**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición – Suscripción – Convenios interadministrativos – Sociedades de economía mixta**

Si una sociedad de economía mixta, es decir, una entidad descentralizada del orden territorial actúa en una relación contractual cuyo otro extremo es una entidad del orden nacional, le aplica la restricción prevista en el parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005, toda vez que esta disposición prohíbe la celebración de convenios y contratos interadministrativos a las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial, y para que se configure dicha tipología contractual es necesario que la otra parte sea una entidad estatal, y esta última puede ser del orden nacional o territorial.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Ejecución de recursos públicos**

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

Las elecciones que se tienen programadas para el 2019 restringen la celebración de convenios o contratos interadministrativos que ejecuten recursos públicos. No obstante, si el negocio jurídico que pretende suscribirse no es un convenio interadministrativo pues una de sus partes no es una entidad del Estado, no existen restricciones para su celebración, siempre que para ello se apliquen las normas previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Adicionalmente, las entidades no pueden suscribir ningún negocio jurídico entre ellas, pues este si sería un convenio o contrato interadministrativo de los prohibidos por el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Bogotá D.C., **05/09/2019 Hora 11:38:48s**

# N° Radicado: 2201913000006561

Señores

**Andrés Felipe Jiménez Marisol Orozco Giraldo** Medellín, Antioquia

**Radicación:** Respuesta consulta # 4201912000004954

**Temas:** Aplicación Ley de garantías, sociedad de economía mixta, proponente plural, convenio interadministrativo

**Tipo de asunto consultado:** Aplicación de la prohibición del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996

de 2005 a los convenios interadministrativos resultado de un proceso competitivo, y cuando el adjudicatario es un proponente plural

Estimados señores,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 24 de julio de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011.

# Primer problema

“¿Una Entidad Pública (sic) del orden nacional, puede celebrar un contrato con otra entidad pública del orden territorial” (sociedad de economía mixta), como resultado de un proceso de selección publica (sic) o abierto, que implique la ejecución de recursos públicos de la entidad del orden nacional?; ¿una Entidad Publica (sic) de orden territorial, puede celebrar un contrato con otra entidad pública del mismo orden, como resultado de un proceso de selección público o abierto?” (Paréntesis fuera del texto).

# Consideraciones

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, de 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:

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

De acuerdo con la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos como sociedades comerciales con aportes de capital público y privado. Así lo estableció el artículo 97:

Artículo 97. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

La Ley 489 de 1998 clasifica a las sociedades de economía mixta como entidades descentralizadas por servicios[[1]](#footnote-1) con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio[[2]](#footnote-2), que pueden ser del orden nacional, departamental o municipal, según su órgano de creación[[3]](#footnote-3). En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C–736 del 19 de septiembre de 2007, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, consideró las siguientes características de las sociedades de economía mixta:

Ahora bien, la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados;

(ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde “crear o autorizar la constitución de … sociedades de economía mixta” del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben lo artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial;

Así mismo, esa Corporación, en la sentencia C–529 del 12 de julio de 2006, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, se pronunció sobre las sociedades de economía mixta como entidades descentralizadas, expresando:

es posible concluir que las sociedades de economía mixta, pese su naturaleza jurídica específica (regulación basada en las normas del derecho privado, ejecución de actividades industriales o comerciales, ánimo de lucro, entre otros aspectos) no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal, amén del aporte público en la constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas.

En este orden de ideas, si bien las sociedades de economía mixta tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, esto no significa que pierdan su características de ser entidades descentralizadas por servicios que hacen parte de la rama ejecutiva y por lo tanto, cuando se trate de una sociedad de economía mixta departamental o municipal, no podrá celebrar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones territoriales, contratos y convenios interadministrativos por tratarse de una entidad descentralizada del nivel territorial.

La tipología de contrato interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993 y aunque esta Ley no la definió ni la desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[4]](#footnote-4).

De acuerdo con lo anterior, el contrato o el 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.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993 a menos que la entidad ejecutora (entidad con régimen especial) desarrolle su actividad en competencia con el sector privado[[5]](#footnote-5).

La calidad de un contrato o convenio interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección utilizada para celebrar el respectivo acuerdo de voluntades entre entidades de derecho público. La Ley 1150 de 2007 establece que los contratos interadministrativos pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley, deba adelantarse un proceso competitivo[[6]](#footnote-6). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Entonces, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. En este sentido, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar dichos contratos o convenios durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que dicha 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.

Frente a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C–671 del 28 de octubre 2015, con ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos, en 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.

Así las cosas, y atendiendo a la literalidad del enunciado parágrafo, no hay lugar a una interpretación diferente a la allí prevista[[7]](#footnote-7), pues de acuerdo con lo anotado 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, independientemente de su modalidad de selección o el proceso utilizado para llegar a su celebración.

# Respuesta

Si una sociedad de economía mixta, es decir, una entidad descentralizada del orden territorial actúa en una relación contractual cuyo otro extremo es una entidad del orden nacional, le aplica la restricción prevista en el parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005, toda vez que esta disposición prohíbe la celebración de convenios y contratos interadministrativos a las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial, y para que se configure dicha tipología contractual es necesario que la otra parte sea una entidad estatal, y esta última puede ser del orden nacional o territorial.

# Segundo problema

“¿Si una entidad pública se presenta bajo una figura asociativa a un proceso de selección público y resulta adjudicataria del mismo ¿el contrato producto de este proceso de selección se puede calificar como interadministrativo? ¿Dicho (sic) contrato estaré (sic) cobijado bajo la prohibición establecida por la Ley de Garantías Electorales (sic)?”.

# Consideraciones

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece la prohibición para gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades del orden municipal, departamental o distrital, de 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:

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

(…)

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

Lo anterior quiere decir que, los gobernadores, alcaldes distritales y municipales, secretarios de despacho, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, tienen prohibido, a partir del 27 de junio y hasta el 27 de octubre de la actual vigencia fiscal, celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.

Ahora, el contrato o el convenio interadministrativo fue creado en la Ley 80 de 1993 y aunque esta Ley no la definió ni la desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[8]](#footnote-8).

De acuerdo con lo anterior, el contrato o el 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 precedidos de un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales, sin que sea posible ninguna excepción.

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 23 de junio de 2010, con radicación N.º 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860) y ponencia del consejero Mauricio Fajardo Gómez, indicó frente a la naturaleza de convenio y contrato interadministrativo, que:

Así, el principal efecto de los “convenios interadministrativos”, al igual que el de los demás contratos, es el de crear obligaciones que sólo se pueden invalidar o modificar por decisión mutua de los contrayentes o por efecto de las disposiciones legales, tal y como claramente lo dispone el artículo 1602 del Código Civil; se advierte entonces que si en un convenio o contrato interadministrativo debidamente perfeccionado, en el cual han surgido las obligaciones correspondientes, una de las partes no cumple con los compromisos que contrajo, tal parte está obligada a responder por ello, salvo que la causa de su falta de cumplimiento encuentre justificación válida (…)

(…) En atención a lo anterior y en relación específicamente con lo que interesa para el caso concreto, 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.

En virtud de lo anterior, para que un negocio jurídico sea considerado interadministrativo, todas sus partes sin excepción deben ser entidades públicas. No obstante, si el negocio jurídico que pretende celebrarse no es un convenio interadministrativo, sino un convenio de otra naturaleza puede ser viable su suscripción, siempre que para ello se observen las normas previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

# Respuesta

Las elecciones que se tienen programadas para el 2019 restringen la celebración de convenios o contratos interadministrativos que ejecuten recursos públicos. No obstante, si el negocio jurídico que pretende suscribirse no es un convenio interadministrativo pues una de sus partes no es una entidad del Estado, no existen restricciones para su celebración, siempre que para ello se apliquen las normas previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Adicionalmente, las entidades no pueden suscribir ningún negocio jurídico entre ellas, pues este si sería un convenio o contrato interadministrativo de los prohibidos por el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Finalmente, si desea obtener más información relacionada con la Ley de garantías, lo invitamos a revisar los *“*LINEAMIENTOS IMPARTIDOS POR LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -COLOMBIA COMPRA EFICIENTE- SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE

GARANTÍAS ELECTORALES PARA EL AÑO 2019”, a los cuales podrá acceder en el siguiente enlace: [https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/lineamientos-impartidos-](https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/lineamientos-impartidos-por-la-agencia-nacional-de-contratacion-publica) [por-la-agencia-nacional-de-contratacion-publica](https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/lineamientos-impartidos-por-la-agencia-nacional-de-contratacion-publica)

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

Atentamente,



Proyectó: Ximena Ríos

1. Ley 489 de 1998, artículo 38, numeral 2, literal f [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 489 de 1998, artículo 68: 2 “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-2)
3. Constitución Política de Colombia. Artículo 150, numeral 7; artículo 300, numeral 7; y artículo 313, numeral 6.

   [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 2.2.1.2.1.4.4 [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 1150 de 2007, artículo 2, literal 4, numeral c, modificada por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 4, literal c: (…) Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo. [↑](#footnote-ref-6)
7. Código Civil, artículo 27. “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu”. [↑](#footnote-ref-7)
8. 1. Decreto 1082 de 2015, “Artículo 2.2.1.2.1.4. 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-8)