



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

ANÁLISIS JURÍDICO – PRÁCTICO

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES EN COLOMBIA

*Investigador (a): Viviana Sedano Garzón **
*Directora de Investigación: Sandra Avellaneda Avendaño ***
*Edición: Sonia Claros López ****

La llamada Ley de Garantías Electorales “*fue expedida en desarrollo del Artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2004, que reformó el Artículo 197 de la Constitución Política permitiendo la reelección para el período inmediatamente siguiente, del Presidente y del Vicepresidente de la República en ejercicio y adicionó el Artículo 152 superior para incluir como materia de regulación por Ley Estatutaria “la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley”*”. En ella se establecen limitaciones al ejercicio de la función administrativa, frente a las cuales nos permitiremos hacer algunas recomendaciones, con base en lo establecido en la Ley, en pronunciamientos de la H. Corte Constitucional y H. Consejo de Estado, así como en la doctrina del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Procuraduría General de la Nación.

En primera lugar, es pertinente recordar que la Ley de Garantías es aplicable a todos los entes del Estado, sin importar su naturaleza, ni su régimen jurídico y contractual, es decir que *esta Ley es de obligatorio cumplimiento tanto para entidades estatales que se rigen por derecho público, como para aquellas que se rigen por derecho privado*; así lo precisó el H. Consejo de Estado al indicar que: “*Siguiendo la doctrina expuesta por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, se tiene que la expresión todos los entes del Estado hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los*

¹ Concepto H. Consejo de Estado. Radicación 1.985 de 4 de Febrero de 2010.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

*organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. Dada la finalidad de la ley 996 de 2005, es claro que esta locución debe ser entendida dentro de su propio contexto, que consiste en evitar que mediante la contratación directa, cualquier ente público pueda romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones”.*² Subrayas fuera del texto original.

Bajo el alcance precisado por el Consejo de Estado y en la línea de lo expresado por el Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP³ las restricciones de la Ley de Garantías aplican a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, corporaciones autónomas regionales y empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto éstas son parte de las “*entidades que conforman la estructura y organización de la administración pública*”⁴.

Mencionado el ámbito de aplicación de las restricciones de la Ley de garantías vamos a estudiar las materias respecto de las cuales existen restricciones:

² Concepto H. Consejo de Estado. Radicación 1.727 de Febrero de 2006.

³ http://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/616038/2017-10-31_Abc_ley_garantias/f4fbc8cf-40c8-4e44-a1fe-678d89f8f12d

⁴ *Ibidem*



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

RESTRICCIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

En materia de contratación, la norma establece claramente dos (2) limitaciones a la celebración de Contratación en entidades del Estado, así:

1. **En el orden Territorial:** *“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”*
⁵Subrayado fuera del texto original.

Teniendo en cuenta las fechas de elección para miembros del Congreso, a partir del pasado 11 de noviembre de 2017, se encuentra restringida la suscripción de convenios interadministrativos en Entidades Territoriales y Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital.

Esta restricción, como todas las contenidas en la Ley de Garantías, va a hasta la fecha en la cual sea elegido el Presidente de la República. Lo anterior implica que si el próximo presidente es elegido en la primera vuelta electoral, las restricciones serían aplicables hasta el [27 de mayo de 2018](#) y si la elección se efectúa en segunda vuelta la fecha límite de las restricciones es el [17 de junio de 2018](#).

2. En el orden Nacional: *“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*

⁵ Artículo 38 Ley 996 de 2005, parágrafo.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

contratación directa por parte de todos los entes del Estado. Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias”⁶

Se deduce entonces que a partir del próximo [domingo 28 de enero de 2018](#), o en la práctica para muchas entidades el [viernes 26 de enero](#), y hasta la fecha en la cual sea elegido el Presidente de la República, bien sea que la elección se de en primera vuelta ([27 de mayo de 2018](#)) o en segunda vuelta ([17 de junio de 2018](#)), estará restringida la facultad de suscribir contratos en la modalidad directa por parte de todas las entidades del Estado.

Coherente con específicas necesidades que se deben suplir con inmediatez en el marco del interés general, la Ley de Garantías prevé excepciones a su aplicación las cuales son:

- *La Defensa y Seguridad del Estado.*
- *Contratos de Crédito Público.*
- *Contratos requeridos para cubrir emergencias educativas, sanitarias y desastres.*
- *Contratos requeridos para 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.*
- *Contratos requeridos por las entidades sanitarias y hospitalarias.*

⁶ Artículo 30 Ley 996 de 2005.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

En vista de lo anterior, se podrá entonces a partir del 27 de enero de 2017, y hasta la elección del nuevo presidente, únicamente celebrar contratos por parte de las Entidades del Estado que emanen de procesos de convocatoria pública. Así, las entidades que se rigen por derecho público podrán contratar en las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Mínima Cuantía y para las entidades que se rigen por derecho privado a través de los procesos consagrados en su Manual de Contratación, que garanticen: publicidad, pluralidad de oferentes, libre concurrencia y selección objetiva.

RESTRICCIONES EN MATERIA DE CREACIÓN - MODIFICACIÓN DE PLANTA DE LA ENTIDAD

En la Ley se establecen restricciones para proveer cargos, modificar la nómina, creación o supresión de empleos. Estas restricciones están contenidas en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005 a través de una regla general para la Rama Ejecutiva del Poder Público, lo cual en principio incluiría tanto el orden nacional como el territorial,

Esta regla indica que *“Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente”*⁷ Subrayado fuera del texto original

Las excepciones consagradas en el artículo 33 de la Ley objeto de estudio son:

- Lo referente a la defensa y seguridad del Estado

⁷Artículo 32 Ley 996 de 2005



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

- Los contratos de crédito público
- Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres,
- 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,
- Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Sin bien como se ha indicado el artículo 33 en su redacción se refiere a todas las entidades del Estado de la rama ejecutiva, en el Inciso 4º del párrafo del Artículo 38 Ley 996 de 2005 incluyó la siguiente regla especial para las entidades del orden territorial, la cual prevalece sobre la general:

“La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar 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”⁸

En conclusión, para las entidades de la del orden Nacional- Rama Ejecutiva, la estrictión comienza a partir del próximo [27 de enero de 2018](#) y hasta la fecha en la cual sea elegido el Presidente de la República que puede ser el [27 de mayo o el 17 de junio](#).

Por su parte, para las entidades del Orden Territorial, la restricción comenzó a partir del [pasado 11 de noviembre de 2017](#) y se extiende igualmente hasta la fecha en la cual sea elegido el Presidente de la República.

⁸ Inciso 4º del párrafo del Artículo 38 Ley 996 de 2005.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

Esta restricción tanto para las entidades del orden territorial, como nacional comprende lo siguiente:

- **No se podrán** crear nuevos cargos ni proveer las vacantes de carácter definitivo⁹ Con la excepción de cuando se trate de vacantes por licencia, muerte, renuncia o expiración del período fijo¹⁰ (dentro de lo cual se contempla el cargo de los jefes de Control Interno), que sean indispensables o para el adecuado funcionamiento de la entidad o en los casos del ámbito de aplicación de la normatividad de carrera administrativa¹¹, o en los casos determinados en el inciso 2º del Artículo 33 de la precitada Ley¹².
- **No se podrá** incorporar o desvincular a funcionario alguno que haga parte de la planta de la entidad, lo cual implica que no se podrá entonces declarar la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción, toda vez que se trata de una facultad discrecional del nominador y que generaría la modificación de la planta de personal de la entidad.¹³
- **No se podrá** proveer empleo vacante por estatus pensional del titular, toda vez que, la causal de retiro del servicio por obtención de pensión de vejez o jubilación no está dentro de las excepciones del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005¹⁴

⁹ “(...) esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que “afecte” la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública”. Sentencia C-1153/05 Expediente PE-024.

¹⁰ “Bajo este entendimiento, la expiración del período fijo para el cual fue designado el funcionario encargado del control interno de la entidad constituye una falta definitiva” y, por ende, encaja dentro del supuesto exceptivo previsto en el inciso último del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, de suerte que habilita la designación de su reemplazo por parte del nominador territorial aún encontrándose en curso la campaña electoral de un cargo de elección popular. No se trata en este caso de la creación de un nuevo cargo y la provisión del mismo, evento que es materia de la prohibición de modificación de nómina sino del cumplimiento de una obligación legal por imperativas razones del servicio”. Concepto N° 2182 de 2013. Sala de Consulta y Servicio civil del Consejo de Estado.

¹¹ “(...) las excepciones a esta prohibición respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (i) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (ii) los cargos de carrera administrativa” Sentencia C-1153/05 Expediente PE-024.

¹² “(...) Cabe advertir que son los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva, nacionales y territoriales, con funciones atinentes a los asuntos y eventos a que hacen referencia estas excepciones taxativamente señaladas en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, los que podrían proveer sus vacantes sin tener en consideración la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo” Concepto N° 2182 de 2013. Sala de Consulta y Servicio civil del Consejo de Estado.

¹³ Conceptos N° 1985, 1985 aclaración y 1993 de 2010 Sala de Consulta y Servicio civil del Consejo de Estado.

¹⁴ “(...) Es evidente entonces que las excepciones consagradas en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 no incluyen la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez” Concepto N° 1985 de 2010 Sala de Consulta y Servicio civil del Consejo de Estado



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

- **Es posible** la provisión de un empleo vacante mediante encargo¹⁵ y mediante comisión de servicios, toda vez que la utilización de estas figuras no implica la modificación de la planta de la entidad y adicionalmente dichas figuras se encuentra contemplada dentro de las normas de carrera administrativa.¹⁶

CREACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS

Un interrogante válido es si durante la vigencia de la Ley de Garantías se pueden crear personas jurídicas públicas. La respuesta al respecto es sí. Considerando que las normas contenidas en la Ley 996 de 2005 constituyen limitaciones al ejercicio de la función pública en pro de privilegiar la transparencia electoral, la interpretación de estas normas debe ser restrictiva, esto es que no admite analogías, ni lecturas más allá del significado literal, en consecuencia, considerando que ninguna disposición de la Ley limita la creación de personas jurídicas y/o entidades públicas, esta actividad es posible.

Sin embargo, es necesario prever que la creación de una entidad con personería jurídica exige la creación de una planta mínima y en todo caso el nombramiento de por lo menos el representante legal que operativice la existencia efectiva la personería jurídica.

Así las cosas, en estricto sentido gramatical de las dos normas objeto de estudio (artículo 32 y 38 de la Ley 996 de 2005) la creación del cargo de gerente y de los demás estrictamente necesarios para operativizar la existencia de la persona jurídica nueva, no implica “modificación” de la nómina, toda vez que de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española modificar se define como *“Transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características.”*, definición que implica la

¹⁵ http://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/616038/2017-10-31_Abc_ley_garantias/f4fbc8cf-40c8-4e44-a1fe-678d89f8f12d

¹⁶ “(...) De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera”. Sentencia C-1153/05 Expediente PE-024.



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

existencia previa de aquello que se modifica y en el caso de creación de una entidad estaríamos ante un ente naciente lo que implicaría que la creación del cargo de gerente y de los demás de la planta de base no constituye una modificación de nómina sino la creación de la nómina propia necesaria para ejercer el objeto de la entidad respectiva.

Adicionalmente, al no estar prohibida la creación de entidades públicas durante la vigencia de la Ley de Garantías debe entenderse que tampoco lo están las actividades derivadas o accesorias para que tal creación sea efectiva, como por ejemplo la creación del o los cargos necesarios para el ejercicio de la personería jurídica cuya creación está permitida en el periodo objeto de garantías electorales.

No obstante lo anterior, no se debe ignorar que esta línea argumentativa aunque válida, puede ser rebatida, refutada y no aceptada por las corrientes de interpretación ortodoxas, lo cual implica un riesgo alto frente a una eventual interpretación en contrario.

RESUMEN ¿QUÉ SÍ Y QUÉ NO HACER EL LEY DE GARANTÍAS?

DESCRIPCIÓN	FECHA DE INICIO DE RESTRICCIÓN	¿SÍ O NO?
Suscripción de Convenios Interadministrativos en los que intervenga un ente territorial	11 de Noviembre de 2017	NO ☹
Suscripción de contratos en la modalidad de contratación directa que no estén dentro de las excepciones consagradas en la Ley	A partir del 27 de Enero de 2018.	NO ☹
Suscripción de contratos en la modalidad de Mínima cuantía, Licitación Pública, Concurso de Méritos y Selección Abreviada	Ninguna	Sí ☺



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

Suscribir adiciones, prórrogas o modificaciones contractuales con la debida justificación y soporte		Sí ☺
Creación o supresión de cargos o proveer vacantes de la planta de la entidad mediante nombramiento de nuevo funcionario <u>en entidades del orden territorial</u>	A partir del II de noviembre de 2017	No ☹
Creación o supresión de cargos o proveer vacantes de la planta de la entidad mediante nombramiento de nuevo funcionario <u>en entidades del orden nacional de la Rama Ejecutiva</u>	A partir del 27 de Enero de 2018	
Proveer cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada.	NA	Sí ☺
Declarar insubsistencias	Orden Territorial: A partir del II de noviembre de 2017 Orden Nacional: A partir del 27 de Enero de 2018	No ☹
Proveer vacantes de la planta de personal de la entidad mediante encargo o comisión de servicios	NA	Sí ☺
Crear entidades con la habilitación respectiva para hacerlo	NA	Sí ☺ * Riesgo Interpretativo frente a la creación del cargo de gerente, esencial para



AVELLANEDA & ASOCIADOS
Gerencia Jurídica Estratégica

		operativizar la personería jurídica
--	--	--