

FORMATO PQRS

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 parágrafo 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. 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 y sistematizó las causales de contratación directa.

[...] 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. 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.

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición del artículo 33 – Destinatarios

FORMATO PQRS

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. [...]

UNIVERSIDADES PÚBLICAS – ESTABLECIMIENTO PÚBLICO EDUCATIVO – Diferencias – Aplicación de la Ley 996 de 2005

[...] De acuerdo con lo explicado sobre las restricciones contractuales establecidas por la Ley 996 de 2005, resulta palmario que tanto universidades públicas como establecimientos públicos educativos, dada su irrefutable calidad de “entes del Estado”, se encuentran dentro del ámbito material de la restricción del artículo 33. Sin embargo, la diferencia en la naturaleza jurídica de ambos tipos de entidades hace que la conclusión sobre la aplicabilidad de la restricción del artículo 38 sea una para los entes universitarios autónomos y otra para los establecimientos públicos de educación superior. [...]

FORMATO PQRS

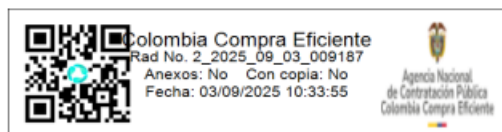
Bogotá D.C., 3 de septiembre de 20205

Señora

Monica Angela Gonzalez Vergara

somosrosero2023@gmail.com

Bogotá D.C.



Concepto C- 1010 de 2025

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 / UNIVERSIDADES PÚBLICAS – ESTABLECIMIENTO PÚBLICO EDUCATIVO – Diferencias – Aplicación de la Ley 996 de 2005

Radicación:

Respuesta a consulta con radicado No. 1_2025_07_23_007618

Estimada señora González;

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud radicada en esta entidad el 23 de julio de 2025, en la cual manifiesta lo siguiente:

"[...] Solicito amablemente me den un concepto si aplica la ley de garantías en la contratación que adelantan los ESTABLECIMIENTO EDUCATIVOS PUBLICOS, siendo estos de REGIMEN ESPECIAL? en resumen la ley de garantías aplica para las entidades de REGIMEN ESPECIAL? (EN EL CASO DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS QUE RECIBEN RECURSOS DE

FORMATO PQRS

GRATUIDAD DE LA EDUCACION y si les aplica la ley de garantías, no podrían garantizar el funcionamiento operativo de la institución, si no pueden contratar.: [...]” [sic]

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las Entidades Estatales o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

1. Problema jurídico planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Aplican las restricciones en materia de contratación estatal previstas en la Ley de Garantías Electorales en el caso de las instituciones educativas?

2. Respuesta:

De acuerdo con la interpretación de las normas generales del sistema de compras y contratación pública, sin perjuicio de que cada entidad defina la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato estatal en específico, es posible afirmar que la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden

FORMATO PQRS

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 excepciones contempladas en el inciso segundo del mismo artículo. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que 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 implica 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.

Ahora bien, frente al problema jurídico planteado, debe señalarse que la restricción del artículo 33 aplica a todos los “entes del Estado”, independiente de su régimen, por lo que la misma aplica tanto a las universidades públicas o entes universitarios autónomos, como a los establecimientos públicos de educación superior, dada su calidad de entes estatales. En consecuencia, al margen que estas entidades estén sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Públicas, tengan un régimen especial o pretendan suscribir un contrato aplicando el reglamento de un organismo internacional—con sustento en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007—, tienen restringida la contratación que no sea producto de procesos con pluralidad de oferentes durante a partir del inicio del periodo preelectorales de

FORMATO PQRS

los cuatro (4) meses previos a las elecciones presidenciales, salvo que se realice al amparo de las excepciones previstas en el inciso final del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

De lo anterior se colige que, en virtud de la restricción establecida en el primer inciso artículo 33, las universidades y los establecimientos públicos de educación superior tienen vedada la celebración de convenios o contratos de manera directa durante las elecciones presidenciales, ya sea con otras entidades de la misma naturaleza o de carácter privado. Esto sin perjuicio de la eventual aplicación de alguna de las excepciones previstas en el inciso final de la norma, con sustento en las cuales, ambos tipos de instituciones de educación superior públicas podrían suscribir contratos de manera directa durante el periodo preelectoral señalado sin vulnerar la restricción, siempre que en efecto se configure alguno de los supuestos de hecho de las excepciones y no se contravengan otras normas jurídicas.

Por otro lado, se concluye también que, los establecimientos públicos educativos territoriales, dada su calidad de entidades descentralizadas de los órdenes departamental, municipal o distrital, tienen vedada la celebración de convenios interadministrativos en los que se destinen recursos públicos, durante los cuatro (4) meses anteriores a elecciones.

Finalmente, debe advertirse que el análisis en torno a un proceso de contratación específico debe ser realizado por quienes tengan interés en ello. De esta forma, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponderá a los interesados de adoptar la decisión y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

En ese sentido, al tratarse de un análisis que debe realizarse en un procedimiento contractual específico, esta Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del Sistema de Compras y Contratación Pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, validar sus actuaciones.

FORMATO PQRS

3. Razones de la respuesta:

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 electoral¹.

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 presidencial². 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

¹ El artículo 127 de la Constitución Política señala: “Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria”.

² Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005.

FORMATO PQRS

asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a los electores. Una ley de garantías busca afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Igualmente, una ley de garantías debe permitir que, en el debate democrático, sean las ideas y las propuestas las que definan el ascenso al poder, y no el músculo económico de los que se lo disputan.³ [...]”

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 Constitucional⁴ y del Consejo de Estado⁵, 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

³ Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴ 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.

⁵ 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..

FORMATO PQRS

ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador⁶.

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”.

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital “[...] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

FORMATO PQRS

miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista”.

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”.⁷

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 parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios

⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2015. C.P. William Zambrano Cetina. Radicación No. 11001-03-06-000-2015-00164-00(2269).

FORMATO PQRS

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 parágrafo 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 parágrafo 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.

Teniendo en cuenta la consulta planteada, es importante analizar las restricciones aplicables a cada una de estas elecciones, pues presentan importantes diferencias, como su fundamento jurídico. Con esa finalidad, en primer lugar, se analizarán las restricciones aplicables frente a las elecciones presidenciales, y, posteriormente, las referentes a los demás cargos de elección popular.

En primer lugar, 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

FORMATO PQRS

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 pública⁸.

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 concurso⁹. 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. [...]”¹⁰.

De conformidad con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a “cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes”, por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada 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 méritos¹¹ y sistematizó las causales de contratación directa¹².

De esta forma, 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

⁸ “[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-”.

⁹ Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil

¹⁰ 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.

¹¹ Artículo 2.

¹² *Ídem*.

FORMATO PQRS

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 privado¹³, 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 oferentes¹⁴.

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

Así las cosas, ha de entenderse que, para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, “contratación directa” es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes¹⁵.

¹³ [...] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado.

¹⁴ 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.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas.

FORMATO PQRS

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 Electorales, 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 *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

FORMATO PQRS

las excepciones para la prohibición de contratación”¹⁶. 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.

Ahora bien, 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. 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”¹⁷.

Por lo tanto, la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la Ley de Garantías Electorales, cubre a cualquier ente

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

FORMATO PQRS

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 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.

En segundo lugar, resulta necesario precisar el alcance de la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. La citada norma dispone: “[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”. [Énfasis fuera del texto original]

Sobre este aspecto, es importante señalar que esta Subdirección, en los conceptos emitidos sobre la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, ha defendido y mantenido la postura acerca de que la prohibición señalada en el parágrafo del artículo 38 cubre tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos. Esta tesis se fundamenta en que si bien actualmente el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP – se refiere 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, se argumenta en dichos conceptos que 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. Además, se señala que el legislador y el ordenamiento jurídico, en general, en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o

FORMATO PQRS

convenio para referirse a la misma institución jurídica¹⁸. Incluso, 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 interadministrativos¹⁹.

De este modo, en 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, se señaló que no existe una definición legal que diferencie los conceptos de convenio o de contrato. En este sentido, la Circular, refiriéndose al párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, expresa lo siguiente en el numeral 16.2:

“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

¹⁸ 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”.

¹⁹ 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).

FORMATO PQRS

entidades ni la prestación de un servicio a cargo de alguna de ellas y en favor de la otra parte del convenio.

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

Con base en lo expuesto, debido a que no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio, esta Agencia ha partido de su asimilación para la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, por lo que la interpretación que se ha efectuado del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 es que prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.

No obstante, conviene señalar que, mediante auto de 4 de octubre del 2024, el Consejo de Estado, Sección Tercera, decretó medida de suspensión provisional parcial del numeral 16.2 de la Circular Externa Única de 2022 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, concretamente, respecto de los siguientes apartes normativos²⁰:

i) el inciso segundo 2 que dispone: “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” y,

ii) la expresión y el siguiente párrafo contenidos en el inciso cuarto “contratos” y “En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 4 de octubre de 2024. Exp. 70.313. C.P: Fredy Ibarra Martínez

FORMATO PQRS

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”.

De conformidad con los argumentos de dicha providencia, se parte de la distinción entre los conceptos de “convenio” y “contrato” interadministrativos, para diferenciarlos en su naturaleza, contenido y alcance, lo cual ha servido de fundamento para que tanto la Sección Tercera como también la Sala de Consulta y Servicio Civil de esa Corporación hayan realizado la distinción entre uno y otro negocio jurídico. En este sentido, en relación con el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 concluyó que *“si el legislador no diferenció al establecer la prohibición o la restricción, mal haría el reglamento en aplicar un efecto expansivo o extensivo para incluir una categoría no cobijada con la limitación, (...)”*. Por tal motivo, para efectos de decretar la medida de suspensión provisional de los apartes señalados del numeral 16.2 de la Circular Externa Única, argumentó que *“con independencia del propósito loable o plausible de la disposición ya que, procura que no se usen los recursos estatales para incidir o afectar la contienda electoral, no cabe duda de que la entidad demandada incorporó en la prohibición una categoría que no quedó comprendida expresa e inequívocamente en la ley”*.

Bajo este contexto, esta Agencia debe manifestar que, si bien respeta y acata las decisiones proferidas por el Consejo de Estado, como es el caso del auto de suspensión provisional parcial del numeral 16.2 de la Circular Externa Única, no comparte los argumentos expuestos por dicha Corporación. Esto, en la medida que, a juicio de esta Entidad, señalar que la Ley de Garantías Electorales no aplica para el caso de los contratos interadministrativos deja sin efecto el propósito buscado por la norma, que no es otro que evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas políticas, o 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 propósitos.

Conforme a lo anterior, si bien la Agencia es respetuosa de las providencias proferidas por las autoridades judiciales, es necesario expresar el desacuerdo con el decreto de medida cautelar de suspensión provisional y la oposición a que se declare la nulidad del numeral 16.2 de la Circular Externa

FORMATO PQRS

Única. Al señalar que los contratos interadministrativos deberían estar sujetos a las restricciones consagradas en el parágrafo del artículo 38, la Agencia busca proteger la transparencia, igualdad e integridad del proceso electoral. Así las cosas, a la fecha, se espera la decisión final respecto a la declaratoria de nulidad del numeral 16.2 de la Circular Externa Única que adopte el Consejo de Estado.

De esta manera, 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 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* durante la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado un efecto extensivo a otra tipología. Ahora bien, como se expuso anteriormente, para esta Agencia tal restricción también cobijaría a los contratos interadministrativos.

Ahora bien, con el fin de dar respuesta a su consulta, a continuación, se analizará la aplicación de la Ley de Garantías Electorales a las universidades públicas y establecimientos públicos de educación superior públicos. La Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 69, por una parte, una garantía de autonomía para que las universidades establezcan sus directivas y sus estatutos de acuerdo con la ley; y por otra, la posibilidad de que cuenten con un régimen especial que corresponde dictar al Congreso²¹.

En desarrollo de lo anterior, se expidió la Ley 30 de 1992, mediante la cual se regularon aspectos como la naturaleza jurídica de las universidades estatales y oficiales, la forma de organizarse y el régimen de contratación aplicable. Así mismo, en el artículo 57 se consignó que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende, entre otros aspectos, el régimen de contratación²². En concordancia con esto, el artículo 93 estableció que los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales se regirán por las normas del derecho privado²³.

De otro lado, la Ley 489 de 1998, al desarrollar la estructura y organización de la Administración Pública, establece que los entes universitarios

FORMATO PQRS

hacen parte integral de esta²⁴, catalogándolos como entidades públicas de carácter autónomo a las que aplica un régimen especial²⁵. Al respecto, en la sentencia C-1019 de 2012, la Corte Constitucional señaló:

“El régimen especial de las universidades públicas y oficiales se justifica en el hecho de que estas instituciones manejan recursos públicos y a que a través suyo se promueve directamente el servicio público de la educación, por lo cual es fundamental establecer canales de articulación con el Estado y la sociedad en aras de que esta misión se cumpla adecuadamente. Además, como entes públicos, a las universidades se les exige el cumplimiento de la obligación de colaboración armónica consagrado en el artículo 113 de la C.P. para el cumplimiento de las funciones del Estado.

Aunque se establezca la participación de representantes del Estado en sus órganos de gobierno, la normatividad y la jurisprudencia han reconocido que lo anterior no significa que dichas instituciones hagan parte de la administración central o descentralizada, o se conviertan por ello en órganos dependientes y bajo el control de tutela del Estado, “pues las universidades estatales por su carácter de entes autónomos no conforman ninguna de las ramas del poder ni pueden formar parte de la administración nacional”²⁶. De esta manera se pretende preservar a las universidades públicas y oficiales, de las injerencias e interferencias arbitrarias e indebidas del poder político”²⁷.

En armonía con lo anterior, se ha considerado que los entes universitarios no son entidades que hagan parte de la rama ejecutiva, ni pueden, por tanto, considerarse entidades descentralizadas, sino que gozan de un régimen especial. Lo anterior fue señalado por el Consejo de Estado de la siguiente manera²⁸:

“Ahora bien, en la disposición legal [art. 57 de la Ley 30/92] se menciona que las universidades estatales u oficiales están vinculadas al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y planeación del sector educativo, en donde la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que es únicamente para efectos de coordinar y planear el desarrollo de directrices educativas, y no como organismos supeditados al poder ejecutivo, de manera que deben actuar con independencia del mismo, sin estar sujetas a un control de tutela como el concebido para los

FORMATO PQRS

establecimientos públicos, concepto que por sí mismo niega la autonomía. [...]

La situación se modificó con el actual marco constitucional en donde se estableció [art. 69] la garantía a la autonomía universitaria, para que pudieran darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con el régimen especial que previera la Ley para las universidades del Estado, por lo cual se despojaban del control de tutela que ejercía el ejecutivo sobre ellas, con el fin de garantizar la independencia académica en la educación superior, sin ningún tipo de injerencia del poder público. Lo anterior hizo que dejaran de pertenecer a la rama ejecutiva y por supuesto no hicieran parte de las demás [legislativa y judicial], al convertirse en organismos autónomos que cumplen funciones estatales de trascendental importancia para la nación, sin perder la calidad de entidades públicas [...]

De este modo, la diferenciación entre universidades públicas y entidades descentralizadas radica, entre otras cosas, en la autonomía de la que aquellas gozan. Esto, en la medida en que a las universidades públicas no les aplica un elemento característico de la descentralización denominado control de tutela, sobre el cual, en sentencia C-727 del 21 de junio de 2000, la Corte Constitucional señaló:

“La descentralización es una forma de organización administrativa propia de los Estados de forma unitaria, que atenúa la centralización permitiendo la transferencia de competencias a organismos distintos del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de las respectivas funciones. No obstante, esta transferencia no implica la ruptura total del vínculo entre el poder central y la entidad descentralizada, sino que, en aras de garantizar el principio de coordinación que gobierna la función administrativa, dicho vínculo permanece vigente a través del llamado control de tutela, existente en nuestra organización administrativa respecto de los entes funcionalmente descentralizados, con definidos perfiles jurídicos, desde la reforma constitucional y administrativa operada en 1968”.

En suma, la descentralización involucra el ejercicio de un control de tutela que no puede aplicarse a los entes universitarios autónomos, motivo por el cual, si bien son entes del Estado, no son ni pueden ser asimiladas a entidades descentralizadas y tampoco encuadran en el concepto de entidad territorial. No obstante, es preciso advertir que no todas las instituciones de educación superior públicas obedecen a la naturaleza jurídica de entes universitarios autónomos o universidades públicas, comoquiera que el parágrafo 1 del artículo 57 de la Ley 30 de 1992 establece que las “Las instituciones estatales u oficiales de Educación

FORMATO PQRSD

Superior que no tengan el carácter de universidad [...] deberán organizarse como Establecimientos Públicos del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal”. Esta norma además es referida en la Ley 749 de 2002 «por la cual se organiza el servicio público de la educación superior en las modalidades de formación técnica profesional y tecnológica, y se dictan otras disposiciones», en cuyo artículo 18 se prevé que “Las instituciones técnicas profesionales y tecnológicas de educación superior estatales u oficiales, son establecimientos públicos de conformidad con el artículo 57 de la Ley 30 de 1992”.

Los establecimientos públicos son definidos por el artículo 70 de la Ley 489 de 1998 como “[...] organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público”. Dicha norma además establece como atributos de este tipo de entidades: la personería jurídica, la autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. Por su parte, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, al definir las entidades descentralizadas, expresamente contempla a los establecimientos públicos, lo que supone que, al margen de la autonomía de la que gozan, “[...] están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas”. De esto se colige que, a diferencia de las universidades públicas, las instituciones de educación superior constituidas como establecimientos públicos sí son consideradas entidades descentralizadas, por lo que no están excluidos del control de tutela propio de la descentralización.

En cuanto al régimen contractual de los establecimientos públicos, el artículo 81 de la Ley 489 de 1998 prevé que “Los contratos que celebren [...] se rigen por las normas del Estatuto Contractual de las entidades estatales contenido en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que lo complementen, adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales”. Esto es concordante con el artículo 2-1 de la Ley 80 de 1993²⁹, que, al enlistar

²⁹ “Artículo 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles [...]”. [Énfasis fuera de texto].

FORMATO PQRS

a los establecimientos públicos dentro de las entidades estatales, incluye a este tipo de entidades dentro del ámbito de aplicación del régimen general de contratación pública. Así, el régimen contractual constituye otra importante diferencia entre las universidades públicas y los establecimientos públicos de educación superior, al estar las primeras sometidas a regímenes de derecho privado, en virtud de lo señalado en el artículo 93 de la Ley 30 de 1992, que únicamente se refiere a “universidades estatales u oficiales”, más no a los establecimientos públicos de los que habla el artículo 57 de dicha ley en su parágrafo 1.

Lo anterior resulta relevante para efectos de la consulta, en la medida en que es determinante para establecer el alcance de las prohibiciones contenidas en la Ley de Garantías Electorales, explicadas en párrafos anteriores. De acuerdo con lo explicado sobre las restricciones contractuales establecidas por la Ley 996 de 2005, resulta palmario que tanto universidades públicas como establecimientos públicos educativos, dada su irrefutable calidad de “entes del Estado”, se encuentran dentro del ámbito material de la restricción del artículo 33. Sin embargo, la diferencia en la naturaleza jurídica de ambos tipos de entidades hace que la conclusión sobre la aplicabilidad de la restricción del artículo 38 sea una para los entes universitarios autónomos y otra para los establecimientos públicos de educación superior.

Conforme se estableció *supra*, la restricción que deriva del primer inciso del parágrafo del artículo 38 tiene como destinatarios a los entes territoriales y sus entidades descentralizadas, lo que excluye de la prohibición a los entes universitarios autónomos que, de acuerdo con lo manifestado en el presente concepto, no son considerados entidades descentralizadas y mucho menos entidades territoriales. Caso contrario ocurre con las instituciones de educación superior constituidas como establecimientos públicos, quienes si constituyen entidades descentralizadas a luz de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 y de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 57 de la Ley 30 de 1992, pueden estar inscritos en los órdenes nacional, departamental, distrital o municipal, lo que hace forzoso concluir que establecimientos públicos educativos de estos tres últimos órdenes, si estarían cobijados por la restricción del artículo 38, al ser entidades descentralizadas del nivel territorial, sujetos a los que expresamente alude el texto de la restricción como destinatarios de la misma. del nivel territorial-departamental, municipal o distrital-.

FORMATO PQRS

Recapitulando entonces lo dicho en los dos párrafos anterior, por un lado, es posible afirmar entonces que, las universidades públicas al igual que las instituciones de educación superior con naturaleza jurídica de establecimiento público, al encontrarse dentro de los destinatarios de la prohibición establecida en el artículo 33, independientemente de sus regímenes de contratación diferentes, en principio, tienen restringida la posibilidad de celebrar contratos de manera directa, durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, periodo que se extenderá hasta la finalización de la segunda vuelta, cuando sea este el caso. Por otro lado, se concluye también que, los establecimientos públicos educativos territoriales, dada su calidad de entidades descentralizadas de los órdenes departamental, municipal o distrital, tienen vedada la celebración de convenios interadministrativos en los que se destinen recursos públicos, durante los cuatro (4) meses anteriores a elecciones.

Finalmente, debe señalarse que, al tratarse de un análisis que debe realizarse en un procedimiento contractual específico, esta Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del Sistema de Compras y Contratación Pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, validar sus actuaciones.

4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

- Constitución Política: Artículo 127.
- Ley 996 de 2005: artículos 33 y 38 párrafo.
- Ley 1150 de 2007, Artículo 2, numeral 4.
- Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 4 de abril de 2002, Exp. D-3704.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de noviembre de 2001, Exp. 2001-0130-01(PI).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de enero de 2002, Exp. 2001-0148-01.
- Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 9 de julio de 2003, Exp. CRF-001 de 9 de julio de 2003.
- Corte Constitucional, Sentencia C-652 de 5 de agosto de 2003, Exp.

FORMATO PQRS

D-4330.

- Corte Constitucional, Sentencia C-1153 de 11 de noviembre de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 3 de marzo de 2005, Exp. 2004-00823-01(PI).
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 2 de febrero de 2006, Rad. 1712.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 20 de febrero de 2006, Rad. 1727, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 6 de abril de 2006, Rad. 1738, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 (acumulados).
- Corte Constitucional, Sentencia C-353 de 20 de mayo de 2009, Exp. D-7518.
- Corte Constitucional, Sentencia C-541 de 30 de junio de 2010, Exp. D-7966.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 24 de julio de 2013, Rad. 2166, C.P. Álvaro Namén Vargas.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 2 de septiembre de 2013, Rad. 2168, C.P. Álvaro Namén Vargas.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 17 de febrero de 2015, Rad. 2269, C.P. William Zambrano Cetina.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de mayo de 2018, Rad. 2382, C.P. Álvaro Namén Vargas.

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Sobre la finalidad y propósito de la Ley de Garantías Electorales, la ANCP- CCE se ha pronunciado en los Conceptos 4201913000004536 de 17 de julio de 2019, 4201912000005556 del 12 de septiembre de 2019, 4201913000005175 del 13 de septiembre de 2019, 4201913000006452 del 07 de octubre de 2019, 4201913000005082 del 17 de octubre de 2019, 4201913000006306 del 21 de

FORMATO PQRS

octubre de 2019, 4201912000006552 del 07 de noviembre de 2019, 4201913000006604 del 17 de diciembre de 2019, C-227 del 24 de mayo de 2021 y 396 del 13 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre, C-481 del 9 de septiembre de 2021, C- 528 del 27 de septiembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021 y C-523 del 10 de octubre de 2021, C-606 del 28 de octubre de 2021 y C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-636 del 16 de noviembre de 2021, 681 del 7 de diciembre de 2021, C-686 del 21 de diciembre de 2021, C-697 del 3 de enero de 2022, C-163 del 29 de marzo de 2022, C-180 del 21 de marzo de 2025, C-317 del 25 de abril de 2025, C-510 del 4 de junio de 2025, C -635 del 27 de junio de 2025 y C-750 de 17 de julio 2025, entre otros. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

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

Atentamente,

Original Firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró:	Diana Carolina Blanco Rodriguez Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Diana Lucía Saavedra Castañeda Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Carolina Quintero Gacharná Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE