

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad

[...] 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. Siguiendo esta línea, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes, al tiempo que 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. Incluso, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente.

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones – Contratación – Tipos de elección

La Ley de Garantías Electorales, para el cumplimiento de los objetivos que dieron lugar a su expedición, fijó una serie de regulaciones y 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 otros cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial. Por una parte, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 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». 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»..

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibiciones – Ámbito temporal

[...] la Ley 996 de 2005 regula dos tipos de restricciones en materia de contratación, a saber: i) La del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la *contratación directa* por parte de todos los entes del Estado dentro de los cuatro (4)

meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las excepciones arriba señaladas –establecidas en el inciso segundo del mismo artículo–. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que solo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política, caso en el cual la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice esa segunda vuelta; ii) La del párrafo del artículo 38 que debe aplicarse respecto de cualquier tipo de elección, 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 electoral.

CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico

[...] la tipología de convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993. Aunque esta ley no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales. 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 el propósito de cumplir en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, 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.

LEY DE GARANTÍAS – Modificación – Ley 2159 de 2021 – Artículo 124 – Alcance

[...] El alcance del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 tiene como cometido modificar de manera parcial y transitoria el primer inciso del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. En efecto, como se observa del inciso segundo del artículo citado, esta disposición «modifica únicamente en la parte pertinente el inciso primero del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005».

[...] Durante los cuatro (4) meses previos a la elección presidencial del año 2022 solamente podrán celebrarse convenios o contratos interadministrativos cuando el proceso de selección aplicable sea una convocatoria pública y se presente la circunstancia a la que se refiere el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, es decir, para la ejecución de proyectos y programas correspondientes al Presupuesto General de la Nación. Por lo demás, esta norma no modifica el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, en consideración a lo cual las restricciones a la contratación directa previstas en este artículo permanecen incólumes, esto es, lo que no implique un proceso plural y competitivo de oferentes.

[...] La aplicación del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 se restringe a un criterio orgánico, pues se requiere que uno de los extremos contractuales sea la Nación y el otro una entidad territorial, para que la celebración del convenio o contrato administrativo sea procedente. En estos términos, no es posible la celebración de convenios o contratos interadministrativos entre entidades descentralizadas del orden territorial, pues la posibilidad que otorga el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 se somete a la condición que una de las partes sea la Nación, con el fin de ejecutar proyectos o programas que correspondan al Presupuesto General de la Nación. Por ejemplo, durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, dos municipios o un municipio y un departamento o entidad descentralizada territorial, quedan cubiertos por la prohibición original del párrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales.

[...] El objeto contractual de los convenios o contratos interadministrativos debe limitarse a la ejecución de programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación. Es decir, se establece un criterio material, del cual se deriva que, durante los cuatro meses previos a las elecciones, queda prohibido celebrar convenios interadministrativos o contratos interadministrativos que no se relacionen con programas y proyectos que ejecuten recursos del Presupuesto General de la Nación.

[...] En lo relacionado con la aplicación transitoria, el primer inciso del artículo en comento establece que la modificación de Ley de Garantías rige «[...] a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022». Esto implica que una vez se acabe la vigencia fiscal 2022, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 dejará de producir efectos jurídicos.

[...] Se establece que los convenios o contratos interadministrativos que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. En tal sentido, el Contralor General de la República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá este control especial.

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES — Prohibición artículo 33 – Contratación directa – Alcance

[...] la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes. De lo anterior se desprende que la restricción aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

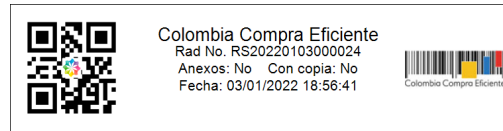
LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – contratos de colaboración – convenios de asociación – prohibición artículo 33 – procesos no competitivos

Ahora bien, analizando las normas del Decreto 092 de 2017 con respecto al artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, se deriva que la restricción aplica frente a todo proceso que no se considere competitivo, esto es, en los que no se permita la participación de una pluralidad de oferentes o proponentes. Es decir, los procesos *no competitivos* dirigidos a la celebración de convenios de asociación o contratos de colaboración están sujetos a las restricciones del artículo 33 de la precitada Ley.

Se establece así un *criterio material* en la Ley de Garantías Electorales, el cual se desarrolló a profundidad en el numeral anterior, en el entendido que la prohibición del artículo 33, en relación con la contratación directa, no hace una distinción sobre la ubicación de estas normas en los diferentes cuerpos normativos, pues lo que importa es que impliquen materialmente una contratación directa, para estar inmersos en la restricción. Por ello, la ley de garantías irradia todas las normas que establezcan reglas y procedimientos de contratación directa.

Teniendo en cuenta lo expresado, se concluye que los convenios de asociación y contratos de colaboración establecidos en el Decreto 092 de 2017 no están exentos de la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, en especial de lo dispuesto en el artículo 33, que refiere la restricción o prohibición a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes». De este modo, lo que podrán hacer las entidades públicas es celebrar convenios de asociación y contratos de colaboración realizados mediante un proceso competitivo, es decir, que se caracterice por la libre concurrencia y la pluralidad de proponentes.





CCE-DES-FM-17

Bogotá, 03 enero 2022

XXXX

Concepto C – 697 de 2021

Temas:

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones – Contratación – Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibiciones – Ámbito temporal / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico / LEY DE GARANTÍAS – Modificación – Ley 2159 de 2021 – Artículo 124 – Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición artículo 33 – Contratación directa – Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Contratos de colaboración – Convenios de asociación – prohibición artículo 33 – procesos no competitivos.

Radicación: Respuesta a consulta # P20211120010783

Estimado Señor Quezada:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde a su consulta del 19 de noviembre de 2021.

1. Problema planteado

En su consulta plantea lo siguiente:



«a) ¿La suspensión del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996/2005 aplica únicamente para el orden nacional, es decir, solo la Nación podría celebrar convenios y contratos interadministrativos con las Entidades Territoriales? b) ¿Pueden celebrarse convenios y contratos interadministrativos entre Entidades Territoriales (Gobernación, Alcaldía) y otras Entidades Territoriales como universidades, empresas de servicio públicos del Estado, empresas sociales del estado, etc. [...]?»

«2. Respecto de los convenios con las ESAL, se encuentran restringidas las contrataciones que en el marco del Decreto 092 de 2017 se realicen a través de procesos no competitivos que se asimilan a la contratación directa, tales como i) actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que sólo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas; ii) Los convenios de asociación en los cuales una única entidad privada sin ánimo de lucro – ESAL comprometa en dinero una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio; iii) En los contratos de colaboración en los que la Entidad Estatal en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar sólo puede ser realizado por una única Entidad sin ánimo de lucro».

2. Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la Ley de Garantías Electorales, entre otros, en los Conceptos 4201913000004536 de 17 de julio de 2019, 4201912000005556 del 12 de septiembre de 2019, 4201913000005175 del 13 de septiembre de 2019, 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201913000005082 del 17 de octubre de 2019, 4201913000006306 del 21 de octubre de 2019, 4201912000006552 del 07 de noviembre de 2019, 4201913000006604 del 17 de diciembre de 2019, C-227 del 24 de mayo de 2021 y 396 del 13 de agosto de 2021, C-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. Teniendo en cuenta los conceptos anteriores y analizando la pregunta en cuestión, se realizan las siguientes consideraciones.

2.1. Finalidad y restricciones de la Ley de Garantías Electorales

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública. Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los

servidores públicos y en cuanto a aspectos políticos establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral¹.

En el mismo sentido, 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. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional –en la Sentencia C-1153 de 2005– estableció lo siguiente:

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

Siguiendo esta línea, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes, al tiempo que incluye 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. Incluso, 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:

¹ El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí 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».

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 Constitucional² y del Consejo de Estado³, 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 legislador⁴.

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.

2.2. Determinación de las restricciones según el tipo de elecciones

De acuerdo con lo indicado anteriormente, por una parte, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 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

² Corte Constitucional. Sentencias: C-233 de 4 de abril de 2002, expediente: D-3704; C-551 de 9 de julio de 2003, expediente: CRF-001 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente: DD7966; entre otras.

³

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras.

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente Álvaro Namén Vargas.



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»⁵.

Por otra parte, el párrafo 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»⁶. Teniendo en cuenta lo anterior, 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, así⁷:

La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo 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

5

«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».

⁶ «Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

» [...]

» Párrafo. 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».

⁷ 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).



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 párrafo 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 párrafo del artículo 38.* (Cursivas fuera de texto)

Por lo tanto, la Ley 996 de 2005 regula dos tipos de restricciones en materia de contratación, a saber: i) la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la *contratación directa* por parte de todos los entes del Estado, independiente de su régimen jurídico, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las excepciones arriba señaladas –establecidas en el inciso segundo del mismo artículo–. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que solo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política, caso en el cual la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice esa segunda vuelta; y ii) la del párrafo del artículo 38 que debe aplicarse respecto de cualquier tipo de elección, 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 electoral, en relación con las autoridades señaladas en dicha disposición.

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

Esta Agencia se ha pronunciado en distintas ocasiones frente al alcance de la prohibición de celebrar contratos o convenios interadministrativos en el periodo preelectoral para comicios de cargos de elección popular. Al respecto, conviene reiterar las siguientes ideas:

2.3.1. Alcance del concepto de contratos y convenios interadministrativos

Un contrato o una convención es un acuerdo de voluntades entre dos o más partes generadora de obligaciones, ya sea de dar, hacer o no hacer algo. Dicho acuerdo es ley para los extremos de la relación contractual, por lo que solo podrá ser invalidado por su consentimiento mutuo o por causas legales⁸. Con respecto al contrato estatal se señala que es un acuerdo de voluntades, que tiene sustantividad propia y diferente a la de los

⁸ Código Civil, artículos 1495 y 1602.



contratos civiles o comerciales, donde una de las partes es una entidad estatal, teniendo en cuenta lo definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

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, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación [...].

Un sector de la doctrina, con referencia al contrato estatal, señala lo siguiente: «(...) la denominación de “contrato estatal”, se acoge el criterio orgánico para su distinción, con lo cual, en adelante, sólo interesará, para determinar su naturaleza, que una de las partes del contrato sea una Entidad Estatal de la que define el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, independientemente del régimen privado o administrativo por el que haya de regirse»⁹. Este concepto parte del criterio orgánico, en el que se considera que un contrato estatal tiene esa calidad cuando una de las partes es una entidad pública. Es decir, un contrato estatal es cualquier acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades estatales a las que dicha Ley se refiere, previstos en el derecho privado o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Además, la Ley 80 de 1993 también facultó de manera expresa a las entidades estatales para celebrar contratos y los demás *acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad* y requieran el cumplimiento de los fines estatales, así como la continua y eficiente prestación de servicios públicos¹⁰.

Lo anterior implica que las entidades estatales que se rigen por la Ley 80 de 1993, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden celebrar todos los acuerdos, denomínesse contrato, convención, convenio, entre otros, que requieran para la materialización de sus objetivos misionales y consecuentemente los fines estatales. Entre otras cosas, porque, de acuerdo con la Constitución Política, la función administrativa está al servicio del interés general, y por tanto, las autoridades administrativas tienen la obligación de coordinar sus actuaciones con la finalidad de lograr el adecuado cumplimiento de los fines del Estado¹¹.

Ahora bien, la tipología de convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993. Aunque esta ley no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades

⁹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 5° ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R, 2005. p. 35.

¹⁰ Ley 80 de 1993, artículo 3 y 40.

¹¹ Constitución Política, artículo 209.



estatales¹². 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 el propósito de cumplir en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, 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 el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante también EGCAP– y en el Decreto 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto. Esto en la medida que una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 puede celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. En efecto, la Ley 1150 de 2007 establece que 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 procedimiento con pluralidad de oferentes¹³. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección, no la naturaleza de contrato interadministrativo. 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 jurídica comercial concurren personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente a los contratos y convenios interadministrativos sus características, señalando que:

¹² 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».

¹³ 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».

[...] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

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 contractuales¹⁴.

En ese sentido, los convenios o contratos interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen en su celebración. Además de lo anterior, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general, para la celebración de los contratos interadministrativos. En este sentido, la contratación directa es una modalidad de aplicación restrictiva en el EGCAP, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las leyes que lo modifiquen o adicionen, teniendo en cuenta que es una excepción al principio de libre concurrencia que aplica a los procedimientos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta.

De esta manera, el artículo 2, numeral 4, literal c), de la Ley 1150 de 2007, dispone que, de manera excepcional, las entidades estatales pueden contratar directamente, entre otras, los «Contratos interadministrativos, 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». No obstante, esta disposición exceptuó celebrar de manera directa contratos o convenios interadministrativos cuando se trate de un contrato de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación, de conformidad respecto a 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. Estas entidades pueden ejecutar aquellos contratos siempre que resulten

¹⁴ 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.

adjudicatarias en un proceso abierto y con la participación de una pluralidad de oferentes, pues en dichos casos la entidad estatal que así lo requiera deberá adelantar una licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada o mínima cuantía, dependiendo del caso¹⁵.

Si bien la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades estatales pueden celebrar contratos o convenios interadministrativos de manera directa, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, la misma establece excepciones a esta regla, la cual está condicionada a que ciertas tipologías contractuales sean ejecutadas por las entidades estatales previstas en la norma mencionada. Nótese que, pese a tratarse de entidades del Estado, la Ley no restringió su denominación de contrato interadministrativo, sino que exceptuó el procedimiento de selección del contratista. Asimismo, hay otras excepciones a la celebración de contratos interadministrativos, como la contemplada en el último párrafo del literal c, numeral 4, artículo 2 ibídem: «Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las 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 EGCAP hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o en términos generales a los 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.

Igualmente, es necesario tener en cuenta que el Código Civil, en el artículo 1495, equipara las instituciones analizadas al disponer que «*contrato o convención* es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa [...]»

¹⁵ 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

»[...]».



(Énfasis fuera de texto). De este modo, se concluye que no existe diferencia sustancial entre contrato y convención en el derecho privado. Por tanto, si dicho régimen jurídico es aplicable a la contratación estatal, tampoco es procedente hacer distinción en la actividad contractual de las entidades públicas cuando celebran contratos y convenios interadministrativos.

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: «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 [...]»¹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena tener 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, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 2019 expresó:

La Sala de Consulta y Servicio Civil¹⁷ 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 Sala¹⁸ 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

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

¹⁷ [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».

¹⁸ [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».



contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales^{19 20}.

Sin embargo, es preciso reiterar que el ordenamiento jurídico en diferentes ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica²¹. Incluso vale la pena tener en cuenta como la Corte Constitucional fundamenta 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 interadministrativos²².

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

¹⁹ [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».

²⁰ 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)

²¹ 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».

²² «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 aquella. 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).



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

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

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

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión, en el sentido de que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el entendido que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. Además, como se indicó en la Circular citada, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio, por lo que se partió de su asimilación para la aplicación de la Ley de Garantías. 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.

Se evidencia que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de las entidades estatales de orden Municipal, Departamental o Distrital, la celebración de convenios o contratos interadministrativos que ejecuten recursos públicos. En este sentido, si una o ambas partes son entidades estatales, de aquellas descritas en el parágrafo del artículo 38

ibidem, en principio, no podrán celebrar entre estas convenios o contratos durante el periodo electoral señalado en la norma, indistintamente de su objeto contractual, pues, como se anotó en precedencia, si las partes son entidades estatales su denominación será la de un contrato o convenio interadministrativo, y la celebración de dichos contratos está restringida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, la cual no dispuso excepción alguna por su objeto.

2.3.2. Modificación del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 a la Ley de Garantías Electorales: alcance e interpretación

El 12 de noviembre de 2021 el Congreso de la República promulgó la Ley 2159 de 2021 «Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2022». El artículo 124 de dicho cuerpo normativo modificó parcialmente el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en los siguientes términos:

Artículo 124. Con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022, *la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.*

La presente disposición modifica únicamente en la parte pertinente el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

PARÁGRAFO. Todos los convenios que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. El Contralor General de la República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá dicho control especial» (énfasis fuera de texto).

Teniendo en cuenta el contenido del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, se derivan las siguientes reglas para las entidades estatales:

1. El alcance del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 tiene como cometido modificar de manera parcial y transitoria el primer inciso del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. En efecto, como se observa del inciso segundo del artículo citado, esta disposición «modifica únicamente en la parte pertinente el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005».

2. Durante los cuatro (4) meses previos a la elección presidencial del año 2022 solamente podrán celebrarse convenios o contratos interadministrativos cuando el

proceso de selección aplicable sea una convocatoria pública y se presente la circunstancia a la que se refiere el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, es decir, para la ejecución de proyectos y programas correspondientes al Presupuesto General de la Nación. Por lo demás, esta norma no modifica el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, en consideración a lo cual las restricciones a la contratación directa previstas en este artículo permanecen incólumes, esto es, lo que no implique un proceso plural y competitivo de oferentes.

3. La aplicación del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 se restringe a un criterio orgánico, pues se requiere que uno de los extremos contractuales sea la Nación y el otro una entidad territorial, para que la celebración del convenio o contrato administrativo sea procedente. En estos términos, no es posible la celebración de convenios o contratos interadministrativos entre entidades descentralizadas del orden territorial, pues la posibilidad que otorga el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 se somete a la condición que una de las partes sea la Nación, con el fin de ejecutar proyectos o programas que correspondan al Presupuesto General de la Nación. Por ejemplo, durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, dos municipios o un municipio y un departamento o entidad descentralizada territorial, quedan cubiertos por la prohibición original del parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales.

4. El objeto contractual de los convenios o contratos interadministrativos debe limitarse a la ejecución de programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación. Es decir, se establece un criterio material, del cual se deriva que, durante los cuatro meses previos a las elecciones, queda prohibido celebrar convenios interadministrativos o contratos interadministrativos que no se relacionen con programas y proyectos que ejecuten recursos del Presupuesto General de la Nación.

5. En lo relacionado con la aplicación transitoria, el primer inciso del artículo en comento establece que la modificación de Ley de Garantías rige «[...] a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022». Esto implica que una vez se acabe la vigencia fiscal 2022, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 dejará de producir efectos jurídicos.

6. Se establece que los convenios o contratos interadministrativos que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. En tal sentido, el Contralor General de la República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá este control especial.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la promulgación y expedición de la Ley 2159 de 2021 no deroga la Ley 996 de 2005, sino que modifica de *manera transitoria* y *parcial* el inciso primero del parágrafo del artículo 38. Por tanto, esta modificación solo afecta en forma tangencial la aplicación del numeral 15.1. de la Circular Externa Única de

Colombia Compra Eficiente, relacionado con la restricción para celebrar convenios y/o contratos interadministrativos durante el año fiscal 2022.

2.4. Restricciones para la suscripción de contratos de forma directa por parte de todos los entes del Estado –artículo 33 de la Ley 996 de 2005–

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

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 pública²³.

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 concurso²⁴. 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. [...] ²⁵.

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, la mínima cuantía u otros previstos en normas especiales. 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 méritos²⁶ y

²³ «[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-».

²⁴ «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil».

²⁵ 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.

²⁶ Artículo 2.



sistematizó las causales de contratación directa²⁷, además lo es con la posterior creación de la modalidad de mínima cuantía establecida actualmente en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con las modificaciones realizadas por leyes posteriores.

De esta forma, con fundamento en la evolución de la normativa sobre la contratación pública, se ha depurado la noción de «contratación directa», precisando el Consejo de Estado —en el concepto citado— que, «aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado²⁸, han establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes».

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 oferentes²⁹.

Como se advierte de lo anterior, el Consejo de Estado realiza una interpretación amplia de la contratación directa, para efectos de aplicar las restricciones establecidas en la Ley de Garantías, al señalar que no solo aplica frente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino también frente a las entidades que tengan un régimen especial de contratación. No obstante, también se observa que luego de la expedición de Ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado comenzó a delimitar con mayor precisión el término «contratación directa».

Así las cosas, ha de entenderse que, para 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

²⁷ *Ídem*.

²⁸ «[...] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado».

²⁹ 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.



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 oferentes³⁰.

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 estas modalidades.

Como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Agencia, las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de los mismos, pueden tener lugar en el período de aplicación de la Ley de Garantías, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad³¹.

De otro lado, las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005, en lo referente a: i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Es responsabilidad del respectivo ente del Estado, examinar en cada caso la naturaleza de las actividades que adelanta y determinar si las mismas se enmarcan en alguna de las mencionadas excepciones, de manera que se le permita realizar la contratación que necesite en forma directa.

En esta labor es importante tener en cuenta, como lo anotó la Corte Constitucional, en Sentencia C-1153 de noviembre 11 de 2005, que «si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos, cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de

³⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas.

³¹ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Circular Externa Única. Numeral 15.3.



contratación»³². De ahí que la Corte hizo énfasis en que las excepciones a la restricción, establecidos en el inciso segundo del artículo 33, protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas, que tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre los candidatos como garantía electoral.

De conformidad con lo expuesto, se concluye que durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado, entendido el término contratación directa como 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. Lo anterior, sin perjuicio de las excepciones contempladas en el ordenamiento jurídico.

2.5. Convenios del Decreto 092 de 2017 y restricciones de la Ley de Garantías

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro –ESAL– con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo³³. Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96, permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas³⁴. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

³² La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153-05 de 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, efectuó el Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara que dio lugar a la Ley de Garantías Electorales.

³³ Sobre esta norma consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 4201913000008240.

³⁴ «Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

» Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes».

En desarrollo del artículo 355 de la Constitución, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 092 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibídem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017³⁵.

Los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, que resulten acordes con los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar esté dirigido al beneficio de la población en general, pues cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras, en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. Solo cuando se reúnan estas condiciones, y se cuente con la autorización previa y escrita del representante legal de la entidad estatal, es procedente celebrar contratos de colaboración.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley»³⁶. En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están

³⁵ En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, se dijo: «[l]os convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017».

³⁶ Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 22019130000006512.

dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse «con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes». Dentro de estos elementos se resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación ni tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, la unión temporal o el consorcio³⁷. Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir.

Igualmente, considerando que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, la ESAL, aporte al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente, ya que de lo contrario deberá adelantarse un proceso competitivo. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse»³⁸.

³⁷ El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente determina:
«16.9 Uniones temporales y consorcios conformados por entidades sin ánimo de lucro.

»El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación».

³⁸ Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611.

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir discrecionalmente acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

En suma, las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las entidades estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas. Este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

De otro lado, es importante destacar que el Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A –Exp. 62.003–, estudió la solicitud de suspensión provisional³⁹ del inciso 2 del artículo 1, literales a y c del artículo 2, inciso 5 del artículo 2, inciso 2 del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

Para nuestro análisis, es relevante tener en cuenta el examen que realizó el Consejo de Estado sobre el literal c) y el inciso 5 del artículo 2 del Decreto¹¹, señalando que contraría la norma constitucional al condicionar que los contratos solo se pueden celebrar cuando no exista oferta en el mercado, sometiendo su celebración a que, de existir oferta, la contratación con las entidades sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo, toda vez que se desconocería la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro que implica que ellas no participan en el mercado de bienes y servicios de la misma forma que las demás sociedades. En este sentido, el Consejo de Estado manifestó:

El propósito de garantizar la libre competencia en el mercado –como se advierte de la lectura del acto acusado– no se ajusta a la finalidad de la norma constitucional en cita, pues desconoce que las entidades sin ánimo de lucro no

³⁹ Se precisa que la suspensión provisional, de acuerdo con el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, es una medida cautelar que busca proteger y garantizar, de forma provisional, que la norma demandada no genere actos contrarios al ordenamiento jurídico, razón por la cual, para decretarla es necesario que la transgresión de las normas superiores invocadas surja de la comparación entre estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud.

participan en el mercado de bienes y servicios como lo hacen las demás y, por la misma razón, no se les pueden aplicar las reglas de selección contenidas en el Estatuto General de la Contratación Pública. Las entidades a las cuales la norma constitucional busca apoyar son entidades que (i) no tienen ánimo de lucro y (ii) desarrollan programas y actividades de interés público con reconocida idoneidad. No son, entonces, entidades creadas para competir en el mercado.

Así las cosas, se suspendió provisionalmente el literal c) y el inciso 5º del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, razón por la cual los procesos de contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro no quedan condicionados a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios, ni a que la ESAL garantice la mejor oferta y la optimización de los recursos públicos, pues estas condiciones son propias de la contratación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y no del régimen jurídico especial que establece el artículo 355 de la Constitución Política.

Otra norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, el cual se refiere a la posibilidad de contratar directamente cuando el objeto del contrato esté relacionado con actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que únicamente pueden ejecutar determinadas personas jurídicas o naturales¹². Para el Consejo de Estado, esta norma vulnera el principio de igualdad, por establecer un privilegio para determinadas personas jurídicas o naturales que ejecutaran únicamente las actividades allí previstas, contratándolas sin realizar un proceso competitivo. Por consiguiente, se suspendió provisionalmente el inciso final del artículo 4, por violar el principio de igualdad, por lo tanto, la contratación para la ejecución de actividades y programas de interés público debe realizarse a través de un proceso competitivo para escoger a la entidad sin ánimo de lucro.

En consecuencia, hasta tanto se emita una sentencia definitiva en el proceso reseñado, no es posible aplicar el «beneficio» al que se refiere el inciso tercero del artículo 4 del Decreto 92 de 2017. En estos procesos, entonces, se debe acudir a los criterios aplicables a los otros negocios jurídicos que regula el Decreto 92 de 2017, particularmente las exigencias del artículo 2 *ibidem*. Incluso, habría lugar a tener en cuenta las exigencias del inciso 2 del artículo 4 *ibidem*, siempre que se configuren los supuestos de aplicación de dicha normativa, esto es, siempre que «exist[a] más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad».

No obstante, sobre el artículo 5, el Consejo de Estado concluyó que el análisis de esta disposición debe realizarse a profundidad para establecer si efectivamente existe una contradicción normativa que implique que se afectó la competencia del legislador. En consecuencia, negó la solicitud de suspensión provisional, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia de fondo. Por tanto, si se pretende realizar un

convenio de asociación con ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

Para los *convenios de asociación*, como se explicó *ut supra*, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia; salvo en aquellos casos en que una entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio⁴⁰, y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%. De hecho, en relación con la naturaleza y cuantía de los convenios, la norma anteriormente citada no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporte recursos en especie, solo indica que en esos casos la entidad estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio.

Ahora bien, analizando las normas del Decreto 092 de 2017 con respecto al artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, se deriva que la restricción aplica frente a todo proceso que no se considere competitivo, esto es, en los que no se permita la participación de una pluralidad de oferentes o proponentes. Es decir, los procesos *no competitivos* dirigidos a la celebración de convenios de asociación o contratos de colaboración están sujetos a las restricciones del artículo 33 de la precitada Ley.

Se establece así un *criterio material* en la Ley de Garantías Electorales, el cual se desarrolló a profundidad en el numeral anterior, en el entendido que la prohibición del artículo 33, en relación con la contratación directa, no hace una distinción sobre la ubicación de estas normas en los diferentes cuerpos normativos, pues lo que importa es que impliquen materialmente una contratación directa, para estar inmersos en la restricción. Por ello, la ley de garantías irradia todas las normas que establezcan reglas y procedimientos de contratación directa.

Teniendo en cuenta lo expresado, se concluye que los convenios de asociación y contratos de colaboración establecidos en el Decreto 092 de 2017 no están exentos de la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, en especial de lo dispuesto en el artículo 33, que refiere la restricción o prohibición a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes». De este modo, lo que podrán hacer las entidades públicas es celebrar convenios de asociación y contratos de

⁴⁰ Decreto 1082, artículo 5: «[...] no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional».

colaboración realizados mediante un proceso competitivo, es decir, que se caracterice por la libre concurrencia y la pluralidad de proponentes.

3. Respuestas

«a) ¿La suspensión del Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996/2005 aplica únicamente para el orden nacional, es decir, solo la Nación podría celebrar convenios y contratos interadministrativos con las Entidades Territoriales? b) ¿Pueden celebrarse convenios y contratos interadministrativos entre Entidades Territoriales (Gobernación, Alcaldía) y otras Entidades Territoriales como universidades, empresas de servicio públicos del Estado, empresas sociales del estado, etc. [...]?»

Para responder su pregunta, se debe tener en cuenta el contenido del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, del que se derivan las siguientes reglas para las entidades estatales, incluidas las entidades territoriales:

1. El alcance del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 tiene como cometido modificar de manera parcial y transitoria el primer inciso del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. En efecto, como se observa del inciso segundo del artículo citado, esta disposición «modifica únicamente en la parte pertinente el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005».

2. Durante los cuatro (4) meses previos a la elección presidencial del año 2022 solamente podrán celebrarse convenios o contratos interadministrativos cuando el proceso de selección aplicable sea de pública convocatoria y se presente la circunstancia a la que se refiere el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, es decir, para la ejecución de proyectos y programas correspondientes al Presupuesto General de la Nación. Por lo demás, esta norma no modifica el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, en consideración a lo cual las restricciones a la contratación directa previstas en este artículo permanecen incólumes.

3. La aplicación del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 se restringe a un criterio orgánico, pues se requiere que uno de los extremos contractuales sea la Nación y el otro una entidad territorial, para que la celebración del convenio o contrato administrativo sea procedente. En estos términos, no es posible la celebración de convenios o contratos interadministrativos entre entidades descentralizadas del orden territorial, pues la posibilidad que otorga el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 se somete a la condición que una de las partes sea la Nación, con el fin de ejecutar proyectos o programas que correspondan al Presupuesto General de la Nación. Por ejemplo, durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, dos municipios o un municipio y un departamento o

entidad descentralizada territorial, quedan cubiertos por la prohibición original del párrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales.

4. El objeto contractual de los convenios o contratos interadministrativos debe limitarse a la ejecución de programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación. Es decir, se establece un criterio material, del cual se deriva que, durante los cuatro meses previos a las elecciones, queda prohibido celebrar convenios interadministrativos o contratos interadministrativos que no se relacionen con programas y proyectos que ejecuten recursos del Presupuesto General de la Nación.

5. En lo relacionado con la aplicación transitoria, el primer inciso del artículo en comento establece que la modificación de Ley de Garantías rige «[...] a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022». Esto implica que una vez se acabe la vigencia fiscal 2022, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 dejará de producir efectos jurídicos.

6. Se establece que los convenios o contratos interadministrativos que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. En tal sentido, el Contralor General de la República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá este control especial.

De acuerdo a las anteriores consideraciones, la promulgación y expedición de la Ley 2159 de 2021 no deroga la Ley 996 de 2005, sino que modifica de *manera transitoria y parcial* el inciso primero del párrafo del artículo 38. Por tanto, esta modificación solo afecta en forma tangencial la aplicación del numeral 15.1. de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, relacionado con la restricción para celebrar convenios y/o contratos interadministrativos durante el año fiscal 2022.

«2. Respecto de los convenios con las ESAL, se encuentran restringidas las contrataciones que en el marco del Decreto 092 de 2017 se realicen a través de procesos no competitivos que se asimilan a la contratación directa, tales como i) actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que sólo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas; ii) Los convenios de asociación en los cuales una única entidad privada sin ánimo de lucro – ESAL comprometa en dinero una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio; iii) En los contratos de colaboración en los que la Entidad Estatal en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar sólo puede ser realizado por una única Entidad sin ánimo de lucro».

Teniendo en cuenta la pregunta y las consideraciones anteriores, analizando las normas del Decreto 092 de 2017 con respecto al artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, se

deriva que la restricción aplica frente a todo proceso que no se considere competitivo, esto es, en los que no se permita la participación de una pluralidad de oferentes o proponentes. Es decir, los procesos *no competitivos* dirigidos a la celebración de convenios de asociación o contratos de colaboración están sujetos a las restricciones del artículo 33 de la precitada Ley.

Se establece así un *criterio material* en la Ley de Garantías Electorales, el cual se desarrolló a profundidad en las consideraciones, en el entendido que la prohibición del artículo 33, en relación con la contratación directa, no hace una distinción sobre la ubicación de estas normas en los diferentes cuerpos normativos, pues lo que importa es que impliquen materialmente una contratación directa, para estar inmersos en la restricción. Por ello, la ley de garantías irradia todas las normas que establezcan reglas y procedimientos de contratación directa.

De este modo, se concluye que los convenios de asociación y contratos de colaboración establecidos en el Decreto 092 de 2017 no están exentos de la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, en especial de lo dispuesto en el artículo 33, que refiere la restricción o prohibición a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes». Por tanto, lo que podrán hacer las entidades públicas es celebrar convenios de asociación y contratos de colaboración realizados mediante un proceso competitivo, es decir, que se caracterice por la libre concurrencia y la pluralidad de proponentes.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: José Luis Sánchez Cardona
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE



