**Texto

Descripción generada automáticamente**Bogotá D.C., 10 de Julio de 2024

Señora

**Ángela Sofía Lora Villarreal**

**Asistente de Fiscal**

**Dirección Especializada Contra la Corrupción**

**Fiscalía General de la Nación**

[angela.lora@fiscalia.gov.co](mailto:angela.lora@fiscalia.gov.co)

Bogotá D.C.

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C-225 de 2024** |
| **Temas:** | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones ‒ Contratación ‒ Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibiciones ‒ Ámbito temporal / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 – Prohibición parágrafo artículo 38 / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – Normativa – Causales – Celebración de contratos contra expresa prohibición legal |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta con radicado No. P20240625006491 |

Estimada señora Ángela Sofía:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 25 de junio de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“En cumplimiento de la Orden a Policía Judicial No. 10577328, emitida por la Fiscalía 93 de la Dirección Especializada Contra la Corrupción, como parte de la investigación que se adelanta bajo el radicado 110016000101201800055, se solicita respetuosamente su colaboración a la presente indagación, con el propósito de que se emita un concepto en punto a determinar si la celebración de un contrato estatal incumpliendo ley de garantías implica una violación a los requisitos esenciales del contrato.”

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas 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 del sistema de compra pública. 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que el artículo 226, numeral 3 de la Ley 1564 de 2012, establece no serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta, por lo que manifestado en este concepto pueda ser tomado como un pronunciamiento sobre las circunstancias particulares de la investigación mencionada en la petición.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Cuáles son las implicaciones de celebrar un contrato estatal en contravención de las restricciones contractuales establecidas en los artículos 33 y 38 –parágrafo– de la Ley 996 de 2005? ¿Qué elementos esenciales del contrato se afectan?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| Celebrar contratos estatales durante los periodos prelectorales en los que rigen las restricciones contractuales que establece la Ley 966 de 2005 en su artículo 33 y en el parágrafo del artículo 38, puede dar lugar a la nulidad absoluta del contrato. Esto comoquiera que, se según lo dispuesto en el artículo 44, numeral 2 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son absolutamente nulos cuando *“Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”*. En esta hipótesis además podría considerarse afectado unos de los elementos esenciales del negocio jurídico como el objeto, el cual, al haber celebrado en contra de la ley, podría ser considerado ilícito. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* La Ley 996 de 2005“**Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones**”,se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ocupa de evitar la injerencia de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Respecto a su finalidad, conforme a la Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005, tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial, introduciendo limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos.
* La Corte Constitucional –en la Sentencia C-1153 de 2005– estableció, en relación con la Ley de Garantías Electorales, la definición de esta como una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa, es decir, ha de contemplarse como un estatuto que lleva consigo el fin de asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para todos los electores, otorgando una relevancia garantista a la neutralidad de los servidores públicos que encargados de organizar y supervisar la contienda, y al acceso igualitario a los canales de comunicación. Todo esto en pro de estimular que sean las propuestas e ideas las que conduzcan al poder, en vez del musculo económico de quienes se disputan las elecciones.
* Varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, lo anterior fue indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al precisar que, en tanto estas prohibiciones que 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. […] La jurisprudencia de la Corte Constitucional[[1]](#footnote-2) y del Consejo de Estado[[2]](#footnote-3), coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador”[[3]](#footnote-4).*
* De conformidad con lo anterior, es claro que la Ley de Garantías Electorales, para el cumplimiento de los objetivos que dieron lugar a su expedición, consagró prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. No obstante, debe aclararse que estas disposiciones se dirigen a dos tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como territorial.
* El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 –restricciones a la contratación pública– establece una prohibición que impide “[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado” durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo “[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias”[[4]](#footnote-5).Por otra parte, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de elección popular, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital “[…] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista”[[5]](#footnote-6).

Precisado el alcance de las mencionadas restricciones, para responder su consulta es necesario advertir que, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos estatales son considerados absolutamente nulos *“en los casos previstos en el derecho común y además”*, y las causales consagradas en dicho artículo. El numeral 2 de esta disposición establece que será nulo los contratos estatales cuando *“Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”*. En estos caso, de conformidad con el artículo 45 *ibídem*, la configuración de la causal de numeral 2 supone que *“[…] el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.* En esta hipótesis además también puede considerarse que se afecta uno de los elementos esenciales del contrato como lo es el objeto, el cual al ser celebrado en contravención a una prohibición expresa, queda vicidado de ilicitud. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado:

*“[…] los artículos 6º y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que “… en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa…” y que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación…”, lo que se traduce en que los artículos 1521, 1523 y 1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio son solamente aplicaciones concretas de ellos y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente. Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito […]”* [[6]](#footnote-7)

* Teniendo en cuenta el alcance de las prohibiciones establecidas en la Ley de Garantías, así como el origen constitucional y legal de las mismas, es posible, es posible concluir entonces que, celebrar contratos estatales durante los periodos prelectorales en los que rigen las restricciones contractuales que establece la Ley 966 de 2005 en su artículo 33 y en el parágrafo del artículo 38, puede dar lugar a la nulidad absoluta del contrato. Esto comoquiera que, se según lo dispuesto en el artículo 44, numeral 2 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son absolutamente nulos cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal. En esta hipótesis además podría considerarse afectado unos de los elementos esenciales del negocio jurídico como el objeto, el cual, al haber celebrado en contra de la ley, podría ser considerado ilícito.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993, artículos 44 numeral 2, y 45. * Ley 1564 de 2012, artículo 226. * Ley 996 de 2005, artículos 33 y 38 parágrafo. * Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 24 de julio de 2013, Exp. No. 2166, C.P. Álvaro Namén Vargas. * Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp. No. 24809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/providencias/66001-23-31-000-1999-00435-01_24809_a/> |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Sobre la Ley de Garantías Electorales, entre otros, en los Conceptos 4201913000004536 de 17 de julio de 2019, 4201912000005556 del 12 de septiembre de 2019, 4201913000005175 del 13 de septiembre de 2019, 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201913000005082 del 17 de octubre de 2019, 4201913000006306 del 21 de octubre de 2019, 4201912000006552 del 07 de noviembre de 2019, 4201913000006604 del 17 de diciembre de 2019, C-227 del 24 de mayo de 2021 y 396 del 13 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre, C-481 del 9 de septiembre de 2021, C- 528 del 27 de septiembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021 y C-523 del 10 de octubre de 2021, C-606 del 28 de octubre de 2021 y C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-636 del 16 de noviembre de 2021, 681 del 7 de diciembre de 2021 y C-686 del 21 de diciembre de 2021. En particular, en el concepto C-697 del 3 de enero de 2022 se estudió la finalidad y restricciones establecidas en la Ley de Garantías Electorales. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

De otra parte, le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital> . También los invitamos a participar con sus observaciones a los borradores de los documentos tipo del sector de infraestructura de transporte, para la contratación de obras públicas en las modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía. Estos documentos estarán disponibles para recibir sus observaciones hasta el 12 de julio de 20245 en la página web de la Agencia, a la cual puede acceder mediante el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipo>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí 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,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Santiago Alberto Herrera Morillo  Analista T2-02 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Corte Constitucional. Sentencias: C-233 de 4 de abril de 2002, expediente: D-3704; C-551 de 9 de julio de 2003, expediente: CRF-001 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente: DD7966; entre otras. [↑](#footnote-ref-2)
2. Consejo de Estado, , Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
3. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-4)
4. “Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

   “Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias”. [↑](#footnote-ref-5)
5. “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-6)
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp. No. 24809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-7)