

## **LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Tipos de restricciones – Ámbito temporal**

[...] la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. En primer lugar, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. En segundo lugar, también se encuentra la prohibición del párrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

## **LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición – Contratación directa – Alcance – Excepciones**

[...] 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 y el concurso de méritos u otros previstos en normas especiales.

[...] 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 de manera taxativa 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.

## **LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición del artículo 33 – Destinatarios**

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador



comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

## **LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición por elección de cargos populares – Convenios y contratos interadministrativos – Definición – Criterio orgánico**

Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas.

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

## **CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección**

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. 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 oferentes. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

## **LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto – Modificación artículo 38 Ley de Garantías – Transitoriedad**

En su inciso segundo, el artículo 124 dispone la modificación del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 sin establecer un nuevo texto sino simplemente anunciando que tal disposición se entenderá modificada «únicamente en la parte pertinente». Debe advertirse que la modificación introducida por la Ley del Presupuesto al párrafo del artículo 38 resulta



ser meramente temporal o transitoria, toda vez que se halla circunscrita, solamente, a un lapso específico, comprendido entre la fecha en que se publique la Ley de Presupuesto y el término de la vigencia fiscal del año 2022. Por tanto, la variación efectuada será aplicable a las elecciones de cargos de elección popular que sean llevadas a cabo en el lapso mencionado en la disposición, lo cual quiere decir que una vez culmine la vigencia fiscal del 2022, el texto del párrafo del artículo 38 se entenderá en su sentido y contenido original. De ahí que, para ser más precisos, técnicamente se trata de una suspensión transitoria de la prohibición, teniendo en cuenta que la norma es de carácter temporal y que en realidad no varía o cambia de forma permanente una norma general prevista en la Ley 996 de 2005, sino que prevé su inaplicación desde que comience a regir la Ley de Presupuesto y durante la vigencia fiscal 2022.

[...] la Ley 2159 de 2021 -Ley del Presupuesto- modificó parcial y transitoriamente al párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en aspectos temporales, subjetivos, materiales o teleológicos y procedimentales o de control, suspendiendo, en dichos aspectos, la prohibición de celebración de convenios y contratos interadministrativos contenida en el párrafo del artículo 38, siempre y cuando tales acuerdos se suscriban entre entes del orden nacional y entidades territoriales, dentro de la vigencia fiscal del año 2022 y para la ejecución de programas o proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación. Es de anotar [...] que la modificación de la ley del Presupuesto se genera, únicamente, frente al párrafo del artículo 38, y no frente a las prohibiciones del artículo 33 que, como se dijo, resultan ser distintas, aunque concurrentes, a las del párrafo, por lo cual, las restricciones a la contratación directa dentro del periodo preelectoral presidencial y vicepresidencial, se mantiene invariado a partir de la publicación de la Ley del Presupuesto.

### **LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto – Modificación artículo 38 Ley de Garantías – Aspecto teleológico**

Como se nota, uno de los aspectos que deberán figurar dentro de la ley de apropiaciones o gastos, serán las partidas destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo y social y a las obras públicas regulados en los artículos 339 y 341 de la Constitución. En ese sentido, recuérdese que el Plan Nacional de Desarrollo está «[...] conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución». En ese sentido, el aspecto teleológico de la modificación transitoria a la restricción introducida por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, implica que, para que sea procedente la celebración de un convenio interadministrativo, es necesario que, el convenio que pretende celebrar la entidad territorial con una entidad de la Nación, esté relacionado con la ejecución de programas y proyectos asociados al Presupuesto General de la Nación aprobado para la vigencia 2022. Esto supone que, la celebración de convenios o contratos interadministrativos por parte de entidades territoriales,



que involucren la ejecución de recursos públicos no relacionados con el Presupuesto General de la Nación de la vigencia 2022, no están dentro del ámbito de aplicación de la habilitación realizada por el artículo 124 ibídem, por lo que estarían sometidos a la restricción del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, lo que significa que no se podrían celebrar dentro de los cuatro meses anteriores a los comicios para de cargos de elección popular.

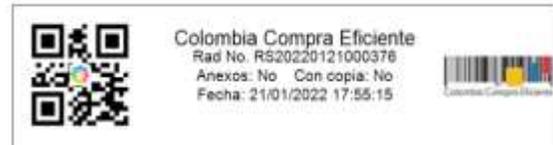
## **LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones – Artículos 33 y 38 – Convenios de asociación**

En cuanto a los *convenios de asociación*, la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías aplica únicamente a los procedimientos no competitivos. Como explica la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: «Para efectos de la “Ley de Garantías Electorales”, y en armonía con las normas que regulan la contratación pública en Colombia, debe entenderse por “contratación directa” cualquier sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique». En contraste, la restricción citada no aplicaría a los *convenios de asociación* que celebren las Entidades Estatales y entidades privadas sin ánimo de lucro bajo el procedimiento competitivo, pues este supone la pluralidad de oferentes y la selección objetiva del contratista.

[...] Es preciso advertir que los convenios de asociación no entran dentro del ámbito de aplicación de la restricción del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2021, ya que esta norma se refiere exclusivamente a convenios interadministrativos. Esto comoquiera que, los convenios de asociación son celebrados por Entidades Estatales con entidades privadas sin ánimo de lucro, correspondiendo a una naturaleza jurídica distinta de los convenios interadministrativos, los cuales son determinados por un criterio orgánico que exige que ambos extremos de la relación contractual sean entidades estatales.



Compartido por:



CCE-DES-FM-17

Bogotá, 21 Enero 2022

Señora  
**Amanda Patricia Nauzan Ceballos**  
Bogotá, D.C.

### Concepto C – 037 de 2022

**Temas:** LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Tipos de restricciones – Ámbito temporal / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición – Contratación directa – Alcance – Excepciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición del artículo 33 – Destinatarios / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición comicios cargos de elección popular – Convenios y contratos interadministrativos – Definición – Criterio orgánico / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección / MODIFICACIÓN DE LA LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto - parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías – transitoriedad / LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto – Modificación artículo 38 Ley de Garantías – Aspecto teleológico / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones – Artículos 33 y 38 de la Ley de Garantías – Convenios de asociación

**Radicación:** Respuesta a consulta P20220119000381

Estimada señora Nauzan Ceballos

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

Página 5 de 48



Colombia Compra Eficiente  
Tel. (+57 1)7956800 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)

Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta radicada el 19 de enero de 2022.

## 1. Problemas planteados

Usted realiza consulta sobre el alcance las restricciones que en materia contractual contempla la Ley de Garantías Electorales. Al respecto indaga: «Un convenio de asociación o interadministrativo que no involucra la ejecución de recursos del Presupuesto General de la Nación está dentro de las restricciones para su celebración en el marco de los artículos 33 y/o 38 de la Ley 996 de 2005?».

## 2. Consideraciones

Se advierte que al momento de expedirse este concepto, ya ha sido sancionada la Ley 2159 de 2021, por medio de la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022. Respecto al artículo 124 de la mencionada ley, a través del fallo de tutela proferido el 09 de noviembre de 2021, dentro del proceso nro. 2021-000354 por parte del Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, se ordenó «[...] al presidente de la república y a los representantes legales de las entidades del orden nacional y del sector descentralizado territorialmente, abstenerse de dar aplicación a la modificación realizada al parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005».

Sin embargo, también es necesario tener en cuenta que a través de decisión del 29 de noviembre de 2021, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió declarar «[...] la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio del veintisiete (27) de octubre de dos mil veintiuno (2021), dictado por el Juzgado Tercero (3o) Administrativo de Bogotá, en la forma solicitada por el señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia».

Partiendo de la vigencia de la Ley 2159 de 2021, en ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.



Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública<sup>1</sup>. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias; razón por la cual, corresponde cada entidad estatal definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado negocio jurídico en específico.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales, ii) restricciones para elecciones presidenciales, iii) destinatarios de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, iv) restricciones en los comicios para cargos de elección popular, v) modificaciones de la Ley de Garantías Electorales realizadas por la ley anual del presupuesto de la vigencia fiscal 2022 y vi) restricciones de la Ley de Garantías en

---

<sup>1</sup> La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».



los contratos de colaboración y convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha impartido lineamientos sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 y también se ha pronunciado al respecto, entre otros, en los Conceptos 4201912000004632 del 6 de agosto de 2019, 2201913000005655 del 8 de agosto de 2019, 2201913000006283 del 27 de agosto de 2019, 2201913000006521 del 3 de septiembre de 2019, 2201913000006634 del 6 de septiembre de 2019, 2201913000006639 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000007430 del 7 de octubre de 2019, 2201913000007565 del 10 de octubre de 2019, 2201913000008259 del 6 de noviembre de 2019, C-074 del 17 de marzo de 2021, C-075 del 16 de marzo de 2021, C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021, C-259 del 2 de junio de 2021, C-296 del 22 de junio de 2021, C-337 del 13 de julio de 2021, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021, C-374 del 16 de septiembre de 2021, C-381 del 2 de agosto de 2021, C-391 del 11 de agosto de 2021, C-396 del 13 de agosto de 2021, C-401 del 10 de agosto de 2021, C-413 del 17 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre de 2021, C-481 del 9 de septiembre de 2021, C-495 del 15 de septiembre de 2021, C-497 del 15 de septiembre de 2021, C-499 del 15 de septiembre de 2021, C-523 del 10 de octubre de 2021, C-528 del 27 de septiembre de 2021, C-543 del 9 de noviembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021, C-557 del 7 de octubre de 2021, C-563 del 8 de octubre de 2021, C-606 del 3 de noviembre de 2021, C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-633 del 11 de noviembre de 2021, C-634 del 11 de noviembre de 2021, C-636 del 16 de noviembre de 2021, C-677 del 4 de diciembre de 2021, C-693 del 9 de diciembre de 2021 y C-695 del 22 de diciembre de 2021. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera y complementa a continuación:

## **2.1. Definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales: alcance de las restricciones**

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



contractual a los servidores públicos y en cuanto a aspectos políticos establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral<sup>2</sup>.

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial<sup>3</sup>. En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales. De esta manera, explica que tiene como propósito:

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

[...]

Una ley de garantías electorales es una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa. Un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para 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,

---

<sup>2</sup> 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».

<sup>3</sup> Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005.



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.<sup>4</sup>

En este contexto, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes y paralelamente se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Por ello, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al analizar la referida ley, precisó lo siguiente:

No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>5</sup> y del Consejo de Estado<sup>6</sup>, 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,

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.



no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador<sup>7</sup>.

De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Así, con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos. Específicamente, las restricciones consagradas en la citada ley se dirigen a dos (2) tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial.

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe «[...] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[...] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»<sup>8</sup>.

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

<sup>8</sup> «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».



restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital «[...] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista»<sup>9</sup>. 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. Al respecto, considera que:

La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República–; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> «Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

» [...]

» Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista».

<sup>10</sup> 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).



De conformidad con lo anterior, la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. *En primer lugar*, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. *En segundo lugar*, también se encuentra la prohibición del párrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

Ambas restricciones no son excluyentes, lo que permite concluir que en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas sólo deben aplicar las restricciones contenidas en el párrafo del artículo 38.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, señaló que, para que la garantía sea plena, era necesario que la prohibición se aplicara para el Presidente o el Vicepresidente desde que éstos –estando en ejercicio de su cargo– manifiesten el interés de ser candidato presidencial, lo cual debe ocurrir seis meses antes de la elección en primera vuelta, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 996 de 2005. Sin embargo, el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional, relacionado con el momento en que estas restricciones empiezan a regir para el Presidente y el Vicepresidente de la República, ha perdido vigencia ante la prohibición de la reelección presidencial, restablecida por el Acto Legislativo 2 de 2015, excepto para el Vicepresidente que no haya ejercido la presidencia o que la haya ejercido por un tiempo inferior a tres (3) meses durante el respectivo cuatrienio, en forma continua o discontinua, conforme al artículo 197 de la Constitución Política.



## 2.2. Restricciones en elecciones presidenciales

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

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública<sup>11</sup>.

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado ´contratación directa´ es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso<sup>12</sup>. 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. [...] <sup>13</sup>.

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

---

<sup>11</sup> «[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-».

<sup>12</sup> «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil».

<sup>13</sup> 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.



modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos 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 méritos<sup>14</sup> y sistematizó las causales de contratación directa<sup>15</sup>.

De esta forma, con fundamento en la evolución de la normativa sobre la contratación pública, se ha depurado la noción de «contratación directa», precisando el Consejo de Estado –en el concepto citado– que, «aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado<sup>16</sup>, han establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes».

En efecto, vale la pena mencionar que, en algunos sistemas de contratación, utilizados por entidades públicas con regímenes especiales, o sujetas al derecho privado, la convocatoria o invitación para contratar puede limitarse a aquellas personas que previamente se hayan inscrito en una lista de precalificados o de simples interesados, o en un determinado registro o banco de datos de proveedores. En estos casos, lo determinante para considerar que dicho sistema no constituye «contratación directa», es que la convocatoria para inscribirse en forma previa se haga de manera pública, y que se permita la participación de una pluralidad de oferentes<sup>17</sup>.

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

---

<sup>14</sup> Artículo 2.

<sup>15</sup> *Ídem*.

<sup>16</sup> «[...] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado».

<sup>17</sup> 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.

a las entidades sometidas al Estatuto general de Contratación de la Administración Pública, sino también frente a las entidades que tengan un régimen especial de contratación. No obstante, también se observa que luego de la expedición de Ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado comenzó a delimitar con mayor precisión el término de «contratación directa».

Así las cosas, ha de entenderse que, para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes<sup>18</sup>.

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.

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 responsabilidad.

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 de manera taxativa 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

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas.



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 contratación»<sup>19</sup>. De ahí que la Corte haya hecho particular énfasis en que las excepciones a la restricción 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.

### **2.3. Destinatarios de la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005**

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del

---

<sup>19</sup> 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.



ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El Consejo de Estado, en Concepto con radicado 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, consideró que:

El artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica incluso a las entidades estatales con régimen especial de contratación y que están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como por ejemplo los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma<sup>20</sup>.

En Concepto con radicado 1738 de 6 de abril de 2006, esa misma Corporación manifestó que «Las restricciones de la Ley de Garantías en materia de contratación directa y celebración de convenios interadministrativos, se aplican a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, salvo cuando la celebración de un convenio interadministrativo sea ordenada, para ambas partes, por el Legislador»<sup>21</sup>. Sin embargo, debe precisarse el siguiente aspecto que distinguió la Sala de Consulta y Servicio Civil:

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Conceptuó que para las entidades que contratan por el derecho privado, estaba prohibida la contratación diferente de la licitación pública regulada por el código de comercio, criterio que luego se extendió para aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas con regímenes especiales y establecidos en sus manuales de contratación, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes.

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00(1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo: «Si bien en el tema del concepto del que se extractaron los párrafos transcritos, se hacía referencia a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, la explicación dada cubre también a las empresas industriales y comerciales del estado y a las de crédito, pues todas ellas hacen parte de la definición de administración pública de la ley 489 de 1998, y además encajan dentro de la noción de todos los entes del Estado que trae la ley 996 de 2005 en el artículo 33, de manera que no es lógico pretender exonerarse de ésta prohibición alegando un régimen especial de los actos o contratos».



En el concepto No. 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, ésta Sala distinguió dos clases de contratos en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios: unos, en los que la posición de la empresa es la de consumidora de las prestaciones objeto del contrato, que utiliza para la prestación de los servicios a su cargo, y los otros, en los que la empresa entrega esos servicios a los usuarios, conforme a unas reglas uniformes para todos ellos y sin que haya privilegios o tratos desiguales. En los primeros contratos, es claro que la empresa debe adquirir esos bienes previa licitación pública, según se expuso anteriormente, pero en el segundo caso, las empresas no pueden dejar de entregar los servicios públicos a su cargo a nuevas personas, ni dejar de renovar los contratos existentes, pues significaría la parálisis de una actividad propia de la administración, que incluso podría desconocer los derechos fundamentales<sup>22</sup>.

Aplicando este razonamiento, se tiene que las empresas industriales y comerciales del estado y las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas no pueden adquirir los suministros de bienes y servicios necesarios para la realización de su actividad por contratación directa sino por mecanismos competitivos que impliquen convocatoria pública y la posibilidad de pluralidad de oferentes, pero, «es obvio que si una de estas entidades va a prestar un servicio a un particular, lo puede hacer, pues estos se ofrecen a toda la comunidad en condiciones de igualdad. Si se supusiera que está prohibida su contratación directa, significaría la parálisis de tal actividad de interés público, lo que de ninguna manera es lo querido por la ley 996 de 2005»<sup>23</sup>.

Por lo tanto, la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la ley de garantías electorales, cobija a cualquier ente público que pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos en las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular

---

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00(1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, ídem.



en las contiendas electorales, se puede presentar tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por el Derecho Privado.

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

El párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 dispone que «[l]os Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos». Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas<sup>24</sup>.

Ahora bien, para determinar el alcance de la prohibición consagrada por la Ley de Garantías Electorales, conviene precisar la tipología de convenios o contratos interadministrativos. Aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales<sup>25</sup>. De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de 2006. Radicación 11001-03-06-000-2006-00023-00(1724). Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

<sup>25</sup> 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».

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

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. 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 oferentes<sup>26</sup>. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

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

[...] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su

---

<sup>26</sup> 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».



objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales<sup>27</sup>.

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

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

---

<sup>27</sup> 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.



las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el 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.

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

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



contractual pública, como a las normas del derecho civil [...]»<sup>28</sup>.

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 Civil<sup>29</sup> de esta Corporación se ha referido a los “*convenios interadministrativos*” a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de “*puros*” y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un “*intercambio patrimonial*”. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala<sup>30</sup> había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un “*verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)*”, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los “*convenios interadministrativos*” previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

<sup>29</sup> [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».

<sup>30</sup> [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».



cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales<sup>3132</sup>.

Sin perjuicio de lo indicado, vale la pena reiterar que el legislador y el ordenamiento jurídico, en general, en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica<sup>33</sup>. 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 interadministrativos<sup>34</sup>.

En desarrollo de lo anterior, vale la pena destacar que la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, pese a reconocer que se han realizado algunas distinciones jurisprudenciales en torno a los contratos y convenios interadministrativos, relacionados con el alcance de las obligaciones que los caracterizan, señala que no existe una definición legal que diferencie los conceptos

---

<sup>31</sup> [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».

<sup>32</sup> 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).

<sup>33</sup> 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».

<sup>34</sup> A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos». (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos).



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. En este sentido, la Circular, refiriéndose al párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, expresa:

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

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

En el contexto de la Ley de Garantías, las restricciones además de propender por la igualdad de los candidatos están encaminadas a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, lo cual se puede lograr a través de contratos o convenios. En este sentido, la prohibición que establece el párrafo 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 sentido de 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 observa entonces que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. En este sentido, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción alguna frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto<sup>35</sup>.

En todo caso, es importante resaltar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que no se les aplica la restricción de la Ley de Garantías a los convenios o contratos interadministrativos que deben celebrarse en virtud de un fallo judicial. Esto en la medida que la obligatoriedad y la fuerza vinculante de las sentencias ejecutoriadas proferidas por los funcionarios investidos del poder judicial emanan de la autonomía conferida a estos por la Constitución y del derecho que tienen los ciudadanos al acceso y oportuna administración de justicia<sup>36</sup>.

## **2.5. Modificaciones realizadas por la Ley Anual del Presupuesto para la vigencia fiscal de 2022 a la Ley de Garantías Electorales**

---

<sup>35</sup> Lo anterior, salvo que se traten de organismos internacionales que se rijan por normas internacionales y se financien con cargo a recursos de esos organismos (Cfr. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-559 del 31 de agosto de 2021).

<sup>36</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de noviembre de 2007. Expediente número 1863. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo.



El 12 de noviembre de 2021 el Presidente de la República sancionó la Ley 2159<sup>37</sup>, por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022 –Ley Anual del Presupuesto–<sup>38</sup>. En el Capítulo V sobre «disposiciones varias» contenido en la Tercera Parte, «Disposiciones Generales», se destaca la inclusión del artículo 124. Esta norma dispone lo siguiente:

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.

En este contexto, como se puede apreciar, el artículo 124 de la Ley del Presupuesto para la vigencia fiscal del 2022, con la finalidad de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, consagra una autorización a la Nación y a las entidades territoriales para celebrar convenios interadministrativos con el fin de ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.

Se fijan, entonces, ciertas condiciones temporales, subjetivas y materiales o teleológicas para la celebración de los convenios interadministrativos: i) que sean celebrados a partir de la publicación de la Ley del Presupuesto en el Diario Oficial y hasta el término de la vigencia fiscal 2022, es decir, hasta el 31 de diciembre de dicho año, ii) que sean celebrados entre la Nación, por una parte, y las entidades

---

<sup>37</sup> Que en su artículo 141 establece: «La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2022».

<sup>38</sup> Correspondiente al Proyecto de Ley 158/21 Cámara y 096/2021 Senado, cuyo texto definitivo fue aprobado en plenaria del Senado de la República el día 19 de octubre de 2021, según la Gaceta del Congreso de la República nro. 1496.



territoriales, por otra, y iii) que los convenios sean celebrados con el fin de ejecutar programas o proyectos que correspondan al Presupuesto General de la Nación. A continuación, la Agencia se referirá a cada uno de los aspectos o elementos insertos en la mencionada disposición.

### **2.5.1. Aspecto temporal**

En su inciso segundo, el artículo 124 dispone la modificación del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 sin establecer un nuevo texto sino simplemente anunciando que tal disposición se entenderá modificada «únicamente en la parte pertinente». Debe advertirse que la modificación introducida por la Ley del Presupuesto al párrafo del artículo 38 resulta ser meramente temporal o transitoria, toda vez que se halla circunscrita, solamente, a un lapso específico, comprendido entre la fecha en que se publique la Ley de Presupuesto y el término de la vigencia fiscal del año 2022.

Por tanto, la variación efectuada será aplicable a las elecciones de cargos de elección popular que sean llevadas a cabo en el lapso mencionado en la disposición, lo cual quiere decir que una vez culmine la vigencia fiscal del 2022, el texto del párrafo del artículo 38 se entenderá en su sentido y contenido original. De ahí que, para ser más precisos, técnicamente se trata de una suspensión transitoria de la prohibición, teniendo en cuenta que la norma es de carácter temporal y que en realidad no varía o cambia de forma permanente una norma general prevista en la Ley 996 de 2005, sino que prevé su inaplicación desde que comience a regir la Ley de Presupuesto y durante la vigencia fiscal 2022.

### **2.5.2. Aspecto subjetivo**

Ahora bien, según se señaló atrás, el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en su texto original, establece una prohibición dirigida a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital. De acuerdo con esta restricción no podrán celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos durante el periodo establecido en ese mismo párrafo. Esto sin hacer diferencia alguna con respecto a la modalidad de selección que se utilice, ante lo cual, cabe la



posibilidad de que los contratos o convenios interadministrativos sean celebrados entre entidades territoriales o entre entes territoriales y nacionales.

Como se observa, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 dispone que la «Nación» podrá celebrar convenios interadministrativos con «las entidades territoriales», razón por la cual en su aplicación resulta relevante el concepto que se tenga de los dos sujetos de derecho autorizados para celebrarlos. En cuanto a las entidades territoriales el artículo 286 de la Constitución Política prescribe claramente que son «los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas» y que la «ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley». Sin embargo, en el derecho constitucional el concepto Nación ha sido de difícil determinación y amplia discusión. La Nación se ha definido de distintas maneras, no obstante, uno de sus sentidos es el que lo identifica con el término de Estado y comprendida en él, es decir, como una estructura política y administrativa<sup>39</sup>.

Bajo esta óptica, conforme al artículo 1 de la Constitución Política, es menester recordar que Colombia es un Estado social derecho, organizado en forma de República unitaria pero descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales<sup>40</sup>. Además, debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico se utiliza la expresión «Nación», en vez de la expresión «Estado», para aludir a las autoridades centrales y diferenciarlas de las autoridades descentralizadas, bien sea territorialmente y por servicios<sup>41</sup>. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

---

<sup>39</sup> Aunque el Estado sea un concepto más amplio que comprende al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales.

<sup>40</sup> «Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

- » 1. Gobernarse por autoridades propias.
- » 2. Ejercer las competencias que les correspondan.
- » 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
- » 4. Participar en las rentas nacionales.»

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-221 del 29 de abril de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



[E]n general nuestra normatividad *ha reservado la palabra “Nación”,* en vez de la palabra “Estado”, *para hacer referencia a las autoridades centrales y distinguirlas de las autoridades descentralizadas.* Así, el artículo 182 de la Constitución derogada ordenaba a la ley determinar “los servicios a cargo de la Nación y de las entidades descentralizadas”. Ese lenguaje se ha mantenido en la Constitución de 1991, pues *la Carta utiliza la palabra Nación cuando se refiere a las competencias propias de las autoridades centrales, mientras que la palabra Estado denota en general el conjunto de todas las autoridades públicas.* (Énfasis fuera del texto).

De otro lado, el Estado en su conjunto, esto es, la Nación y otros órganos que realizan las diversas funciones y servicios, actúa en el mundo del Derecho dotado de personalidad jurídica como sujeto de derechos y obligaciones. En efecto, el artículo 80 de la Ley 153 de 1887 prescribe que «La Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas». Bajo este esquema constitucional y legal se ha entendido que «las entidades territoriales, así como las entidades descentralizadas por servicios, tienen su propia personería jurídica, al paso que la personalidad jurídica de la Nación cobija a las ramas del poder público, así como a los otros órganos autónomos e independientes que se han previsto por la Constitución para el cumplimiento de las demás funciones del Estado»<sup>42</sup>.

En particular, la Rama Ejecutiva del Poder público se manifiesta en dos (2) órdenes o niveles. Por un lado, el nivel nacional o «administración nacional» que, a su turno, puede contar con entidades descentralizadas por servicios y, por el otro, el nivel descentralizado territorialmente, o «administración territorial». En efecto, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, dispone que:

La Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:
  - a) La Presidencia de la República;

---

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-247 del 10 de abril de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica;

2. Del Sector Descentralizado por Servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Según la norma transcrita, la organización de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en su nivel nacional, cuenta con dos (2) sectores. Uno central conformado por la Presidencia de la República, la Vicepresidencia, los ministerios, departamentos administrativos, consejos superiores de la administración y las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica. Y otro descentralizado, en el cual se encuentran los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y, en general, las entidades administrativas nacionales que cuenten con personería jurídica diferente a la Nación<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> El artículo 68 de la Ley 489 de 1998 sobre este sector preceptúa: «Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas».



Al respecto debe recordarse que la descentralización es una forma de organización administrativa que implica el traslado de competencias a favor de autoridades o personas distintas a la Nación. Esta se manifiesta en tres formas o modalidades, a saber: descentralización por territorio, por servicios y por colaboración. La primera, tiene que ver con el traslado de competencias hacia entidades del orden territorial; por su parte, la descentralización especializada o por servicios consiste en la transferencia de competencias a ciertas entidades creadas para ejercer una actividad específica o determinada, mientras que la descentralización por colaboración obedece al otorgamiento de competencias a favor de particulares.

En ese sentido, de acuerdo con la explicación precedente, en el nivel nacional de la Rama Ejecutiva existen entidades que pertenecen o bien al sector central, precisamente, por no encontrarse descentralizadas y hacer parte, por ende, de la Nación como persona jurídica y, por otro lado, un sector nacional descentralizado conformado por personas jurídicas distintas a la Nación a quienes se les han transferido o descentralizado competencias en razón a la especialidad o el servicio para cuya prestación han sido creadas.

A su turno, dentro del sector descentralizado por servicios del nivel nacional existen dos modalidades de descentralización según sea la fuente de creación de la respectiva entidad, a saber: una de carácter directo o de primer grado y otra indirecta o de segundo grado. La primera hace referencia a entidades públicas descentralizadas nacionales cuya creación ha correspondido directamente al Estado, trátase del Congreso de la República o del Gobierno Nacional, según sea el caso, a través de la ley formal o material.

Sin embargo, dichas entidades descentralizadas directamente, por ser personas jurídicas, pueden, a su turno, participar con otras personas en la creación de otras completamente nuevas. Estas corresponden, entonces, a las denominadas entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado<sup>44</sup>. En otras palabras, los entes descentralizados indirectamente son aquellos creados no por la ley, sino a

---

<sup>44</sup> Rodríguez Libardo, Derecho Administrativo, general y colombiano, Editorial Temis, (2015), Bogotá, Colombia, p. 160.



partir de «la voluntad asociativa de los entes públicos, en unión entre sí o con particulares»<sup>45</sup>.

En ese orden de ideas, la descentralización indirecta puede tornar en distintas modalidades, según cual sea la calidad de las entidades participantes. Así, habrán entes descentralizados indirectamente conformados por entidades del nivel nacional y territorial, o por entidades descentralizadas por servicios y nacionales, o por participación de entes nacionales, territoriales y descentralizados por servicios, por asociaciones de entidades descentralizadas del nivel nacional, etc.<sup>46</sup>

De esta manera, la Ley 489 de 1998 regula tres tipos de entidades descentralizadas indirectas en sus artículos 94, 95 y 96. Estas normas se refieren, respectivamente, a las asociaciones entre empresas industriales y comerciales del Estado, entre estas y entidades territoriales o descentralizadas, así como a la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro entre entidades estatales y a la constitución de asociaciones y fundaciones a través de los convenios de asociación suscritos entre entidades estatales y personas jurídicas particulares.

Dicho lo anterior, es importante destacar que las entidades descentralizadas indirectamente son una especie del género que corresponde a las entidades descentralizadas, y «[...] por ello y porque gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente, es decir, reúnen los requisitos establecidos para las entidades descentralizadas por el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, forman parte del sector descentralizado de la administración pública»<sup>47</sup>.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 rompió con la noción ortodoxa que venía del régimen anterior respecto a lo que se entendería como «entidad estatal» para efectos de la contratación del Estado, y que se fundaba bajo la égida de la personalidad

---

<sup>45</sup> Vidal Perdomo Libardo, Derecho Administrativo, editorial Legis, (2016), Bogotá, Colombia, p. 151. En similar sentido se ha expresado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al definir a las entidades públicas descentralizadas indirectamente como «[...] las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal» (Concepto del 26 de octubre de 2000, Rad. 1291, M.P. Augusto Trejos Jaramillo).

<sup>46</sup> Ver, Tafur Galvis Álvaro, las entidades descentralizadas, Bogotá, Editorial, Montoya y Araujo, (1984), p. 205.

<sup>47</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad 1291, Ob. Cit.



jurídica como elemento determinante para la capacidad o competencia para contratar. Con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se separan tales nociones y se admite la posibilidad de que entidades que no cuenten con personería, puedan tener capacidad jurídica para celebrar contratos.

Así, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 determinó que ciertas entidades que no tienen personalidad jurídica diferente a la Nación –como, por ejemplo, los ministerios, departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales sin personería jurídica– pueden celebrar contratos. Además, el artículo 11 *ibidem* señaló que los funcionarios con competencia para hacerlo en la entidad son los ministros, los directores de los departamentos administrativos, los superintendentes y los presidentes de las unidades administrativas especiales, respectivamente.

En este punto, como lo ha dicho la Corte Constitucional, «Es claro que si la Nación, los departamentos, municipios y distritos, son personas jurídicas, y las entidades estatales a que se refiere la ley 80, no lo son, por fuerza los contratos que estas últimas celebren corresponden a la Nación, a los departamentos o a los municipios»<sup>48</sup>, lo que implica que la «actuación del funcionario competente, a nombre de la correspondiente entidad estatal, vincula a la Nación, al departamento o al municipio como persona jurídica»<sup>49</sup>. Por ejemplo, cuando la presidencia de la república, o un ministerio o departamento administrativo celebren contratos públicos, lo harán en nombre de la Nación, precisamente, por hacer parte de esta. No sucederá lo mismo cuando el ente respectivo sea una persona jurídica distinta a la Nación, como ocurre con los departamentos, los distritos, los municipios, las entidades descentralizadas por servicios de cualquier orden y demás entes que, por virtud de la norma que los regulan, ostenten este atributo.

Igualmente, en la estructura del Estado colombiano existen órganos que no pertenecen a la rama ejecutiva sino a las otras ramas del poder público –legislativa y judicial–, así como organismos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado<sup>50</sup>. Estas entidades también hacen parte de la Nación

---

<sup>48</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 25 de agosto de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

<sup>49</sup> *Ibid*

<sup>50</sup> «ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el



y cuentan con capacidad jurídica para contratar según las normas del EGCP, por ejemplo, el Senado de la República, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Auditoría General de la República, entre otros.

Con fundamento en todo lo dicho, la Agencia considera que la expresión «Nación» utilizada por la Ley 2159 de 2021 hace referencia a las entidades públicas del sector central de la rama ejecutiva, de las demás ramas del poder público, así como de los órganos autónomos e independientes que se han previsto por la Constitución Política para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, los cuales cuentan con capacidad para celebrar contratos en nombre de ella, pues comparten su personería jurídica. En caso contrario, esto es, cuando la entidad tenga personería jurídica propia y, por tanto, no celebre contratos en nombre de la Nación, permanecerá incólume la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales.

### **2.5.3. Aspecto teleológico**

En lo relacionado al elemento teleológico o material de la reforma incluida en el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, la cual consiste en la celebración de convenios o contratos interadministrativos para ejecutar programas o proyectos que correspondan al Presupuesto General de la Nación, esta Agencia estima que aquel elemento hace referencia a los programas y proyectos de inversión nacional contenidos en el rubro de gastos de inversión de la ley de apropiaciones, y que corresponderán a los determinados como tales en el Plan Nacional de Inversiones incluido en el Plan Nacional de Desarrollo.

En efecto, el artículo 36 del Decreto 111 de 1996 determina que el presupuesto de gastos está configurado por tres grandes rubros. Por un lado, los gastos de funcionamiento que, a su vez, estarán subdivididos en servicios personales, gastos generales y transferencias y gastos de operación. Por otra parte, el servicio a la deuda, conformado por la deuda interna y externa. Finalmente, los

---

cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.»



gastos de inversión, dentro de los cuales se incluirá, según el artículo 36 del Estatuto Orgánico, los proyectos establecidos en el «Plan Operativo Anual de Inversión».

Este «Plan Operativo Anual de Inversión» al que hace referencia el citado artículo 36, es, junto al presupuesto anual de la Nación, y al Plan Financiero, uno de los componentes del «Sistema Presupuestal»<sup>51</sup>. Dentro de este se señalarán los proyectos de inversión clasificados por sectores, órganos y programas, siempre en concordancia con el Plan Nacional de Inversiones contenido en el Plan Nacional de Desarrollo<sup>52</sup>. Por lo demás, de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, la ley de gastos o apropiaciones «solo» estará conformada por los siguientes rubros:

1. Los créditos judicialmente reconocidos;
2. Los gastos decretados conforme a la ley;
3. Las destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social y a las obras públicas tratados en los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, siempre que hayan sido aprobadas por el Congreso Nacional, y;
4. A las leyes que organizan la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, que constituyen título para incluir en el presupuesto partidas para gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública.

---

<sup>51</sup> ARTÍCULO 6º: «Sistema presupuestal. Está constituido por un plan financiero, por un plan operativo anual de inversiones y por el presupuesto anual de la Nación».

<sup>52</sup> ARTÍCULO 8º: «El plan operativo anual de inversiones señalará los proyectos de inversión clasificados por sectores, órganos y programas. Este plan guardará concordancia con el plan nacional de inversiones. El Departamento Nacional de Planeación preparará un informe regional y departamental del presupuesto de inversión para discusión en las comisiones económicas de Senado y Cámara de Representantes». En similar sentido, el artículo 13 del Estatuto Orgánico dispone que «El presupuesto general de la Nación deberá guardar concordancia con los contenidos del plan nacional de desarrollo, del plan nacional de inversiones, del plan financiero y del plan operativo anual de inversiones».



Como se nota, uno de los aspectos que deberán figurar dentro de la ley de apropiaciones o gastos, serán las partidas destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo y social y a las obras públicas regulados en los artículos 339 y 341 de la Constitución. En ese sentido, recuérdese que el Plan Nacional de Desarrollo está «[...] conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución».

En ese sentido, el aspecto teleológico de la modificación transitoria a la restricción introducida por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, implica que, para que sea procedente la celebración de un convenio interadministrativo, es necesario que, el convenio que pretende celebrar la entidad territorial con una entidad de la Nación, esté relacionado con la ejecución de programas y proyectos asociados al Presupuesto General de la Nación aprobado para la vigencia 2022. Esto supone que, la celebración de convenios o contratos interadministrativos por parte de entidades territoriales, que involucren la ejecución de recursos públicos no relacionados con el Presupuesto General de la Nación de la vigencia 2022, no están dentro del ámbito de aplicación de la habilitación realizada por el artículo 124 *ibídem*, por lo que estarían sometidos a la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, lo que significa que no se podrían celebrar dentro de los cuatro meses anteriores a los comicios para de cargos de elección popular.

Como corolario de todo lo anterior, se concluye que la Ley 2159 de 2021 modificó parcial y transitoriamente el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en aspectos temporales, subjetivos y teleológicos. En particular, suspende la prohibición de celebrar convenios y contratos interadministrativos contenida en el parágrafo del artículo 38, siempre y cuando tales acuerdos se suscriban entre la Nación y las entidades territoriales, dentro de la vigencia fiscal del año 2022 y para la ejecución de programas o proyectos de inversión incluidos en el Presupuesto General de la Nación.



Es de anotar, por ser relevante para la consulta que se resuelve, que la modificación de la ley del Presupuesto aplica, únicamente, frente al párrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías, no en relación con las prohibiciones del artículo 33 *ibidem*. Como se explicó *ut supra*, esta última restricción tiene una naturaleza distinta, aunque concurrente con la del párrafo analizado en la Ley 996 de 2005. Por tanto, las restricciones a la contratación directa dentro del periodo preelectoral presidencial y vicepresidencial, se mantienen invariables a partir de la publicación de la Ley del Presupuesto.

En efecto, la Agencia advierte que para el año 2022 están programadas las elecciones para elegir miembros del Congreso de la República, así como las jornadas para la elección del Presidente y Vicepresidente de la República. Las primeras para el domingo 13 de marzo de 2022<sup>53</sup> y las segundas para el 29 de mayo del mismo año<sup>54</sup>, respectivamente. De esta manera, resulta palmario que el periodo preelectoral de restricción de cuatro meses anteriores a la correspondiente elección de que tratan los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005 coincidirá parcialmente. En este sentido, las prohibiciones para la contratación directa y para la celebración de convenios y contratos interadministrativos concurren durante la coincidencia de periodos preelectorales.

Así, durante el periodo preelectoral de elección al Congreso de la República aplicará, únicamente, la prohibición del párrafo 38. Sin embargo, una vez inicie el periodo preelectoral para la elección de Presidente y Vicepresidente, deberán aplicarse ambas restricciones, es decir, tanto la del párrafo del artículo 38 como la del artículo 33 de la Ley de Garantías. En este punto, atendiendo a la modificación parcial del párrafo del artículo 38 realizada por la Ley del Presupuesto, cabría preguntarse cómo se aplicarían las mentadas prohibiciones.

En opinión de esta Agencia, con el fin de armonizar los textos de los artículos comentados, luego de la modificación realizada por la Ley del Presupuesto, cuando resulte aplicable sólo el párrafo del artículo 38, se podrán celebrar convenios y

---

<sup>53</sup> Registraduría Nacional del Estado Civil, Resolución 2098 del 12 de marzo de 2021, mediante la cual «se fija el calendario electoral del Congreso de la República que se realizarán el 13 de marzo».

<sup>54</sup> Registraduría Nacional del Estado Civil, Resolución 4371 del 18 de mayo de 2021, «por la cual se fija el calendario electoral para las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República (primera vuelta) para el periodo constitucional 2022-2026».



contratos interadministrativos siempre y cuando estos se lleven a cabo dando cumplimiento a los requisitos del artículo 124 de la Ley del Presupuesto, entre ellos, que sean suscritos antes de finalizar la el año 2022, entre entidades del orden nacional y territorial, y que estén relacionados con programas o proyectos asociados al Presupuesto General de la Nación aprobado para la vigencia 2022 . No sucederá lo mismo cuando sean celebrados entre entidades del orden territorial o que no estén relacionados con el Presupuesto General de la Nación del año 2022, casos en los que aplicará la prohibición plena sin la modificación en mención.

Por otra parte, cuando empiece el periodo preelectoral de las elecciones para Presidente y Vicepresidente de la República, aplicará la prohibición de contratación directa contenida en el artículo 33 de la Ley de Garantías, así como a la prohibición del párrafo del artículo 38 *ibidem* que, como se explicó en acápite precedentes, rige en todo tipo de elección popular. Así, dentro de los cuatro meses anteriores a tales elecciones, las entidades destinatarias de las normas mencionadas, no podrán celebrar convenios y contratos interadministrativos a través de contratación directa, por lo que solo podrán suscribirse a través de mecanismos de selección que impliquen convocatoria pública y pluralidad de oferentes, siempre que se cumplan con los requisitos del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021.

## **2.6. Restricciones de la Ley de Garantías en los contratos de colaboración y convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro**

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 desarrollo<sup>55</sup>. 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

---

<sup>55</sup> 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.



o la creación de personas jurídicas<sup>56</sup>. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

En desarrollo del artículo 355 de la Constitución, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 92 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 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 92 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. 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 92 de 2017<sup>57</sup>.

Los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en 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 92 de 2017, por regla general,

---

<sup>56</sup> «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».

<sup>57</sup> En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 220191300000663, 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».

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, ya que 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»<sup>58</sup>. En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están 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», elementos dentro de los que 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

---

<sup>58</sup> Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512.



hacerlo a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, la unión temporal o el consorcio<sup>59</sup>. Sin embargo, comoquiera que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio debe buscar el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales involucradas, es necesario que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio coincidan de alguna de tal manera que, los cometidos funcionales de una y otra entidad se relacionen con el objeto del convenio. .

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, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente, pues 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»<sup>60</sup>.

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

---

<sup>59</sup> 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».

<sup>60</sup> Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611.



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 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 92 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.

Ahora bien, 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 provisional<sup>61</sup> 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. No obstante, sobre esta última norma 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, 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

---

<sup>61</sup> 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.



comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio<sup>62</sup>, 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: sólo 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.

Teniendo en estas consideraciones sobre la celebración de convenios de asociación, así como las consideraciones realizadas en los acápites previos, es posible concluir que la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales únicamente aplica frente a los procedimientos *no competitivos*, que son los que implican una contratación directa. Como explica la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

Para efectos de la «Ley de Garantías Electorales», y en armonía con las normas que regulan la contratación pública en Colombia, debe entenderse por «contratación directa» cualquier sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique<sup>63</sup>.

En contraste, la restricción del artículo 33 no aplicaría a los convenios de asociación que celebren las entidades estatales y las ESAL bajo el procedimiento *competitivo*, pues este supone la pluralidad de oferentes y la selección objetiva del contratista. Conforme al artículo 5 del Decreto 092 de 2017, esta es la regla general, salvo en aquellos casos en que una ESAL comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra ESAL que ofrezca aportes

---

<sup>62</sup> 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».

<sup>63</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Rad. 2382. C.P. Álvaro Namén Vargas.



iguales o superiores a dicho porcentaje, supuesto excepcional en que procede la selección directa.

De otra parte, en cuanto a la restricción del párrafo del artículo 38 de la Ley de 996 de 2005, conforme se explicó *ut supra*, se reitera, la misma solo aplica a convenios interadministrativos, es decir, a aquellos en los que ambos extremos de la relación contractual están conformados por entidades estatales. Esto significa que esta restricción no es aplicable a la celebración de *convenios de asociación*, ya que este tipo de acuerdos son celebrados entre entidades estatales y ESALES, es decir, que no cumplen con el criterio orgánico que determina la calidad de interadministrativo.

De esta manera, en lo relativo a la celebración de convenios de asociación en vigencia de la restricción del artículo 33 de la Ley de Garantías, se concluye que, esto solo será posible cuando dicho tipo de acuerdos se realicen a través de la modalidad *competitiva*, mientras que la celebración de este tipo de convenios en la modalidad *no competitiva* sí estaría prohibida durante el periodo de aplicación de esta restricción. De igual forma, es posible concluir que, la celebración de *convenios de asociación*, *per se*, no está prohibida por la restricción del párrafo del artículo 38 de la Ley 2069 de 2020, la cual solo es aplicable a convenios interadministrativos.

### 3. Respuesta

«Un convenio de asociación o interadministrativo que no involucra la ejecución de recursos del Presupuesto General de la Nación está dentro de las restricciones para su celebración en el marco de los artículos 33 y/o 38 de la Ley 996 de 2005?»

Conforme a lo expuesto, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 establece una restricción en atención a la cual, durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, está prohibida la contratación directa por parte de todas las Entidades Estatales. Esto implica que, la celebración de contratos o convenios interadministrativos, cuya selección se adelante a través de contratación directa, está prohibida durante el período de aplicación de esta restricción.

Por su parte, en cuanto a los *convenios de asociación*, la prohibición de contratación directa del artículo 33 de la Ley de Garantías aplica únicamente a los



procedimientos no competitivos. Como explica la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: «Para efectos de la “Ley de Garantías Electorales”, y en armonía con las normas que regulan la contratación pública en Colombia, debe entenderse por “contratación directa” cualquier sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique». En contraste, la restricción citada no aplicaría a los *convenios de asociación* que celebren las Entidades Estatales y entidades privadas sin ánimo de lucro bajo el procedimiento competitivo, pues este supone la pluralidad de oferentes y la selección objetiva del contratista.

De otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales, establece una restricción en virtud de la cual, durante el periodo de cuatro meses anteriores a cualquier jornada de elecciones, las entidades territoriales no pueden suscribir convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos. Sin embargo, la modificación transitoria del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, fijó ciertas condiciones temporales, subjetivas y materiales o teleológicas para la celebración de los convenios interadministrativos: i) que sean celebrados a partir de la publicación de la Ley del Presupuesto en el Diario Oficial y hasta el término de la vigencia fiscal 2022, ii) que sean celebrados entre la Nación, por una parte, y las entidades territoriales, por otra, y iii) que los convenios sean celebrados con el fin de ejecutar programas o proyectos que correspondan al Presupuesto General de la Nación. De acuerdo con esto, a los convenios interadministrativos no relacionados con la ejecución de recursos del Presupuesto General Nacional, les aplicaría la restricción del artículo 38, no estando cobijados por la habilitación transitoria dispuesta en el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, al no cumplirse los mencionados requisitos.

Por último, es preciso advertir que los *convenios de asociación* no entran dentro del ámbito de aplicación de la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2021, pues esta norma se refiere exclusivamente a convenios interadministrativos. Esto dado que los *convenios de asociación* son celebrados por Entidades Estatales con entidades privadas sin ánimo de lucro, correspondiendo a una naturaleza jurídica distinta de los convenios interadministrativos, los cuales son determinados por un criterio orgánico que exige que ambos extremos de la relación contractual sean entidades estatales.



Compartido por:



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: Alejandro Sarmiento Cantillo  
Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual  
Revisó: Juan David Montoya Penagos  
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro  
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE

Página 48 de 48



Colombia Compra Eficiente  
Tel. (+57 1)7956800 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)