



BOLETÍN INFORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA



Boletín No. 26, julio 2021.

Por Jorge Beltrán Pardo.¹

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El año 2022 en materia electoral dará mucho de qué hablar, no solo porque se efectuarán las elecciones del Congreso de la República en el mes de marzo, y las presidenciales en el mes de mayo, sino también por la coyuntura que se ha venido dando en materia legislativa con la expedición del nuevo Código Electoral, que actualmente se encuentra en revisión por parte de la Corte Constitucional.²

Antes de abordar el tema del impacto de la Ley de Garantías Electorales en materia de contratación pública, queremos recordar lo establecido por la Corte Constitucional³ con respecto a que *“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. (...) 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”* (Negrita fuera de texto)

Todas las entidades estatales deben implementar acciones y controles para que no se use la compra pública en el favorecimiento de candidatos electorales, en el marco de los recientes calendarios electorales.

¿Cuáles son las elecciones que se llevarán a cabo en el 2022 y cuándo tendrán lugar?

De acuerdo con el calendario electoral, en el 2022 se celebrarán las elecciones presidenciales y de congreso, por lo cual las vamos a abordar una por una:

- ⓑ Miembros del Senado y la Cámara de Representantes (Congreso) el **13 de marzo de 2022**.
- ⓑ Presidente y Vicepresidente de la República el **29 de mayo de 2022**. Si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos, se celebrará una segunda vuelta el **19 de junio de 2022**.

La Registraduría Nacional de Estado Civil mediante **Resolución 2098 de 12 de marzo de 2021** fijó el calendario electoral para las **elecciones del Congreso de la República a realizarse el 13 de marzo de 2022**

Mediante **Resolución 4370 de 18 de mayo de 2021**, se fijó el calendario electoral para las **elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República (primera vuelta) para el periodo constitucional 2022-2026 el día 29 de mayo de 2022**.

Esto quiere decir que a partir de las 0:00 horas del **13 de noviembre de 2021** aplicarán las restricciones por las elecciones del Congreso y que a partir de las 0:00 horas del **29 de enero de 2022** por las elecciones presidenciales.

¿Cuáles son las restricciones en materia contractual aplicables en las elecciones presidenciales?

Para el caso de las elecciones presidenciales, se debe tener en cuenta lo establecido en el **artículo 33 de la Ley 996 de 2005**, por virtud del cual, **queda prohibida la contratación directa⁴ por parte de todos los Entes del Estado** durante los 4 meses anteriores a la elección.

¹ Gerente, Experto en contratación pública

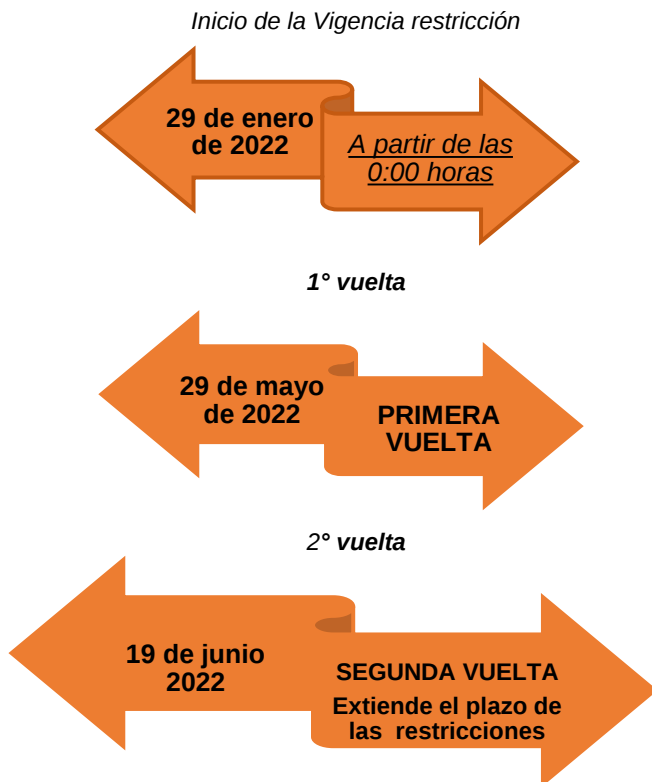
² Proyecto de Ley es el 234 de 2020 Senado y 409 de 2020 Cámara).

³ Sentencia C-1153/2005

⁴ El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1.727 del 20 de febrero de 2006, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo, analizó: “se define la expresión **contratación directa** entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno



Como ya vimos, el calendario electoral establece que la primera vuelta de las próximas elecciones presidenciales es el domingo 29 de mayo de 2022. En consecuencia, **a partir del 29 de enero de 2022 a las cero horas de ese día, y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, las Entidades Estatales tienen prohibido contratar directamente, incluso para entidades de regímenes especiales.**



Adicionalmente, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 32 de la misma ley en donde las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales y hasta la realización de la segunda vuelta, deben suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal; exceptuando en este caso los mismos presupuestos previstos en el Artículo 33.

Veamos algunos casos prácticos de aplicación de esta norma:

- ❑ Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, **se encuentran restringidos.**
- ❑ Vinculación para la realización de la práctica laboral en las entidades u organismos públicos **NO se encuentran restringidos.**⁵
- ❑ Contratos de prestación de servicios profesionales con una persona protegida por el fuero de maternidad **se encuentran restringidos** sin que exista excepción por fuero de maternidad.
- ❑ Adquisición de un bien inmueble **se encuentra restringido**, pues se encuentra en la categoría de contratación directa.⁶
- ❑ Aquellas obligaciones que surjan para las entidades estatales de un mandato legal **NO se encuentran restringidos.** Ejemplo “transferencia de recursos del Fondo de Solidaridad y Redistribución a las empresas prestadoras de servicios públicos”.⁷
- ❑ Instrumentos de Agregación de Demanda ofrecidos en la Tienda Virtual del Estado donde el servicio sea de proveedor exclusivo, **se encuentran restringidos**, por tanto, las Entidades no podrán colocar órdenes de compra para estos.⁸
- ❑ Acuerdos Marco de Precios **NO se encuentran restringidos.**⁹
- ❑ Convenios de cooperación de ciencia y tecnología **se encuentran restringidos.**¹⁰
- ❑ Los contratos de comodato, **se encuentran restringidos** si estos son contratados a través de la modalidad de contratación directa.
- ❑ Celebración de contratos de arrendamiento cuando la entidad actúa como arrendadora o arrendataria, así se justifique en que estos generan ingresos para la Entidad **se encuentran restringidos.**¹¹

Tips de aplicación

- ❑ La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló que “*para efectos de la aplicación de la ley de garantías electorales, la expresión “contratación directa” es entendida como el procedimiento de selección de contratos que no corresponda a la regulación de la licitación pública del artículo 860 del código de comercio, o en los casos en que sea aplicable, a la licitación del artículo 30 de la ley 80 de 1993*”.

especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata. Para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado “contratación directa” es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993. Por tanto, las entidades públicas, en el período preelectoral, pueden seguir contratando previa la licitación pública, salvo las excepciones de la misma ley 996 del 2005”

⁵ Ver Concepto 42711 de 2018 DAFP.

⁶ Ver respuesta #4201711000005507 Colombia Compra Eficiente.

⁷ Ver respuesta #4201713000002177 Colombia Compra Eficiente.

⁸ Ver respuesta #4201714000005184 Colombia Compra Eficiente

⁹ Ver respuesta #4201714000005184 Colombia Compra Eficiente

¹⁰ Ver respuesta #4201714000004916 Colombia Compra Eficiente

¹¹ Ver respuesta #4201714000005040 Colombia Compra Eficiente



Este concepto indica que cuando se hace referencia a la limitación de la contratación directa, debe entenderse en toda su extensión conceptual sin importar el régimen de contratación, ramo, o si es del nivel central o descentralizado, extensible incluso a los mismos entes privados que ejecutan recursos públicos.

- El artículo hace referencia en sus excepciones a contratos requeridos para cubrir emergencias sanitarias, las cuales, con la vigencia actual de la Emergencia Sanitaria (31 de agosto de 2021), provista por el Ministerio de Salud en el marco del Covid-19 estaríamos en un escenario en el cual los entes del Estado podrían desarrollar este tipo de procesos de contratación si se prorroga posterior a esta fecha y dentro del período electoral.

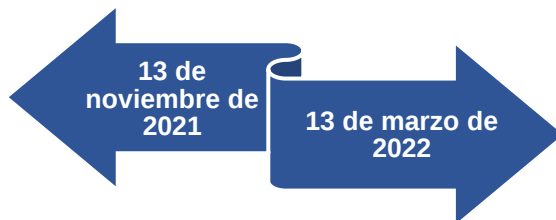
¿Cuáles son las restricciones en materia contractual aplicable a cualquier tipo de elección como la de Congreso?

De conformidad con el **parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005** las entidades territoriales independiente de su régimen contractual no pueden “*Celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos*”

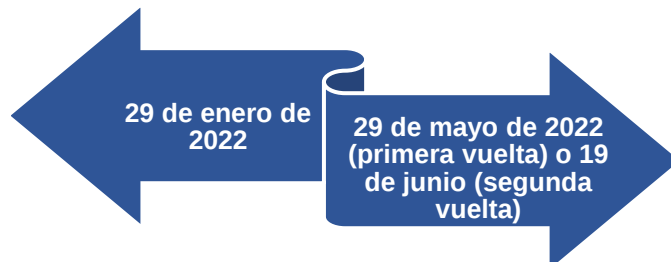
Nótese que esta restricción está dada exclusivamente para las contrataciones interadministrativas, en tal sentido, su aplicación solo se da cuando se cumplen tres requisitos como son: **1.** Que una de las entidades sea entidad territorial, **2.** Que el convenio o contrato sea de carácter interadministrativo y **3.** Que se ejecuten recursos públicos en desarrollo del mismo. En caso de no cumplirse con todos los postulados de manera conjunta, no aplicaría esta prohibición.

Se recuerda que la prohibición en materia contractual opera únicamente para **celebrar** contratos y/o convenios interadministrativos en el **nivel territorial**, pues en el orden nacional no están restringidos para elecciones distintas a las presidenciales, **salvo** que se celebren con entidades de carácter territorial, siempre que **ejecuten recursos públicos a partir del 13 de noviembre de 2021 desde las cero horas de ese día.**

Vigencia restricción art. 38 Ley 996 de 2005 Elecciones Congreso



Vigencia restricción art. 38 Ley 996 de 2005 Elecciones Presidenciales



Ejemplos de aplicación

A continuación, algunos ejemplos de aplicación a ser tenidos en cuenta en el marco de esta restricción específicamente:

- Convenios o contratos desarrollados entre una entidad del orden nacional con una de orden territorial y que ejecuten recursos públicos **se encuentran restringidos**.
- Convenios o contratos con Entidades sin Ánimo de Lucro, convenios solidarios con juntas de acción comunal, contratos con particulares que ejercen funciones públicas, o cualquier contrato directo que no sea interadministrativo y que ejecuten recursos públicos, **NO se encuentran restringidos** a menos que se presente la contratación directa también durante la elección presidencial.
- Contratos o convenios con Empresas Industriales y Comerciales del Estado (y Sociedades de Economía Mixta) que implique la ejecución de recursos **se encuentran restringidos**¹² **así como** con Empresas Sociales del Estado, que ejecuten recursos públicos¹³.
- Celebración de contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión o aquellos contratos que se desarrollen con las modalidades previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública **NO se encuentran restringidos**, a menos que también se busque contratar directamente en el período de las elecciones presidenciales.

¹² Ver Respuesta #4201713000006090 Colombia Compra Eficiente

¹³ Ver Respuesta #4201714000005413 Colombia Compra Eficiente



- ⓑ Convenios o contratos interadministrativos, convenios de cooperación, convenios solidarios o convenios de asociación entre una entidad del nivel territorial y una asociación de Cabildos, territorios y resguardos indígenas que ejecute recursos públicos **se encuentran restringidos**.¹⁴
- ⓑ Contratos de comodato con una persona jurídica de derecho privado, **NO se encuentran restringidos**. No obstante, se debe tener en cuenta que si la celebración de un contrato de comodato con una fundación implica una contratación directa, y se realiza durante las elecciones presidenciales **se encuentra restringido**.¹⁵



16

A partir de las 0:00 horas del **13 de noviembre de 2021** aplicarán las restricciones por las elecciones del Congreso y a partir de las 0:00 horas del **29 de enero de 2022** por las elecciones presidenciales en el marco del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 y hasta que sea elegido el Congreso y el Presidente y Vicepresidente.

Tips de aplicación

- ⓑ Nótese que, el verbo rector de la prohibición está dado con la **celebración**, por tanto, aquellas actividades sobre los contratos y/o convenios que se encuentren para la fecha de aplicación de la restricción celebrados, pero no legalizados, ni ejecutados NO se verán afectadas por estas restricciones (ej. Registro presupuestal, aprobación de garantías, firmas de actas de inicio, modificaciones, adiciones, prórrogas, cesiones o liquidaciones).
- ⓑ Para la aplicación de la restricción no existe distinción alguna entre convenio y contrato.¹⁷

¿Qué no se encuentra prohibido en materia contractual?

Atendiendo lo indicado tanto en el artículo 33 como en el 38 de la Ley 996 de 2005, a continuación, presentamos un resumen de lo que NO está prohibido en materia contractual:

- ⓑ La selección de contratistas por otras modalidades de selección como por ejemplo la licitación o la selección abreviada, o el concurso de méritos, o la mínima cuantía no están restringidas durante el periodo electoral.
- ⓑ Modificaciones, adiciones y prórrogas de contratos siempre y cuando estas cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.
- ⓑ Cesiones de contratos y derechos económicos.
- ⓑ Nombramiento de personas como resultado de un concurso público.
- ⓑ Celebración de contratos de aprendizaje.
- ⓑ Legalización de contratos (cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato).

De igual manera, es importante tener en cuenta los lineamientos que se impartirán por las diferentes autoridades en la materia, tales como Colombia Compra Eficiente y los Entes de Control, así como el análisis de cada caso en concreto con el fin de determinar la aplicabilidad de las restricciones en materia de contratación pública.

¿Cuáles son las prohibiciones generales aplicables a los servidores públicos en todo momento?

La Constitución Política en su artículo 127 establece que 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. Frente a otros empleados se fija que sólo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones señaladas por la Ley. También incluye el artículo restricciones para el Presidente y Vicepresidente durante la campaña, frente a los gastos en que pueden incurrir con recursos públicos.

Así mismo, en los artículos 110 y 126 Constitucionales se prohíbe a quienes desempeñen funciones públicas hacer contribución alguna a partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, y nombrar empleados a personas con las cuales tengan algún parentesco

¹⁴ Ver Respuesta #4201813000000373 Colombia Compra Eficiente

¹⁵ Ver Respuesta #4201713000007232 Colombia Compra Eficiente

¹⁶ <https://www.quadratin.com.mx/opinion/opinion-jose-luis-camacho-acevedo-198/>

¹⁷ Ver respuesta #4201714000005413 Colombia Compra Eficiente.



personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Por otro lado, la Ley 996 ha establecido una serie de prohibiciones a los servidores públicos de cara a cualquier elección, los cuales están establecidos en el Artículo 38, entre las que se encuentran las relacionadas con:

1. Acosar, presionar o determinar a subalternos para respaldar causas, campañas o controversias políticas;
2. Difundir propaganda electoral a excepción de lo autorizado en la ley;
3. Favorecer a quienes participan en estas causas o campañas; sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.
4. Generar beneficios mediante obras o actuaciones de la administración con el objeto de influir en la intención de voto y;
5. Despedir funcionarios de carrera a razón de "buen servicio".

Debemos que recordar que: **1.** Cuando se habla de difusión de propaganda electoral hoy por hoy se extiende a todos los canales de comunicación con que cuenta la Entidad, aún más cuando hoy en día las entidades hacen uso de redes sociales tales como Facebook y Twitter¹⁸, y **2.** Los empleados públicos de carrera y en periodo de prueba cuentan con una evaluación de desempeño que valora las contribuciones individuales y su comportamiento.

Por otro lado, en el párrafo del artículo referido encontramos restricciones para los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, así:

1. Celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.
2. 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.

3. Inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos o sus voceros.
4. Autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, para los electores de los candidatos o sus voceros.
5. Modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

Estas prohibiciones buscan establecer límites a los servidores públicos frente al uso de su cargo para posiblemente favorecer intereses políticos.

¿Cuándo se levantan las restricciones establecidas por la Ley 996 de 2005 en materia de contratación?

En el marco de las elecciones del Congreso, se levantarán a partir de la 0:00 horas del día siguiente al 13 de marzo de 2022.

Respecto a las elecciones presidenciales del 29 de mayo de 2022, las restricciones en particular sólo resultarían exigibles hasta esa fecha. Si ningún candidato se elige, se celebrará una segunda vuelta el 19 de junio de 2022 y por tanto le aplicaría esta fecha en el marco de las elecciones presidenciales. Quiere decir que a partir de la 0:00 horas del día siguiente se levantan las restricciones de contratación.

¿Cuál es la responsabilidad que acaece al servidor público en caso de contratar en tiempos de restricciones electorales?

Debe tenerse en cuenta que la Ley 734 de 2002¹⁹, establece en sus artículo 48 numerales 39 y 40 que constituyen faltas gravísimas sancionables con destitución e inhabilidad general, utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la Ley y utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o

¹⁸ Se recomienda tener en cuenta los lineamientos dados por la Presidencia en la República en Circular 01 de 2019.

¹⁹ Recuerde que esta Ley quedara derogada, a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019.



campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista.

Así mismo, la Ley 599 de 2000 establece en su artículo 422 que el servidor público que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, cargo de dirección administrativa, o se desempeñe en los órganos judicial, electoral, de control, que forme parte de comités, juntas o directorios políticos, o utilice su poder para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato, partido o movimiento político, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Invitamos a todos los operadores a tener en cuentas estas recomendaciones, y a analizar en cada caso en concreto su aplicación, previendo con ello, el fortalecimiento de la compra pública.

Conozca más de nuestro 7º Conservatorio de Compras Públicas Efectivas “La reactivación económica y la contratación estatal” ingresando a:

<https://beltranpardo.com/conversatorio2021/>



¡El Covid- 19 ha cambiado nuestro estilo de vida, ha afectado el trabajo y al mundo entero! Pero nosotros debemos adaptarnos al cambio y emprender unidos a la reactivación del empleo y adaptarnos a la nueva normalidad. Con este propósito, nuestro 7º Conservatorio de Compras Públicas Efectivas analizará instrumentos para que desde la compra pública podamos reactivar la economía.

#MoverNosMueve

#7ConservatorioBP

