquier ente estatal, con independencia de su régimen jurídico de carácter nacional o el tipo contractual que se pretenda celebrar. Lo anterior, sin perjuicio de lo expresado en este concepto en relación con la aplicación o no de dicha prohibición en desarrollo del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

«Finalmente solicito se aclare cuál es el alcance que se le debe dar al artículo 33 de la Ley 996 de 2005, de acuerdo a lo manifestado por el Consejo de Estado»

De conformidad con la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado citada en este concepto, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 se aplica tanto a las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación Pública como a las que están exceptuadas del ámbito de aplicación de dicho estatuto y que cuentan con régimen especial de contratación.

Lo anterior sin perjuicio de lo expuesto en precedencia a propósito de la contratación con organismos internacionales cuando se rige por sus reglamentos. En efecto, el supuesto contemplado en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 resulta ser diferente a los demás regímenes exceptivos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dado que el derecho aplicable a estos contratos no es el derecho nacional, sino normas de carácter internacional, que se materializan en los reglamentos expedidos por los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén VargasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Marín LópezAsesor Jurídico de Dirección General |
| Aprobó: | Andrés Mancipe González Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE (E) |

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

»[...]

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

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

»[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

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

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

» […]

» Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista». [↑](#footnote-ref-10)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2015. C.P. William Zambrano Cetina. Radicación No. 11001-03-06-000-2015-00164-00(2269). [↑](#footnote-ref-11)
11. «[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-». [↑](#footnote-ref-12)
12. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-13)
13. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-14)
14. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-15)
15. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-16)
16. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-17)
17. 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-18)
18. 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-19)
19. Cfr. Concepto C-757 del 30 de diciembre de 2021. [↑](#footnote-ref-20)
20. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153-05 de 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, efectuó el Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara que dio lugar a la Ley de Garantías Electorales. [↑](#footnote-ref-21)
21. 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-22)
22. Ley 80 de 1993: «Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#2)o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

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

» Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera». [↑](#footnote-ref-23)
23. Corte Constitucional, Sentencia C-294 del 16 de marzo de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería. [↑](#footnote-ref-24)
24. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 29 enero de 2004, radicado No. 1531. [↑](#footnote-ref-25)
25. Corte Constitucional. C- 249 de 2004, Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-26)
26. Al respecto, el literal i) del numeral 1 del artículo 1 de la Ley 32 de 1985, “Por medio de la cual se aprueba la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”, establece: “se entiende por organización internacional una organización intergubernamental”. [↑](#footnote-ref-27)
27. Consejo de Estado, Rad. 28279, Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-28)
28. La Directiva Presidencial 11 de 13 de noviembre de 2009, indicó: «2.5 De esta prohibición [se refiere a la prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005] se excluye la adquisición de los siguientes bienes o servicios y la celebración de los siguientes contratos: […] 2.5.5. Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, cuando se sometan a los reglamentos de dichos organismos u entes.». [↑](#footnote-ref-29)
29. JOJOA BOLAÑOS, Alexander. Los regímenes exceptuados en los contratos estatales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. p. 138 y ss. [↑](#footnote-ref-30)
30. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de abril de 2006. Rad:1712. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-31)
31. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, subsección C, sentencia de 26 de noviembre de 2015, radicado No. 05001-23-31-000-2001-03849-01(54069) [↑](#footnote-ref-32)