**CCE-DES-FM-17**

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

[…] la Ley 996 de 2005 se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Respecto a su finalidad, en la Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005 se observa que tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial, introduciendo en el ordenamiento jurídico limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones y otro tipo de actuaciones que impliquen destinar recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales.

**LEY DE GARANTÍAS ‒ Restricciones para elecciones – Presidenciales**

Para las elecciones a la Presidencia de la República, la Ley 996 de 2005 prohíbe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado. Así lo señala su artículo 33, limitación que se aplica durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, coincidiendo con la delimitación temporal señalada para la campaña política.

**LEY DE GARANTÍAS ‒ Restricciones para elecciones– Comicios a cargos de elección popular**

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece la prohibición para gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades de orden municipal, departamental o distrital, para celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección.

[…] lo determinante para definir los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. En armonía con lo anterior, como se indicó en la Circular citada, y de acuerdo con las demás consideraciones expuestas, la restricción establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aplica para los negocios jurídicos anteriores, esto es, para los contratos o convenios interadministrativos. Finalmente, es importante destacar que la prohibición aplicará cuando el contrato o convenio interadministrativo sea celebrado por los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades del orden municipal, departamental o distrital, como expresamente lo establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

**LEY DE GARANTÍAS – Excepciones – Empresas Sociales del Estado**

[…] el segundo inciso del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales consagró las excepciones aplicables a la prohibición de contratación directa establecida en el mismo artículo, esto es, supuestos bajo los cuales no aplicaría la limitación analizada en el numeral 2.2.1. de este concepto. Las excepciones a la prohibición del artículo 33 de la norma mencionada son las siguientes: i) La contratación referente a la defensa y seguridad del Estado; ii) Los contratos de crédito público; iii) Los contratos requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) La contratación para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor y; v) La contratación que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

[…]

Las Empresas Sociales del Estado son las entidades hospitalarias de que trata la excepción a la prohibición establecida en el artículo 33 de la ley de Garantías Electorales. De igual forma, incluyen también dentro de esta excepción a la prohibición, a aquellas instituciones públicas que, aunque no cumplieron con el deber de reestructuración establecido en el artículo 197 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio de salud directo como entidad hospitalaria.

Por tanto, las Empresas Sociales del Estado podrían suscribir contratos bajo la modalidad de contratación directa, porque el inciso segundo del artículo 33 de la ley 100 de 1993 exceptuó de la prohibición de contratación bajo la modalidad referida a las entidades hospitalarias, categoría dentro de las cuales se incluye a las Empresas Sociales del Estado y, en consecuencia, podrán suscribir sus contratos en la forma establecida en sus manuales de contratación, sin que les resulte aplicable la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

CCE-DES-FM-17

Bogotá D.C., **11/11/2021**



Señora

**Luisa Fernanda Rico**

Ciudad

 **Concepto C – 634 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Definición – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ‒ Restricciones para elecciones – Presidenciales / LEY DE GARANTÍAS ‒ Restricciones para elecciones – Comicios a cargos de elección popular LEY DE GARANTÍAS – Excepciones – Empresas Sociales del Estado |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210928008882 |

Estimada señora Rico:

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 a su consulta realizada el 28 de septiembre de 2021.

1. **Problemas planteados**

Usted plantea las siguientes preguntas:

«1. ¿LA LEY 996 DE 2005, LE ES APLICABLE A LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO?

2. PARA LAS ELECCIONES A REALIZARSE EL 13 DE MARZO DE 2022, CUANDO INICIARÍAN LAS RESTRICCIONES RELACIONADAS (EN LA LEY DE GARANTÍAS) CON LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS?.

3. EN CASO DE QUE LA RESTRICCIÓN INICIE EL DÍA 13 DE NOVIEMBRE DE 2021, COMO SERÍA EL PROCESO DE CONTRATACIÓN DE LAS ESE PARA INICIO DE AÑO 2022 PARA PODER GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD? [SIC]»

1. **Consideraciones**

Con el propósito de resolver la consulta se analizará: i) la definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales; ii) la determinación de las restricciones según el tipo de elecciones y excepciones a las mismas; y iii) la excepción a la prohibición de la contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales a las entidades hospitalarias y sanitarias.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005, en materia contractual, en los conceptos con radicados: 4201912000004632 del 6 de agosto de 2019, 2201913000005655 del 8 de agosto de 2019, 2201913000006283 del 27 de agosto de 2019, 2201913000006521 del 3 de septiembre de 2019, 2201913000006634 del 6 de septiembre de 2019, 2201913000006639 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000007430 del 7 de octubre de 2019, 2201913000007565 del 10 de octubre de 2019, 2201913000008259 del 6 de noviembre de 2019, C- 259 de 2 de junio de 2021, C-296 de 22 de junio de 2021, C-337 de 13 de julio de 2021, C-350 de 16 de julio de 2021, C-374 de 16 de septiembre de 2021, C-376 de 26 de julio de 2021, C-381 de 2 de agosto de 2021, C-391 de 11 de agosto de 2021, C-396 de 13 de agosto de 2021, C-401 de 10 de agosto de 2021, C-439 de 27 de agosto de 2021 C-456 de 3 de septiembre de 2021, C.477 de 6 de septiembre de 2021, C-481 de 9 de septiembre de 2021, C-494 de 17 de septiembre de 2021 C-495 de 15 de septiembre de 2021 C- 497 de 15 de septiembre de 2021 y C- 499 de 15 de septiembre de 2021. En el concepto C-553 del 25 de octubre de 2021, además de abordar el tema anterior, se profundizó en la excepción a la prohibición de la contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales a las entidades hospitalarias y sanitarias. La tesis y argumentos desarrollados en dichos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente a continuación.

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

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública, *verbigracia*, 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[[1]](#footnote-1).

 En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005 se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Respecto a su finalidad, en la Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005 se observa que tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial, introduciendo en el ordenamiento jurídico limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones y otro tipo de actuaciones que impliquen destinar recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición y señalado los propósitos de una ley de garantías, así:

[…] 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.

Siguiendo la finalidad mencionada, 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.

De otra parte, 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, lo anterior fue indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al analizar la referida ley, precisando 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[[2]](#footnote-2) y del Consejo de Estado[[3]](#footnote-3), 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.[[4]](#footnote-4)

De lo anterior se desprende que las limitaciones a la libertad contractual establecidas en la Ley 996 de 2005 deben interpretarse de forma restrictiva, y como se precisará se dirigen a dos 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 territorial, siendo necesario analizar las restricciones aplicables según cada tipo de elecciones.

**2.2 Determinación de las restricciones según el tipo de elecciones y excepciones a las mismas**

La Ley 996 de 2005 hace referencia a las elecciones presidenciales concretamente, y en forma general a las que se realizan para acceder a cargos de elección popular. Esta diferenciación ha sido también objeto de análisis por el Consejo de Estado, que ha precisado que de esa ley se derivan distintos tipos de prohibiciones:

[…]

La ley 996 de 2005 es el instrumento jurídico garantizador de las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos y en razón de ello, procede su aplicación en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, advirtiendo que contiene regulaciones y prohibiciones sobre dos tipos de campañas electorales: la presidencial y las que se adelanten para la provisión de los demás cargos de elección popular nacionales y territoriales […][[5]](#footnote-5)

Por lo anterior, es importante analizar las restricciones aplicables a cada una de estas elecciones, pues presentan importantes diferencias, contando cada una con un fundamento jurídico diferente. En tal sentido, en primer lugar se analizarán las restricciones aplicables frente a las elecciones presidenciales, y en segundo lugar, frente a los demás comicios a cargos de elección popular.

**2.2.1 Restricciones en elecciones presidenciales**

Para las elecciones a la Presidencia de la República, la Ley 996 de 2005 prohíbe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado. Así lo señala su artículo 33, limitación que se aplica durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, coincidiendo con la delimitación temporal señalada para la campaña política. La norma también señala las excepciones a la prohibición, en los siguientes términos:

«[…] 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*». (Cursiva fuera de texto)

Por su parte, el artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, establece las causales específicas y de aplicación restrictiva para la escogencia del contratista a través de la modalidad de selección de contratación directa[[6]](#footnote-6), tratándose de las entidades sometidas al estatuto General de Contratación de la Administración Pública: i) la urgencia manifiesta; ii) la contratación entre entidades estatales; iii) cuando no exista pluralidad de oferentes[[7]](#footnote-7); iv) contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión[[8]](#footnote-8); v) contratos para la ejecución de contratos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales; vi) adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles; vii) contratos de empréstitos; viii) contratación de bienes y servicios del sector defensa que requieran reserva; ix) contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; x) contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos; y xi) la selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales.

Así las cosas, existe una diferencia fundamental con otras modalidades de selección, y es que en la contratación directa no se otorga puntaje a las ofertas para ponderarlas y elegir el ofrecimiento más favorable, ya que la entidad recibe solo una. Así lo entiende el Consejo de Estado, al definir la contratación directa, en los siguientes términos:

[…] Se define la expresión 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 - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata. Para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado «contratación directa» es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993[[9]](#footnote-9).

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, cabe aclarar que el pronunciamiento anterior se profirió antes de expedirse la Ley 1150 de 2007, de manera que con la expedición de esta ley, la Corporación comenzó a delimitar con mayor precisión el término de «contratación directa», por el cual entendió, para efectos de la prohibición o restricción temporal contenida en la Ley de Garantías Electorales, a «[…] 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»[[10]](#footnote-10). 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 competitivo.

De otro lado, como se ha hecho mención previamente, para efectos de las elecciones presidenciales, a la prohibición de la contratación directa se sumarán las restricciones que prevé la Ley de Garantías para los comicios que definen el acceso a cargos de elección popular, como se desarrolla a continuación.

**2.2.2 Restricciones frente a los comicios a cargos de elección popular**

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece la prohibición para gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades de orden municipal, departamental o distrital, para celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, en los siguientes términos:

 […]

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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

Ahora bien, un contrato o una convención es un acuerdo de voluntades entre dos o más partes generador de obligaciones, sean estas de dar, hacer o no hacer algo. Dicho acuerdo es ley para los extremos de la relación contractual, por lo que solo podrá ser invalidado por su consentimiento mutuo o por causas legales. En armonía con lo anterior, los contratos que celebren las entidades estatales en virtud de la Ley 80 de 1993 se rigen por las disposiciones civiles y comerciales salvo lo expresamente allí regulado, y en armonía con lo previsto en el Código Civil, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública define la noción de contrato estatal indicando que es cualquier acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades estatales a las que dicha Ley se refiere, previstos en el derecho privado o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Además, la Ley 80 de 1993 también facultó de manera expresa a las entidades estatales para celebrar contratos y los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales, así como la continua y eficiente prestación de servicios públicos.

Lo anterior quiere decir que las entidades estatales que se rigen por la Ley 80 de 1993, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden celebrar todos los acuerdos, denomínese contrato, convención o convenio, que requieran para la materialización de sus objetivos misionales y consecuentemente los fines estatales. Entre otras cosas, porque de acuerdo con la Constitución Política la función administrativa está al servicio de los intereses generales, y para ello las autoridades administrativas tienen la obligación de coordinar sus actuaciones con la finalidad de lograr el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Considerando la prohibición de que trata el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, conviene precisar que la tipología de contrato interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y aunque no la definió ni la desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales.

De acuerdo con lo anterior, el contrato o convenio interadministrativo es aquel acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir que, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C–671 del 28 de octubre 2015, en desarrollo del control automático de constitucionalidad del Decreto legislativo 1773 de 2015, «Por el cual se autoriza la celebración de convenios administrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de algunas entidades territoriales», se pronunció respecto de la naturaleza de los convenios interadministrativos en relación con la Ley de Garantías, indicando que:

[…]

Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública.

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

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

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

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

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

 Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión en el sentido de que lo determinante para definir los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. En armonía con lo anterior, como se indicó en la Circular citada, y de acuerdo con las demás consideraciones expuestas, la restricción establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aplica para los negocios jurídicos anteriores, esto es, para los contratos o convenios interadministrativos. Finalmente, es importante destacar que la prohibición aplicará cuando el contrato o convenio interadministrativo sea celebrado por los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades del orden municipal, departamental o distrital, como expresamente lo establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

**2.2.3. Las Empresas Sociales del Estado como destinatarias de la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38**

De acuerdo con el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, las Empresas Sociales del Estado son entidades públicas descentralizadas de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por el legislador o por las asambleas departamentales y concejos municipales, con la finalidad de que Nación o las entidades territoriales presten directamente los servicios de salud.

De lo anterior se colige que las Empresas Sociales del Estado hacen parte del sector descentralizado por servicios, tanto en el orden nacional, como departamental, municipal o distrital, según el caso. Esta conclusión encuentra sustento en el literal d) del numeral 2 del artículo 38 y el artículo 68 de la Ley 489 de 1998[[11]](#footnote-11). Asimismo, el artículo 83 de la misma ley reitera que las Empresas Sociales del Estado pertenecen al sector descentralizado por servicios, en el nivel nacional y en el nivel territorial:

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

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha ratificado la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado, en estos términos:

Para al caso concreto, se tiene que las Empresas Sociales del Estado, es decir, los hospitales públicos a que se refiere la ley 100 de 1993, son entidades descentralizadas por servicios, de naturaleza jurídica especial, es decir, son entidades estatales que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, porque así lo disponen los arts. 38 y 68 de la ley 489 de 1998[[12]](#footnote-12).

De las normas y la jurisprudencia citada, se concluye que las Empresas Sociales del Estado son entidades descentralizadas, que pueden ser del orden Municipal, Departamental o Distrital. Teniendo en cuenta lo anterior, unido a lo analizado respecto al alcance de la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales, en relación con la celebración de convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, es posible concluir que las Empresas Sociales del Estado del orden Departamental, Municipal o Distrital son destinatarias de dicha prohibición.

**2.3. Excepción a la prohibición de la contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales a las entidades hospitalarias y sanitarias**

Como se referenció anteriormente, el segundo inciso del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales consagró las excepciones aplicables a la prohibición de contratación directa establecida en el mismo artículo, esto es, supuestos bajo los cuales no aplicaría la limitación analizada en el numeral 2.2.1. de este concepto. Las excepciones a la prohibición del artículo 33 de la norma mencionada son las siguientes:

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

 ii) Los contratos de crédito público;

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

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

 v) La contratación que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias[[13]](#footnote-13).

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

[…]Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios [...][[14]](#footnote-14).

A su vez, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la Ley de Garantías Electorales, consideró que las prohibiciones consagradas en los artículos 32 y 33 de la ley mencionada no pueden ir en detrimento de intereses públicos. Por lo anterior, la Alta Corte consideró que las excepciones para la prohibición de contratación se encontraban justificadas, avalando su exequibilidad. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional explicó que «las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral»[[15]](#footnote-15).

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

 […]

*Las excepciones aplicables a la restricción de contratación pública*

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

[…]

5. Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias […][[16]](#footnote-16).

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

Ahora, para responder su consulta, es pertinente analizar el quinto eventoexceptuado de la prohibición, relacionado con la contratación por parte de las entidades sanitarias y hospitalarias, a efectos de determinar si la excepción referida es aplicable a los contratos suscritos por las Empresas Sociales del Estado –ESE–. En este sentido, el artículo 94 de la Ley 100 de 1993 señaló que, «la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo».

Es decir que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, las Empresas Sociales del Estado son las entidades públicas que tienen a su cargo la prestación de servicios de salud de manera directa. Igualmente, el artículo 197 de la misma disposición[[17]](#footnote-17) otorgó un término de 6 meses a las entidades territoriales prestadoras del servicio de salud para restructurarlas en Empresas Sociales del Estado.

De lo anterior se desprende que, bajo la Ley 100 de 1993, dentro de la estructura de la administración pública las entidades encargadas de prestar el servicio de salud de manera directa son las Empresas Sociales del Estado. Además, el mismo artículo 197 de la disposición referida estableció el deber de reestructurar y transformar en Empresas Sociales del Estado a las entidades descentralizadas que, al momento de entrada en vigor de la ley referida, prestaban directamente este servicio.

Así, se observa que la voluntad del legislador plasmada en la Ley 100 de 1993 fue homogeneizar o unificar la naturaleza jurídica de las entidades públicas descentralizadas prestadoras del servicio de salud, en Empresas Sociales del Estado. De ello da cuenta, no solo la creación de la institución jurídica referida sino además la imposición del mandato de reestructuración de aquellas entidades en ESE.

Ahora, a pesar de la apreciación anterior, este proceso de reestructuración, dada las implicaciones administrativas que suponen, no ha sido inmediato, según se observa de lo señalado por el Ministerio de la Protección Social como cabeza del sector salud del orden nacional. En este sentido, en concepto del 14 de marzo de 2006, identificado con radicación No. 38644, al pronunciarse sobre el alcance de la regla de excepción establecida en el inciso 2 del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, frente a las entidades sanitarias y hospitalarias, puso de presente el retardo en el proceso de reestructuración mencionado en la Ley 100 de 1993, así:

[…] se encuentran cubiertos por la excepción contemplada en el inciso 2 del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, las entidades hospitalarias que a la luz de las normas vigentes no son otras distintas que las Empresas Sociales del estado y todas aquellas instituciones públicas que a pesar de no haberse transformado en Empresas Sociales del Estado, prestan un servicio de salud directo sobre el usuario en su carácter general de entidad hospitalaria […].

Del aparte transcrito se encuentra que, para la autoridad administrativa del sector salud, las Empresas Sociales del Estado son las entidades hospitalarias de que trata la excepción a la prohibición establecida en el artículo 33 de la ley de Garantías Electorales. De igual forma, incluyen también dentro de esta excepción a la prohibición, a aquellas instituciones públicas que, aunque no cumplieron con el deber de reestructuración establecido en el artículo 197 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio de salud directo como entidad hospitalaria.

Por tanto, las Empresas Sociales del Estado podrían suscribir contratos bajo la modalidad de contratación directa, porque el inciso segundo del artículo 33 de la ley 100 de 1993 exceptuó de la prohibición de contratación bajo la modalidad referida a las entidades hospitalarias, categoría dentro de las cuales se incluye a las Empresas Sociales del Estado y, en consecuencia, podrán suscribir sus contratos en la forma establecida en sus manuales de contratación, sin que les resulte aplicable la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

1. **Respuestas**

«1. ¿LA LEY 996 DE 2005, LE ES APLICABLE A LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO?

2. PARA LAS ELECCIONES A REALIZARSE EL 13 DE MARZO DE 2022, CUANDO INICIARÍAN LAS RESTRICCIONES RELACIONADAS (EN LA LEY DE GARANTÍAS) CON LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS?.

3. EN CASO DE QUE LA RESTRICCIÓN INICIE EL DÍA 13 DE NOVIEMBRE DE 2021, COMO SERÍA EL PROCESO DE CONTRATACIÓN DE LAS ESE PARA INICIO DE AÑO 2022 PARA PODER GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD? [SIC]»

De conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»[[18]](#footnote-18). Por ello, la Agencia no tiene atribuciones para resolver casos particulares y concretos, los cuales corresponde resolver a cada entidad estatal.

 Al respecto, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos, de acuerdo con lo indicado respecto a las normas que otorgan competencia consultiva a esta Subdirección. Además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del ente que elabora el concepto.

Teniendo en cuenta la unidad temática de las preguntas planteadas por el peticionario, estas se resolverán de forma conjunta. En este sentido, como se expresó en las consideraciones, de acuerdo con las normas vigentes en la actualidad, las restricciones de las entidades públicas en materia contractual en la época electoral que se avecina son las siguientes: i) En el período comprendido entre el 13 de noviembre de 2021 y el 13 de marzo de 2022 comienza a aplicar la restricción para celebrar contratos o convenios interadministrativos en los que se ejecuten recursos públicos por parte de los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades de orden municipal, departamental o distrital –parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005–. ii) Durante el período comprendido entre el 29 de enero de 2022 y el 29 de mayo de 2022 o hasta la realización de la segunda vuelta para la elección del Presidente y Vicepresidente de la República, si fuere el caso, todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, tienen la prohibición legal de contratar mediante la modalidad de contratación directa, salvo las excepciones consagradas en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 –prohibición del artículo 33–.

De esta manera, para los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades del orden municipal, departamental o distrital, las restricciones de la Ley 996 de 2005 inician a partir del 13 de noviembre de 2021 *respecto de la celebración de contratos o convenios interadministrativos en los que se ejecuten recursos públicos* –parágrafo del artículo 38–. Esta prohibición, que aplicaría a las Empresas Sociales del Estado del orden municipal, departamental o distrital, se extiende hasta el 13 de marzo de 2022.

De otro lado, en relación con el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, de acuerdo con las consideraciones desarrolladas en este concepto, las Empresas Sociales del Estado podrían suscribir contratos bajo la modalidad de contratación directa, porque el inciso segundo del artículo 33 de la ley 100 de 1993 exceptuó de la prohibición de contratación bajo la modalidad referida a las entidades hospitalarias, categoría dentro de las cuales se incluye a las Empresas Sociales del Estado y, en consecuencia, podrán suscribir sus contratos en la forma establecida en sus manuales de contratación, sin que les resulte aplicable la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Agencia considera importante señalar que le corresponderá a cada entidad estatal definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato estatal en específico. Además, pese a que en los términos expuestos a las Empresas Sociales del Estado no les aplicaría la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, la excepción analizada no se extendería frente a la restricción establecida en el parágrafo del artículo 38 de la misma ley, por lo que sí les aplicaría la prohibición en los términos analizados en el numeral 2.2.2. y 2.2.3. de este concepto, de acuerdo con el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales, tratándose de Empresas Sociales del Estado del orden municipal, departamental o distrital. Teniendo en cuenta el marco jurídico explicado anteriormente, le corresponderá a la entidad estatal decidir la forma como realiza su actividad contractual.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Torres Rojas Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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-1)
2. 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-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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-4)
5. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de febrero de 2010. Radicación 2010-00006-00(1985) A. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 1150 de 2007, artículo 2: «La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[…]

»4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[…]

»h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales». [↑](#footnote-ref-6)
7. No existe pluralidad de oferentes cuando sólo hay una persona que pueda proveer el bien o servicio, bien sea por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, bien sea por ser el proveedor exclusivo en el territorio nacional, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión son aquellos de naturaleza intelectual que se derivan del cumplimiento de funciones de la Administración, como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Sentencia del 20 de febrero de 2006. Radicado No. 1.727. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-9)
10. 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-10)
11. «Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(…)

»2. Del Sector descentralizado por servicios:

(…)

»d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios (…)».

«Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas». [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 2010-00074 (39.942). [↑](#footnote-ref-12)
13. El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prescribe: «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*» (Cursiva fuera del original). [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de febrero 2010. Rad. 11001-03-06-000-2010-00006-00 (1985). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

 [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 02 de septiembre de 2013. Rad. 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-16)
17. «Artículo 197. Empresas sociales de salud de carácter territorial. Las entidades territoriales deberán disponer, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia de esta Ley, la reestructuración de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo. [↑](#footnote-ref-17)
18. «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-18)