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

[…] la Ley 996 de 2005, conocida como “Ley de Garantías Electorales”, se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial. En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. […]

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 ‒ Instituciones Educativa – Convenios y contratos interadministrativos – Parágrafo del artículo 38** -

En este sentido, respecto a la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías se considera que los contratos celebrados con los administradores del fondo y *otras entidades públicas* son contratos interadministrativos. En efecto, el citado artículo 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales. El concepto está definido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 ibidem como: “Cada una de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan”. Aunque las instituciones educativas carecen de personería jurídica, tienen capacidad para contratar y se concreta en la competencia que le otorgó el legislador en la Ley 715 de 2001 para administrar los fondos de servicios educativos. Así, conforme al literal b) del artículo 2.1 de la Ley 80 de 1993, también se considera entidad estatal todos aquellos “[…] organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. De modo que, le aplica la restricción establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales.

**INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIAL****ES – Naturaleza jurídica – Capacidad para contratar – Compra pública**

Las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 descentralizaron el sistema educativo en Colombia, asignándoles a los departamentos, distritos y municipios las competencias y los recursos económicos para dirigir las instituciones educativas. Así las cosas, el sistema educativo está descentralizado por las competencias propias otorgadas a las entidades territoriales para administrar las instituciones educativas en los diferentes niveles territoriales, sin que estas últimas sean entidades descentralizadas.

Conforme a lo anterior, las instituciones educativas pertenecen a la entidad territorial que haya efectuado su reconocimiento de carácter oficial. No obstante, carecen de personería jurídica, pero tienen capacidad para contratar y se concreta en la competencia que le otorgó el legislador en la Ley 715 de 2001 para administrar los fondos de servicios educativos. Estas son cuentas contables que le permiten a las instituciones realizar la gestión y ejecución presupuestal de los recursos que reciben los establecimientos educativos.

Bogotá D.C.,  04 de julio de 2023



Señora

**Johana Marcela Cortés Roncancio**

**Directora Administrativa y Financiera**

**Secretaría de Educación del Municipio de Funza**

Correo: direccionadministrativayfinanciera@semfunza.gov.co

Funza, Cundinamarca

 **Concepto C–255 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Definición – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición por elección de cargos populares – Convenios y contratos interadministrativos – Parágrafo del artículo 38 - Instituciones Educativas/ INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES – Naturaleza jurídica – Capacidad para contratar – Compra pública**/**  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20230525011631  |

Estimado señor Prieto:

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 su consulta recibida el 25 de mayo de 2023.

**1. Problema planteado**

Usted plantea la siguiente consulta:

“[…] De acuerdo con el régimen especial de las instituciones educativas oficiales respecto a su contratación directa hasta 20 SMMLV, nos podrían confirmar si teniendo en cuenta la Ley de garantías que inicia el 29 de junio 2023, estas instituciones pueden seguir realizando contratación directa  posteriormente a esa fecha o nos pueden indicar qué procedimiento deben seguir para este tema de contratación”.

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal relacionados en los artículos citados. 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 particulares 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 de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo, se analizarán los siguientes temas: i) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales, ii) restricciones para elecciones presidenciales, iii) restricciones para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios para cargos de elección popular y, iii) régimen contractual de los fondos de servicios educativos y aplicación de la Ley de Garantías.

Por su parte, sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 se ha pronunciado en los conceptos C-075 del 10 de marzo de 2022, C-077 del 17 de marzo de 2022, C-092 del 16 de marzo de 2022, C-094 del 16 de marzo de 2022, C-096 del 22 de marzo de 2022, C-097 del 18 de marzo de 2022, C-098 del 9 de marzo de 2022, C-099 del 22 de marzo de 2022, C-102 del 22 de marzo de 2022, C-107 del 18 de marzo de 2022, C-111 del 22 de marzo de 2022. C-115 del 22 de marzo de 2022, C-116 del 18 de marzo de 2022, C-127 del 22 de marzo de 2022, C-164 del 22 de marzo de 2022 y C-608 del 23 de septiembre de 2022,C-027 de 22 de marzo de 2023, C-049 de 13 de abril de 2023, C-075 de 25 de abril de 2023, C- 076 de 25 de abril de 2023, C-098 de 4 de mayo de 2023, C-115 de 8 de mayo de 2023, C-116 de 8 de mayo de 2023, C-118 de 9 de mayo de 2023, C-145 de 18 de mayo de 2023, C-134 de 26 de mayo de 2023 y C-149 de primero de junio de 2023[[2]](#footnote-2). Asimismo, en relación con la aplicación de la Ley 996 de 2005 en los procesos de contratación surtidos por instituciones educativas, esta Agencia se pronunció en concepto C-309 de 16 de mayo de 2022. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta lo consultado.

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

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 cuento a aspectos políticos, consagra restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[3]](#footnote-3).

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como “Ley de Garantías Electorales”, se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial[[4]](#footnote-4). En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales. De esta manera, explica que tiene como propósito:

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

[…]

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

En ese 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 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 del Consejo de Estado, 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[[6]](#footnote-6) y del Consejo de Estado[[7]](#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[[8]](#footnote-8)”.

De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se alteren las condiciones de igualdad entre los candidatos. Específicamente, las restricciones consagradas en la citada ley se dirigen a dos (2) tipo 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.

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[[9]](#footnote-9)”.

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital “[…] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista [[10]](#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. Sobre el particular, consideró:

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

De conformidad con lo anterior, 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 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 a tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. Y *en segundo lugar,* también se encuentra la prohibición 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 del Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38 *ibidem*. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas sólo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38 *ibidem*. Restricción en la que enfatizaremos, según el objeto bajo consulta.

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

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[[12]](#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[[13]](#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. [...][[14]](#footnote-14)”.

De conformidad con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a “cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes”, por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada, 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[[15]](#footnote-15) y sistematizó las causales de contratación directa[[16]](#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 las 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[[17]](#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[[18]](#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 Electorales, al señalar que no solo aplica frente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino también frente a las entidades que tengan un régimen especial de contratación. No obstante, también se observa que luego de la expedición de Ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado comenzó a delimitar con mayor precisión el término de “contratación directa”.

Así las cosas, ha de entenderse que, para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, “contratación directa” es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes[[19]](#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 sistemas.

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

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 dispone que “[l]os Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos”. Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas[[20]](#footnote-20).

Ahora bien, para determinar el alcance de la prohibición consagrada por la Ley de Garantías Electorales, conviene precisar la tipología de convenios o contratos interadministrativos. Aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[21]](#footnote-21). De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

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

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

“[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[22]](#footnote-22)”.

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

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

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

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

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que “Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos […]”, esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que “Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […][[23]](#footnote-23)”.

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

“La Sala de Consulta y Servicio Civil[[24]](#footnote-24) de esta Corporación se ha referido a los *“convenios interadministrativos”* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *“puros”* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *“intercambio patrimonial”*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[[25]](#footnote-25) había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *“verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)”*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *“convenios interadministrativos”* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales[[26]](#footnote-26) [[27]](#footnote-27)”. [Énfasis propio]

En ese orden, debe advertirse que el ordenamiento jurídico en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[28]](#footnote-28). Incluso la Corte Constitucional explica la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos de forma directa, con fundamento en la causal establecida en la Ley 1150 de 2007 respecto a los contratos interadministrativos[[29]](#footnote-29).

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

Finalmente, y conforme a todo lo expuesto, debe aclararse que para los comicios que se celebrarán este año, aplicarán las restricciones contractuales establecidas en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 que prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. En este sentido, si una o ambas partes de la relación contractual es una de las entidades descritas en el parágrafo *ibidem,* no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción alguna frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto.

**2.4.** **Régimen contractual de los fondos de servicios educativos y aplicación de la Ley de Garantías**

Las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 descentralizaron el sistema educativo en Colombia, asignándoles a los departamentos, distritos y municipios las competencias y los recursos para dirigir las instituciones educativas. Así las cosas, el sistema educativo está descentralizado por las competencias propias otorgadas a las entidades territoriales para administrar las instituciones educativas en los diferentes niveles territoriales, sin que estas últimas sean entidades descentralizadas[[30]](#footnote-30).

Conforme a lo anterior, las instituciones educativas pertenecen a la entidad territorial que haya efectuado su reconocimiento de carácter oficial. No obstante, carecen de personería jurídica, pero tienen capacidad para contratar y se concreta en la competencia que le otorgó el legislador en la Ley 715 de 2001 para administrar los fondos de servicios educativos. Estas son cuentas contables que le permiten a las instituciones realizar la gestión y ejecución presupuestal de los recursos que reciben los establecimientos educativos[[31]](#footnote-31) [[32]](#footnote-32).

Los fondos de servicios educativos tampoco cuentan con personería jurídica según lo previsto en el artículo 2.3.1.6.3.4 del Decreto 1075 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Educación:

“Artículo 2.3.1.6.3.4. Ordenación del gasto. Los fondos de servicios educativos carecen de personería jurídica. El rector o director rural es el ordenador del gasto del Fondo de Servicios Educativos y su ejercicio no implica representación legal".

En relación con la capacidad para contratar con la que cuentan las instituciones educativas por medio de los fondos de servicios educativos, es necesario precisar que cuando se trate de actos y contratos cuya cuantía no exceda los veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes, se sujetarán a las condiciones previstas en el reglamento de contratación que expida el consejo directivo de la institución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 715 de 2001[[33]](#footnote-33). Para estos efectos, el artículo 2.3.1.6.3.17. del Decreto 1075 de 2015 dispone lo siguiente:

“La celebración de contratos a que haya lugar con recursos del Fondo de Servicios Educativos, debe realizarse con estricta sujeción a lo dispuesto en el estatuto contractual de la administración pública, cuando supere la cuantía de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cuantía es inferior a los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes se deben seguir los procedimientos establecidos en el reglamento expedido por el consejo directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 715 de 2001, y en todo caso siguiendo los principios de transparencia, economía, publicidad, y responsabilidad, de conformidad con los postulados de la función administrativa”.

Esto significa que la contratación que realicen las instituciones educativas, siempre que se ubique por debajo del referido umbral, no deberá ceñirse a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino a las determinadas por el reglamento expedido por el consejo directivo de la institución educativa conforme al artículo 13 de la Ley 715 de 2001. Los reglamentos que se expidan de conformidad con los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad, así como de acuerdo con la experiencia y el análisis concreto de las necesidades del establecimiento, deben definir los trámites, garantías y constancias que deben cumplirse para que el rector o director celebre cualquier acto o contrato que cree, extinga o modifique obligaciones con cargo al respectivo fondo de servicios educativos.

En ese sentido, tratándose de la contratación realizada por dichas instituciones por debajo de la cuantía de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, es el consejo directivo quien tiene la competencia para establecer las reglas conforme a las cuales debe realizarse la adquisición de bienes, obras y servicios, incluidos los procedimientos, mecanismos, requisitos y formalidades que deben respetarse en estos procesos de contratación.

Por el contrario, cuando la celebración de contratos a que haya lugar con recursos del fondo de servicios educativos supere la cuantía de los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, debe hacerse con estricta sujeción a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. Es decir, las reglas a las que deben sujetarse los procedimientos dentro de los que se enmarque esta contratación son las del Estatuto General de Contratación, procediendo la aplicación de las modalidades de selección definidas en la Ley 1150 de 2007, así como los requisitos y formalidades establecidos en el Decreto 1082 del 2015 y demás normas aplicables.

En lo que respecta al régimen sustantivo de los contratos estatales sometidos a la Ley 80 de 1993, el inciso primero del artículo 13 dispone que “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. En concordancia con los artículos 32 y 40 *ibídem*[[34]](#footnote-34), esto significa que los contratos de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación se rigen generalmente por el derecho privado y excepcionalmente por el derecho público, pues las normas civiles y comerciales son el derecho común de los contratos estatales[[35]](#footnote-35). Así lo ha entendido la doctrina:

“[…] no hace otra cosa que aprovechar ciertos principios rectores de las contratación general que aunque tengan su consagración en códigos de derecho privado como el civil y comercial, no son propios y exclusivos de este derecho. Baste pensar en los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos, capacidad, elementos esenciales según la naturaleza de cada contrato, responsabilidad, naturaleza de las obligaciones emanadas de los mismos, etc. Extremos éstos que de derecho privado no tienen sino […] el nombre y que la tradición, desde su origen romano se acostumbró a calificarlos así y a no preocuparse por su cuestionamiento. En otras palabras, extremos como los indicados […] son […] de derecho propio, aplicables a toda relación contractual, con prescindencia de los sujetos involucrados en la misma”[[36]](#footnote-36).

Ello no implica una privatización fuerte del régimen contractual de las entidades públicas, pues la Ley 80 de 1993 –entre otros aspectos– regula especialmente la capacidad jurídica –inhabilidades, incompatibilidades, consorcios y uniones temporales y registro único de proponentes–, las reglas de selección objetiva –procedimientos de selección–, así como algunos aspectos de ejecución contractual –manejo del riesgo, cláusulas exorbitantes y tipologías contractuales–. Por ello, con excepción de las materias expresamente reguladas en el Estatuto de Contratación, es posible la aplicación de normas civiles y comerciales.

En lo que respecta a los contratos exceptuados de la Ley 80 de 1993, si bien el régimen sustantivo no se rige por los citados artículos 13, 32 y 40 del Estatuto de Contratación, es necesario aplicar las normas generales de las obligaciones y de los contratos dispuestas en el Código Civil y de Comercio. Esto en la medida que, como se explicó, el derecho privado es aplicable a todo contrato con independencia de los sujetos, especialmente, en lo relacionado con los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos, capacidad, elementos esenciales según la naturaleza de cada contrato, responsabilidad, naturaleza de las obligaciones emanadas de los mismos, etc., pues contiene las reglas comunes de la materia.

En consecuencia, cuando no superen los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el régimen sustantivo de los contratos celebrados con recursos del fondo de servicios educativos también se rige por el derecho privado. Dado que el artículo 13 de la Ley 715 de 2001, en concordancia con el artículo 2.3.1.6.3.17. del Decreto 1075 de 2015, permite que el consejo directivo regule “[…] los trámites, garantías y constancias que deben cumplirse para que el rector o director celebre cualquier acto o contrato que cree, extinga o modifique obligaciones que deban registrarse en el Fondo […]”, el reglamento que defina los procedimientos aplicables complementa las normas civiles y comerciales, sin que este acto administrativo pueda modificar o derogar estas últimas por tratarse de aspectos regulados en la ley.

Naturalmente, los contratos mencionados en el párrafo precedente no se rigen exclusivamente por las normas civiles y comerciales, pues además del reglamento del consejo directivo, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispone que la contratación exceptuada del Estatuto General también se rige por los principios de la función administrativa, los principios de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal[[37]](#footnote-37).

En este contexto, para la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 es necesario considerar que el artículo 13 de la Ley 715 de 2001 consagra un régimen jurídico que exceptúa la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los contratos de los fondos de servicios educativos inferiores a veinte (20) SMLMV con el objetivo de flexibilizar el régimen contractual aplicable. Pese a lo anterior, la prohibición de contratación directa de la Ley de Garantías es independiente del régimen contractual, por lo que se extiende a los contratos celebrados con cargo a los fondos de servicios educativos.

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*”[[38]](#footnote-38) (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*, incluso aunque se realice con fundamento en el régimen especial de contratación realizado con recursos de los fondos de servicios educativos por valor inferior a veinte (20) SMLMV, por implicar una forma de contratación directa. En tal sentido, será posible realizar procesos contractuales, siempre que estos incluyan la posibilidad de participación de una pluralidad de oferentes, ya que estos no implicarían una contratación *directa.* En conclusión, la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 se extiende a cualquier contrato realizado con recursos de fondos de servicios educativos, sean inferiores o superiores a 20 SMLMV siempre que el contrato se celebre sin que esté antecedido de un procedimiento que admita la posible participación de una pluralidad de oferentes, toda vez que la prohibición recae sobre la *contratación directa*.

Por otra parte, respecto de la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías, se considera que los contratos celebrados entre los administradores del fondo y otras entidades públicas son contratos interadministrativos. En efecto, el citado artículo 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales. El concepto está definido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 *ibidem* como “Cada una de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993​ y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan”. Aunque las instituciones educativas carecen de personería jurídica, tienen capacidad para contratar y se concreta en la competencia que le otorgó el legislador en la Ley 715 de 2001 para administrar los fondos de servicios educativos. Así, conforme al literal b) del artículo 2.1 de la Ley 80 de 1993, también se considera entidad estatal todos aquellos “[…] organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. En consecuencia, también le aplica la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales.

**3. Respuesta**

“[…] De acuerdo con el régimen especial de las instituciones educativas oficiales respecto a su contratación directa hasta 20 SMMLV, nos podrían confirmar si teniendo en cuenta la Ley de garantías que inicia el 29 de junio 2023, estas instituciones pueden seguir realizando contratación directa  posteriormente a esa fecha o nos pueden indicar qué procedimiento deben seguir para este tema de contratación”.

De acuerdo con la interpretación de las normas generales del sistema de compras y contratación pública, la Ley de Garantías Electorales consagra una serie de restricciones que 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 territorial.

*En primer lugar*, la restricción del artículo 33 prohíbe la contratación directa por parte de todos los entes del Estado, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, en caso de que se presente. En consecuencia, es necesario considerar que el artículo 13 de la Ley 715 de 2001 consagra un régimen jurídico que exceptúa la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para los contratos de los fondos de servicios educativos inferiores a veinte (20) SMLMV, con el objetivo de flexibilizar el régimen contractual aplicable. Pese a lo anterior, la prohibición de contratación directa de la Ley de Garantías es independiente del régimen contractual, por lo que se extiende a los contratos celebrados con cargo a los fondos de servicios educativos.

En armonía con lo anterior, 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”[[39]](#footnote-39), esto es, la contratación directa por lo que excluye de la prohibición a las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007. Esto significa que, procedimientos como el de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y demás procesos susceptibles de pluralidad de oferentes previstos en normas especiales, pueden adelantarse en vigencia de la restricción del artículo 33, sin que ello suponga una contravención a la misma. En tal sentido, se reitera que la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales recae sobre cualquier forma de contratación directa, salvo que en el caso concreto se presente alguna de las excepciones establecidas en el inciso segundo del artículo 33, esto es, lo referente a: i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Es responsabilidad del respectivo ente del Estado, examinar en cada caso 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 segundo lugar*, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de Entidades Estatales del orden Municipal, Departamental o Distrital celebrar convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección de cargos de elección popular.

En este sentido, respecto a la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías se considera que los contratos celebrados con los administradores del fondo y *otras entidades públicas* son contratos interadministrativos. En efecto, el citado artículo 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales. El concepto está definido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 ibidem como: “Cada una de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan”. Aunque las instituciones educativas carecen de personería jurídica, tienen capacidad para contratar y se concreta en la competencia que le otorgó el legislador en la Ley 715 de 2001 para administrar los fondos de servicios educativos. Así, conforme al literal b) del artículo 2.1 de la Ley 80 de 1993, también se considera entidad estatal todos aquellos “[…] organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. De modo que, le aplica la restricción establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales.

En los términos anteriormente explicados, ambas restricciones aplican a los contratos celebrados con cargo a los fondos de servicios educativos, de acuerdo con el alcance precisado frente a los artículos 33 y el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales. Por lo que, dentro de este marco general, le corresponderá a cada entidad, previo concepto de sus órganos asesores, definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato estatal en específico.

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

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nina María Padrón BallestasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1–15 de la Subdirección de Gestión ContractualGabriel MendozaContratista de la Subdirección Gestión Contratación |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Colombia Compra Eficiente, también se pronunció sobre la Ley 996 de 2005 en los Conceptos C-074 del 17 de marzo de 2021, C-075 del 16 de marzo de 2021, C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021, C-259 del 2 de junio de 2021, C-296 del 22 de junio de 2021, C005 del 16 de febrero de 2022, C-009 del 15 de febrero de 2022, C-014 del 18 de febrero de 2022, C-022 del 21 de febrero de 2022, C-023 del 22 de febrero de 2022, C-008 del 24 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-109 del 14 de marzo de 2022, C-073 del 14 de marzo de 2022, C-075 del 10 de marzo de 2022, C-077 del 17 de marzo de 2022, C-092 del 16 de marzo de 2022, C-094 del 16 de marzo de 2022, C-096 del 22 de marzo de 2022, C-097 del 18 de marzo de 2022 y C-098 del 9 de marzo de 2022. [↑](#footnote-ref-2)
3. El artículo 127 de la Constitución Política señala: “Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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)
7. 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-7)
8. 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)
9. “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 hospitalaria”. [↑](#footnote-ref-9)
10. “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)
11. 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)
12. 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)
13. Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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)
15. Artículo 2.

 [↑](#footnote-ref-15)
16. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-16)
17. “[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado”.

 [↑](#footnote-ref-17)
18. 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)
19. 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)
20. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de2006. Radicación 11001-03-06-000-2006-00023-00(1724). Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. [↑](#footnote-ref-20)
21. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales”. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-23)
24. [Referencia propia de la cita] “CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar”. [↑](#footnote-ref-24)
25. [Referencia propia de la cita] “CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *“obligacional”* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto”. [↑](#footnote-ref-25)
26. [Referencia propia de la cita] “La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *“contratos interadministrativos”* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93”. [↑](#footnote-ref-26)
27. En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: “La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)”. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. M.P. Álvaro Namén Vargas). [↑](#footnote-ref-27)
28. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Decreto 092 de 2017, que en su desarrollo hace referencia tanto a los “contratos” como a los “convenios”. [↑](#footnote-ref-28)
29. “A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos”. (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos). [↑](#footnote-ref-29)
30. Ley 60 de 1993: “Artículo 2. Competencias de los Municipios. Corresponde a los Municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales.

[…]

“Artículo 3. Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas.

[…]

“Artículo 4. Competencias de los distritos. Corresponde a los distritos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas competentes, conforme a la Ley, a las normas técnicas nacionales y a los respectivos acuerdos”.

Ley 715 de 2005: “Artículo 9. (…) Las instituciones educativas estatales son departamentales, distritales o municipales”. [↑](#footnote-ref-30)
31. “Artículo 11. Fondos De Servicios Educativos. Las instituciones educativas estatales podrán administrar Fondos de Servicios Educativos en los cuales se manejarán los recursos destinados a financiar gastos distintos a los de personal, que faciliten el funcionamiento de la institución”. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 12 de octubre de 2017. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 68001-23-31-000-2005-03845-01(51.634). [↑](#footnote-ref-32)
33. “Artículo 13. Procedimientos de contratación de los fondos de servicios educativos. Todos los actos y contratos que tengan por objeto bienes y obligaciones que hayan de registrarse en la contabilidad de los Fondos de servicios educativos a los que se refiere el artículo anterior, se harán respetando los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad, aplicados en forma razonable a las circunstancias concretas en las que hayan de celebrarse. Se harán con el propósito fundamental de proteger los derechos de los niños y de los jóvenes, y de conseguir eficacia y celeridad en la atención del servicio educativo, y economía en el uso de los recursos públicos.

“Los actos y contratos de cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos mensuales se regirán por las reglas de la contratación estatal, teniendo en cuenta su valor y naturaleza, y las circunstancias en las que se celebren. El Gobierno Nacional podrá indicar los casos en los cuales la cuantía señalada en el presente inciso será menor.

“El rector o director celebrará los contratos que hayan de pagarse con cargo a los recursos vinculados a los Fondos, en las condiciones y dentro de los límites que fijen los reglamentos.

“*Con estricta sujeción a los principios y propósitos enunciados en el primer inciso de este artículo, y a los reglamentos de esta Ley, el Consejo Directivo de cada establecimiento podrá señalar, con base en la experiencia y en el análisis concreto de las necesidades del establecimiento,* *los trámites, garantías y constancias que deben cumplirse para que el rector o director celebre cualquier acto o contrato que cree, extinga o modifique obligaciones que deban registrarse en el Fondo, y cuya cuantía sea inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales. El Consejo puede exigir, además, que ciertos actos o contratos requieran una autorización suya específica*.

[…]” (Énfasis fuera de texto).

Decreto 1075 de 2015: “Artículo 2.3.1.6.3.5. Funciones del Consejo Directivo. (…) 6. Reglamentar mediante acuerdo los procedimientos, formalidades y garantías para toda contratación que no supere los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV)”. [↑](#footnote-ref-33)
34. El artículo 32 de la Ley 80, en lo pertinente, dispone que “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad […]. Por su parte, el inciso primero del artículo 40 del Estatuto General prescribe los siguiente: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”. [↑](#footnote-ref-34)
35. Cfr. BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. pp. 78-79. [↑](#footnote-ref-35)
36. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. Cuarta edición. Medellín: Señal Editora, 1994. pp. 522-523. [↑](#footnote-ref-36)
37. La norma citada dispone que “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. [↑](#footnote-ref-37)
38. 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-38)
39. 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-39)