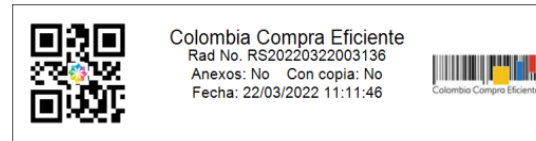


Bogotá, D.C. 22 Marzo de 2022



Señor  
**Edward Jaramillo Arenas**  
**INFITULUA E.I.C.E.**  
Tuluá, Valle del Cauca

### Concepto C – 129 de 2022

**Temas:** ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Formas de colaboración / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Concepto – Ley 1508 de 2012 / TIPOS DE APP – De iniciativa pública – De iniciativa privada / PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN – Iniciativa pública – Iniciativa privada / 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

**Radicación:** Respuesta a consulta No. P20220211001367

Estimado señor Jaramillo Arenas:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 10 de febrero del 2022, remitida por el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante oficio con radicado No. 20222040071721 de la misma fecha.

#### 1. Problema planteado

Usted formula el siguiente interrogante:

«Por medio del presente escrito, les solicito amablemente, se sirvan informarnos, si la ley 1508 de 2012, puede aplicarse e implementarse, en tanto si una empresa industrial y comercial del estado, puede constituir asociaciones público-privadas con personas jurídicas de carácter privado para adelantar proyectos inmobiliarios y de infraestructura, todo ello en el marco y vigencia de la ley de garantías (ley 996 de 2005), así como también en su modificación en la ley de presupuesto general del 2022 (ley 1259 del 2021)».



## 2. Consideraciones

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<sup>1</sup>. En tal sentido, su consulta será resuelta partiendo de una interpretación en abstracto de las normas en materia de contratación estatal, sin referencia a un caso concreto.

Para abordar el interrogante planteado, se analizarán los siguientes temas: i) concepto y características de las asociaciones público-privadas –APP–, ii) el procedimiento contractual previsto en la Ley 1508 de 2012 para los proyectos de APP de iniciativa pública y de iniciativa privada, iii) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales, iv) restricciones en elecciones presidenciales y v) destinatarios de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

En este concepto no se estudiarán de forma detallada las restricciones en los comicios para cargos de elección popular, y tampoco se abordará la modificación transitoria del inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 realizada por la ley anual del presupuesto de la vigencia fiscal 2022, pues esta modificación no resulta pertinente para resolver el interrogante planteado en la consulta.

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, 2201913000007428 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

---

<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, 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». Esta 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.

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-553 del 25 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-674 del 6 de diciembre de 2021, C-675 del 6 de enero de 2022, C-677 del 4 de diciembre de 2021, C-693 del 9 de diciembre de 2021, C-695 del 22 de diciembre de 2021, C-697 del 3 de enero de 2022, C-699 del 6 de enero de 2022, C-700 del 6 de enero de 2021, C-723 del 28 de diciembre de 2021, C-715 del 21 de enero de 2022, C-718 del 24 de enero de 2022, C-726 del 24 de enero de 2022, C-015 del 12 de enero de 2022, C-002 del 15 de febrero de 2022, C-005 del 16 de febrero de 2022 y C-023 del 22 de febrero de 2022.

Por otro lado, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el régimen de las asociaciones público privadas –APP– en los conceptos 4201912000006632 del 17 de diciembre de 2019, C-507 del 13 de agosto de 2020, C-663 del 30 de noviembre de 2020, C-706 del 2 de diciembre de 2020, C-386 del 3 de agosto de 2021 y C-457 del 3 de septiembre de 2021 que, en lo pertinente, se reiteran en esta ocasión y se complementan con algunas consideraciones relativas a la consulta bajo examen.

## 2.1. Concepto y características de las asociaciones público privadas –APP–

Las asociaciones público-privadas – APP– son formas de colaboración entre el sector público y el privado para la ejecución de proyectos estatales, a través de las cuales se retienen y transfieren riesgos entre las partes. Se trata de modalidades de negocio en las cuales la disponibilidad y el nivel de la infraestructura o servicio resultan determinantes. Así lo consideró la Corte Constitucional, expresando lo siguiente:

Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda,

deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva<sup>2</sup>.

La Ley 1508 de 2012, «Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones», en el artículo 1, definió las asociaciones público-privadas –APP– de la siguiente manera:

Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

Con fundamento en dicha noción, puede decirse que la colaboración público-privada<sup>3</sup> es un mecanismo a través del cual el sector privado participa en la gestión pública, representada en la ejecución de actividades de infraestructura o de otros servicios, vinculando capital, conocimientos y experiencia, así como un mayor riesgo que el ordinariamente asumido en otras tipologías contractuales.

Por lo anterior, la doctrina nacional ha expresado que «las APP no constituyen un instrumento absolutamente novedoso en el derecho colombiano, pues los contratos con los que se pretende instrumentarlas –ya sea el caso de una concesión u otro tipo contractual– son figuras que ya existían en nuestra legislación»<sup>4</sup>. Es por ello que, refiriéndose a la Ley 1508 de 2012, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha afirmado:

Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los

---

<sup>2</sup> Sentencia C-595 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>3</sup> La doctrina ha señalado que «[...] durante la década de los ochenta y de los noventa, las más variadas instituciones anglosajonas empiezan a proponer toda una serie de definiciones de la citada colaboración público privada (o en términos anglosajones *public private partnerships* –PPP–, en adelante), para hacer referencia a una amplia gama de operaciones, técnicas y metodologías aglutinadas bajo un enfoque o idea común: incentivar el interés particular en la ejecución de cometidos públicos asumiendo los riesgos inherentes a dicha ejecución, de modo que cada sector aporta sus recursos y conocimientos con el fin de acometer la construcción de una infraestructura o la gestión de un servicio público de la manera más eficiente posible» (HERNANDO RYDINGS, María. La colaboración público privada. Fórmulas contractuales. Madrid: Civitas. pp. 37-38).

<sup>4</sup> BENAVIDES, José Luis. Presentación. En: BENAVIDES, José Luis (compilador). Estudio sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 13.



mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros<sup>5</sup>.

En la petición se indaga sobre la posibilidad que tiene una empresa industrial y comercial del Estado para suscribir contratos de asociación público-privada con personas jurídicas de carácter privado. Al respecto hay que decir que el inciso primero del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012, establece que «para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, que tengan por objeto el desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la presente ley». A su vez, el párrafo de dicho artículo avala la posibilidad de que 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%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) y las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales o mixtas, actúen como contratantes en asociaciones público-privadas, caso en el cual, independientemente del régimen de contratación que les sea aplicable, deberán aplicar también lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Número único: 11001-03-06-000-2018-00095-00. Radicación interna: 2382

<sup>6</sup> Ley 1508 de 2012 «Artículo 8o. Participación de entidades de naturaleza pública o mixta. Para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, que tengan por objeto el desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la presente ley, sin desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley.

»Párrafo. Podrán ser contratantes de esquemas de Asociación Público- Privada bajo el régimen previsto en la presente ley, 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%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) y las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales o mixtas.

»En el caso en que las entidades a que se refiere el inciso anterior decidan optar por esquemas de Asociación Público Privada bajo el régimen previsto en la presente ley, dichas empresas o sociedades deberán dar cumplimiento a lo previsto en la misma y sujetarse a las disposiciones particulares que les sean aplicables en materia contractual y presupuestal.

»Cuando las entidades a que se refiere el primer inciso del presente párrafo decidan no acogerse a los esquemas de Asociación Público Privada bajo el régimen previsto en la presente ley, podrán contratar esquemas de participación privada en infraestructura conforme a su régimen de



De igual forma, el último inciso del párrafo del artículo 8, dispone que las entidades antes mencionadas también podrán «presentar oferta para participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público-privada regidos por esta ley, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto en el respectivo proceso de selección». De esto se sigue que tales entidades tienen la posibilidad de ser parte en esquemas de asociación público-privada en calidad de contratistas o ejecutores del proyecto, para lo cual deberán sujetarse a las reglas de los procedimientos de selección regulados por la Ley 1508 de 2012.

A continuación, se estudiarán los procedimientos contractuales establecidos en la mencionada Ley para celebrar asociaciones público-privadas de iniciativa pública y privada. A partir de tales consideraciones, se resolverán los interrogantes planteados en la consulta.

### **2.1.1. Procedimiento contractual en los proyectos de APP de iniciativa pública y privada**

La Ley 1508 de 2012 regula dos tipos de proyecto de asociación público-privada: i) los de iniciativa pública y ii) los de iniciativa privada. En relación con los primeros, es la entidad estatal la que estructura el proyecto y realiza la invitación a participar en el proceso de selección. En los segundos, son los particulares quienes elaboran la propuesta, previa estructuración del proyecto, por su cuenta y riesgo. Los proyectos de asociación público-privada de iniciativa *pública* y *privada*, a su vez, se clasifican en dos modalidades: a) los que requieren el desembolso de recursos públicos y b) los que no necesitan dicho desembolso.

Sobre los procedimientos de escogencia, reglas para la celebración y ejecución aplicables a las asociaciones público-privadas es importante destacar que el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, al regular el ámbito de aplicación de dicha Ley, determina que los contratos que involucren este tipo de esquemas asociativos se regirán por lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, «salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley»<sup>7</sup>. Conforme a esto, en el articulado de la Ley 1508 de 2012 y en el

---

contratación, incluyendo la utilización, cuando a ello haya lugar, de la concesión de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

»Lo anterior, sin perjuicio de que las entidades a las que se refiere el primer inciso de este párrafo puedan presentar oferta para participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público-privada regidos por esta ley, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto en el respectivo proceso de selección».

<sup>7</sup> Ley 1508 de 2012 «Artículo 3o. Ámbito de aplicación. La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.

reglamento, hay una serie de reglas especiales para el desarrollo de procesos de selección diferentes para cada una de las modalidades de asociación público-privada antes precisadas, las cuales son de aplicación prevalente y se complementan con disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–.

Por una parte, lo referente a proyectos de asociación público privada de *iniciativa pública* está regulado en el Título II de la Ley 1508 de 2012, en donde se establecen disposiciones que ratifican la articulación normativa entre dicha Ley y lo dispuesto en el EGCAP, en cuanto a procedimientos de selección, tal como se desprende del artículo 9<sup>8</sup>. Por su parte, el artículo 10 estipula la posibilidad de acudir a sistemas de precalificación<sup>9</sup>, el 11 prevé los requisitos necesarios para que una entidad abra un proceso de selección para la ejecución de proyectos de asociación público-privada<sup>10</sup>, el 12 determina los

---

»También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

»En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.

»Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley.

»PARÁGRAFO 1o. Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv.

»Parágrafo 2o. Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores.

»Parágrafo 3o. El Gobierno Nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada a que se refiere la presente ley, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores».

<sup>8</sup> Ley 1508 de 2012 «Artículo 9o. Procedimiento de selección en proyectos de asociación público privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección en los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública será el establecido en la presente ley y en lo no contemplado en ella se regirá por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública».

<sup>9</sup> Ley 1508 de 2012 «Artículo 10. Sistema abierto o de precalificación. Para la selección de contratistas de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, podrá utilizarse el sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento.

»Para el sistema de precalificación, se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección.

»El reglamento podrá establecer mecanismos para que en caso de requerirse estudios adicionales, estos puedan realizarse o contratarse por los precalificados. El reglamento también podrá establecer mecanismos por medio de los cuales se pueden excluir a precalificados cuando estos no participen en la realización de estudios adicionales».

<sup>10</sup> Ley 1508 de 2012 «Artículo 11. Requisitos para abrir procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos de asociación público privada, de iniciativa pública. En los proyectos de



requisitos habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia aplicables<sup>11</sup> y el 13 regula las condiciones requeridas para efectuar adiciones o prórrogas<sup>12</sup>.

---

asociación público privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección, deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con:

»11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.

»11.2 Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.

»11.3 Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral deberán contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial. Para el anterior concepto, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.

»11.4 Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.

»11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto».

<sup>11</sup> Ley 1508 de 2012 «Artículo 12. Factores de selección objetiva. En los procesos de selección que se estructuran para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública o que requieran desembolsos de recursos públicos, la selección objetiva se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

»Los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes en estas contrataciones, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

»12.1 La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. En estos casos no se exigirá Registro Único de Proponentes y la presentación de esta documentación será subsanable, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación.

»12.2 La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo-beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. Dentro de tales criterios las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato».

<sup>12</sup> Ley 1508 de 2012 «Artículo 13. Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de asociación público privada de iniciativa pública. En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser





Esto a la vez es reglamentado en el Título 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, en cuya Sección 4 se ubica el artículo 2.2.2.1.4.1, el cual dispone como procedimiento de selección para proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública el de licitación pública, remitiendo de manera expresa al artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y ratificando la aplicación prevalente de la Ley 1508 de 2012 en lo específicamente regulado por esta<sup>13</sup>.

De lo anterior se desprende que, conforme al régimen de aplicación prevalente de las disposiciones de la Ley 1508 de 2012 y supletiva o complementaria de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, establecido en el inciso tercero del artículo 3 de la precitada Ley, las asociaciones público-privadas de iniciativa pública están regidas por unas reglas y procedimientos de selección de obligatoria observancia. Dentro de dichas reglas se establece el proceso de licitación pública como obligatorio para la celebración de este tipo de esquemas asociativos.

Por otra parte, en el marco de *iniciativas privadas* que *no* requieren desembolso de recursos públicos, es importante explicar que luego de estructurar el proyecto, cumpliendo con las exigencias del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012<sup>14</sup>, el particular le debe presentar

---

valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado.

»El valor del contrato para estos efectos deberá estar expresamente determinado en el mismo, y basarse en el presupuesto estimado de inversión o en los criterios que se establezca en los casos de proyectos de prestación de servicios públicos.

»Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables».

<sup>13</sup> Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.2.1.4.1. Procedimiento de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública será el de licitación pública, señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el presente título, o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen».

<sup>14</sup> Este artículo regula la estructuración de proyectos por particulares, de la siguiente manera: «Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.

»El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.

»En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.

a la entidad estatal una propuesta después de la fase de *prefactibilidad*. Si esta es aceptada por la entidad, el originador privado continúa con la fase de *factibilidad*, al cabo de la cual le allega la propuesta a la entidad pública, que esta puede aceptar o rechazar<sup>15</sup>. Así se deduce del artículo 16 de dicha Ley, según el cual, luego de la presentación de la iniciativa en fase de factibilidad, la entidad cuenta en principio con seis (6) meses, prorrogables hasta la mitad de dicho término, para estudiar la viabilidad de la iniciativa. Después de esto puede decidir aceptarla o rechazarla. En el primer caso, la entidad estatal y el originador pueden llegar a un acuerdo sobre el precio y las condiciones del proyecto. En el segundo, es decir, si se rechaza la iniciativa, el originador conserva la propiedad de los estudios, pero estos pueden ser adquiridos por la entidad estatal. Sin embargo, la presentación de la iniciativa no genera un derecho para el particular, ni una obligación para la entidad estatal<sup>16</sup>.

---

»Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

»En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.

»En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.

»No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley.

»Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable».

<sup>15</sup> Es una oferta, porque cumple con los requisitos del artículo 845 del Código de Comercio, dado que es un «proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra».

<sup>16</sup> El artículo 16 expresa: «Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de su radicación, para la evaluación de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes, este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. Se podrá prorrogar los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, para profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto.

»Si realizados los estudios pertinentes la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato. De lo contrario rechazará la iniciativa mediante acto administrativo debidamente motivado. En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

Como se advierte, si el proyecto de iniciativa privada es aceptado, la entidad llega a un acuerdo con el originador sobre la viabilidad del proyecto y el valor de los estudios efectuados por el particular en la estructuración del proyecto. Posteriormente, cuando se trata de una *iniciativa privada* que *no* requiere desembolso de recursos públicos, se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012<sup>17</sup>. Este precepto establece que después del acuerdo entre la entidad estatal y el originador del proyecto, aquella debe publicarlo en el SECOP, junto con la minuta del contrato, los estudios y los demás anexos, por un término no inferior a un (1) mes, ni superior a seis (6) meses, para ver si resultan manifestaciones de interés.

Si, al término de la publicación, no resultan interesados, la entidad debe celebrar el contrato de manera directa con el originador privado, es decir, con aquel que estructuró el proyecto de asociación público privada que *no* requiere desembolso de recursos públicos, y que en su momento le presentó a la entidad su propuesta tanto en la fase de prefactibilidad como de factibilidad, y que luego llegó a un acuerdo con ella sobre la viabilidad del proyecto. Por el contrario, si hay interesados que respondan a la publicación en el SECOP, se deberá adelantar el procedimiento consagrado en el artículo 20 de la misma Ley<sup>18</sup>. En efecto, la

---

»Si la iniciativa es rechazada, la propiedad sobre los estudios será del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública.

»Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública».

<sup>17</sup> Que dispone: «Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”.

»En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.

»Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas».

<sup>18</sup> Esta norma dispone: «Si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley,



norma señalada establece que los terceros interesados en el proyecto deben garantizar la iniciativa con un mecanismo de cobertura del riesgo y podrán participar en el procedimiento de selección que abrirá la entidad estatal, a través de la modalidad de selección abreviada de menor cuantía con precalificación. Además, el originador del proyecto podrá mejorar la oferta del mejor calificado, en un plazo máximo de diez (10) días, contado desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas.

En suma, el procedimiento de selección que se debe realizar cuando hay terceros que manifiestan su interés en ejecutar el proyecto de *iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos* es el de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, regulado en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y sus normas reglamentarias, así como en el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 y con las particularidades del artículo 2.2.2.1.5.12. del Decreto 1082 de 2015.

De otro lado, cuando se trata de proyectos de *iniciativas privadas que requieren desembolsos públicos*, el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012<sup>19</sup> establece que luego del

---

acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.

»En ese caso, la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.

»Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.

»Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto».

<sup>19</sup> Ley 1508 de 2012 «Artículo 17. Iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos. Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos públicos, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento.

»En esta clase de proyectos de asociación público-privada, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. Tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto.

»Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

»En todos los casos la entidad estatal competente, deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 11, numerales 11.2 y siguientes de la presente ley».

acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto. En la norma se indica que, en el mencionado proceso de selección, quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3% y el 10% sobre su calificación inicial, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento<sup>20</sup>. Así mismo, se determina que los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no pueden ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto y si se trata de proyectos de infraestructura vial dicho porcentaje no podrá superar el 20% del presupuesto estimado de inversión.

## **2.2. 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>21</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>22</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.

---

<sup>20</sup> La bonificación de que trata el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012 se encuentra reglamentada por el artículo 2.2.2.1.5.10. del Decreto 1082 de 2015.

<sup>21</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>22</sup> Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005.



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 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.<sup>23</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>24</sup> y del Consejo de Estado<sup>25</sup>, coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>24</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>25</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



manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador<sup>26</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 alteren 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>27</sup>.

Por otro lado, el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los

---

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.

<sup>26</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>27</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».



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>28</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>29</sup>

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

---

<sup>28</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>29</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).



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.

### 2.3. 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>30</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>31</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>32</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 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>33</sup> y sistematizó las causales de contratación directa<sup>34</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. Lo anterior sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes

---

<sup>30</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>31</sup> «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil».

<sup>32</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.

<sup>33</sup> Artículo 2.

<sup>34</sup> *Ídem*.

especiales e, incluso, en el derecho privado<sup>35</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>36</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 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>37</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

---

<sup>35</sup> «[...] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado».

<sup>36</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.

<sup>37</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.

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.

Para estos efectos, lo importante es que el contrato se haya perfeccionado antes del inicio de la prohibición. Al respecto, el numeral 5.6 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente explica que «La realización del registro presupuestal y la aprobación de la garantía se pueden realizar con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Garantías por ser requisitos de ejecución del contrato, pero no requeridos para su perfeccionamiento». Por ello, también es posible que el contrato se ejecute durante la vigencia de la prohibición, siempre que el negocio jurídico se haya suscrito antes de que comience la restricción.

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 las excepciones para la prohibición de contratación»<sup>38</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.

---

<sup>38</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.

## 2.4. 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 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>39</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>40</sup>.

---

<sup>39</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>40</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 cobija 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».



Sin embargo, debe precisarse el siguiente aspecto que distinguió la Sala de Consulta y Servicio Civil:

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>41</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>42</sup>.

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 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.

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

---

<sup>41</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>42</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, ídem.

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

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

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

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

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

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

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

iii) la aplicación del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 se restringe a un criterio orgánico, pues se requiere que uno de los extremos contractuales sea la Nación y el otro una entidad territorial, para que la celebración del convenio o contrato administrativo sea procedente. En estos términos, no es posible la celebración de convenios o contratos interadministrativos entre una empresa industrial y comercial del Estado y una persona jurídica de carácter privado, pues la posibilidad que otorga el artículo 124 de la Ley 2159



de 2021 se somete a la condición que una de las partes sea la Nación, con el fin de ejecutar proyectos o programas que correspondan al Presupuesto General de la Nación;

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

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

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

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

### 3. Respuestas

«Por medio del presente escrito, les solicito amablemente, se sirvan informarnos, si la ley 1508 de 2012, puede aplicarse e implementarse, en tanto si una empresa industrial y comercial del estado, puede constituir asociaciones público-privadas con personas jurídicas de carácter privado para adelantar proyectos inmobiliarios y de infraestructura, todo ello en el marco y vigencia de la ley de garantías (ley 996 de 2005), así como también en su modificación en la ley de presupuesto general del 2022 (ley 1259 del 2021)».

Conforme a lo expuesto, el artículo 9 de la Ley 1508 de 2012 establece la posibilidad de que las empresas industriales y comerciales del Estado, al igual que las sociedades de economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), participen en calidad de contratantes en esquemas de asociación público privada, según indica el parágrafo de esta norma. En el caso en que las mencionadas entidades



decidan optar por esquemas de Asociación Público Privada bajo el régimen previsto en la Ley 1508, deberán dar cumplimiento a lo previsto en la misma y sujetarse a las disposiciones particulares que les sean aplicables en materia contractual y presupuestal. En estos casos, conforme al mandato del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, la celebración de contratos de asociación público-privada estará regida por las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, salvo en lo específicamente regulado por aquella.

En concordancia con lo anterior, por una parte, el artículo 9 de la Ley 1508 de 2012, reglamentado por el artículo 2.2.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015, establece como procedimiento de selección para *proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública* el de licitación pública regulado por el artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

De otro lado, en los *proyectos de iniciativa privada*, si el proyecto es aceptado, la entidad llega a un acuerdo con el originador sobre la viabilidad del proyecto y el valor de los estudios efectuados por el particular en la estructuración del proyecto. Posteriormente, cuando se trata de una *iniciativa privada* que *no* requiere desembolso de recursos públicos, se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012. Este precepto establece que después del acuerdo entre la entidad estatal y el originador del proyecto, aquella debe publicarlo en el SECOP, junto con la minuta del contrato, los estudios y los demás anexos, por un término no inferior a un (1) mes, ni superior a seis (6) meses, para ver si resultan manifestaciones de interés.

Si, al término de la publicación, no resultan interesados, la entidad debe celebrar el contrato de manera directa con el originador privado, es decir, con aquel que estructuró el *proyecto de asociación público privada* que *no* requiere desembolso de recursos públicos, y que en su momento le presentó a la entidad su propuesta tanto en la fase de prefactibilidad como de factibilidad, y que luego llegó a un acuerdo con ella sobre la viabilidad del proyecto. Por el contrario, si hay interesados que respondan a la publicación en el SECOP, se deberá adelantar el procedimiento consagrado en el artículo 20 de la misma Ley. En efecto, la norma señalada establece que los terceros interesados en el proyecto deben garantizar la iniciativa con un mecanismo de cobertura del riesgo y podrán participar en el procedimiento de selección que abrirá la entidad estatal, a través de la modalidad de selección abreviada de menor cuantía con precalificación.

Finalmente, el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012 que regula lo concerniente a las *iniciativas privadas que requieren desembolsos públicos*, establece que luego del acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto.

Para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales

que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes. De lo anterior se desprende que la restricción aplica, con la salvedad 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.

Conforme a dicho alcance de la restricción de que trata el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, se observa que dicha prohibición no es aplicable a los proyectos de asociación público-privada. Lo anterior, en tanto que, para cada una de las modalidades de asociación público-privada antes precisadas, se establecieron procedimientos de selección que involucran convocatoria pública y participación de pluralidad de oferentes. Esto, incluso cuando se trata de proyectos de *iniciativa privada* que *no* requieren desembolsos públicos pues la contratación directa con el originador del proyecto, procede únicamente cuando luego de publicado el proyecto en el SECOP-en los términos del artículo 19 de la Ley 1508 de 2012-, no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto. Por lo cual, es claro que de manera previa tuvo que haberse surtido una convocatoria pública que implicara la participación de varios oferentes.

Por último, se reitera que el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de Entidades Estatales del orden Municipal, Departamental o Distrital celebrar convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección de cargos de elección popular. Sin embargo, con ocasión de la modificación transitoria realizada por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 al primer inciso del párrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales, la posibilidad de suscribir convenios o contratos interadministrativos está sujeta a 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 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 lo anterior, es claro que la modificación del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 al párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 no resulta aplicable para el caso objeto de consulta.

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: Laura Alejandra Materón García  
Analista T2-01 de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo  
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro  
Subdirector de Gestión Contractual

