



Función Pública

Concepto 135811 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000135811

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000135811

Fecha: 05/04/2022 02:08:06 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: LEY DE GARANTÍAS de Aplicación: 2022060089152 del 08 de febrero de 2022.

Me refiero a la comunicación de la referencia, que fue devuelta por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, a través de la cual consulta si la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se encuentra facultada para suscribir contratos de arrendamiento durante la vigencia de la ley de garantías, me permito mencionarle lo siguiente:

En primer lugar es importante resaltar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, razón por la cual no es de su competencia pronunciarse en relación con la celebración de contratos de arrendamiento, por cuanto esto es competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente.

No obstante, como quiera que este Departamento de manera conjunta emitió la Circular Conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021, me permito dar respuesta a su consulta en el marco de dicho documento, de la siguiente manera:

1. Sobre la Naturaleza Jurídica del CREMIL

Sea lo primero en señalar que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que se rige por las normas orgánicas del Decreto Ley 2342 de 1971, Decreto Ley 2002 de 1984, Ley 489 de 1998 y por las disposiciones de su estatuto.

De igual forma, de acuerdo con lo establecido en el acuerdo 08 de 03 de noviembre de 2016 mediante el cual se adoptan los estatutos de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares., se determina que el objeto de la entidad es : "(...) reconocer y pagar las Asignaciones de Retiro al personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares que consoliden el derecho a tal prestación, así como la sustitución pensional a sus beneficiarios, y contribuir al desarrollo de la política y los planes generales que en materia de seguridad social adopte el Gobierno Nacional respecto de dicho personal".

Sobre la aplicación de la ley de Garantías, se observa que las entidades del nivel nacional deberán acoger a las prohibiciones allí establecidas a partir del 29 de enero de 2022 y hasta que se elija al presidente de la República.

Respecto de la conformación de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel nacional, la Ley 489 de 1998, señala:

“ARTÍCULO 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

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

2. Del Sector descentralizado por servicios:

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

PARAGRAFO 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

(...)”

De otra parte, el artículo 68 ibídem, señala:

“ARTÍCULO 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley. (...)” (Subrayado nuestro)”

De acuerdo con la norma transcrita, se infiere que las restricciones fijadas en la Ley de garantías Electorales le son aplicables a los

establecimientos públicos, toda vez que éstas hacen parte de la estructura y organización de la administración pública. De acuerdo con lo anterior, se precisa que la Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías Electorales, dispone:

Ahora bien, la Ley 996 del 24 de 2005, (Ley de Garantías), tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales y establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado. Al respecto, señaló en los artículos 32, 33 y 38, lo siguiente:

“ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. 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.

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos”. (Subrayado fuera de texto)

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.

“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.

(...)

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.” (Destacado fuera de texto)

Es importante aclarar que las prohibiciones de los artículos 32 y 38 anteriormente citados, aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en Colombia, tal como lo dispone el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Así lo hizo entrever la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto 1720 del 17 de febrero de 2006, al establecer lo siguiente:

“El hecho de que los artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el período que precede las elecciones presidenciales, mientras que el parágrafo del artículo 38 ibídem, abarca un período preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables solo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 parágrafo, pues no solo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además, no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32”. (Destacado nuestro)

En igual concepto, la misma sala del Consejo de Estado, en concepto C.E. 2011 del 10 de junio de 2010 con Consejero Ponente (E.): William Zambrano Cetina, señaló:

3.3 Las restricciones mencionadas se aplican a las entidades territoriales, ya sea que las elecciones sean territoriales o nacionales.

Las restricciones mencionadas en el artículo 32 se refieren a la Rama Ejecutiva del Poder Público, dentro de la cual se encuentran las Gobernaciones y las Alcaldías, por expresa disposición del artículo 115 in fine de la Constitución.

Adicionalmente, las restricciones del artículo 33 a la contratación directa comprenden a "todos los entes del Estado", con lo cual quedan incluidas las entidades territoriales.

Precisamente, sobre este tema, la Sala en el Concepto No. 1727 del 20 de febrero de 2006 sostuvo:

"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 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.

(...)

Reitera la Sala que la locución en comento, debe entenderse dentro del contexto de la ley de garantías y de la especial finalidad que ella busca, la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia, de suerte que si el legislador no utilizó la expresión "rama ejecutiva" en el artículo 33 de esta ley, como sí lo hizo en la prohibición del artículo 32, y enunció como obligados por la prohibición a todos los entes del Estado, es claro que no fue su intención excepcionar aquellas que no encajaban dentro de la noción de rama ejecutiva, desarrollada por el artículo 38 de la ley 489 de 1998. La frase que se interpreta coincide con la definición legal de administración pública del artículo 39 de la misma ley 489, según la cual se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

En relación con el párrafo del artículo 38 de la ley 996, es claro que su campo de aplicación se refiere a las entidades territoriales pues en su parte inicial menciona una serie de autoridades del orden territorial y como se dijo, su alcance se refiere a elecciones en general, tanto territoriales como nacionales.

(...)

LA SALA RESPONDE

1. a) Efectivamente, tratándose de elecciones presidenciales en las cuales no se presenta como candidato el Presidente de la República ni su Vicepresidente, las restricciones a la vinculación a la nómina estatal y a la contratación pública, contempladas en los artículos 32 y 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005, tienen plena aplicación así: las del artículo 32 a las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, las del artículo 33 a todos los entes del Estado, en las dos expresiones anteriores están comprendidas las entidades territoriales, y las del párrafo del artículo 38 específicamente a las entidades territoriales.

b) Tales restricciones son aplicables a las entidades territoriales no solamente para las elecciones de carácter territorial sino también para las de carácter nacional.(...) (Subrayas y negrilla fuera del texto)

De acuerdo a lo anterior, para el Consejo de Estado, los artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005 contienen prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 ibídem, contiene prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales.

El alcance de la expresión todos los entes del Estado contenida en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 996, hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los 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.

Así las cosas, en cuanto a las restricciones para la contratación, señala el artículo 33 de la Ley de Garantías electorales que 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.

Así mismo, es importante tener en cuenta que la Circular Conjunta 100-006 de 2021 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Presidencia de la República, en la que se señaló:

LIMITACIONES A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

¿Cuáles son las restricciones en materia de contratación estatal en aplicación de la Ley 996 de 2005?

En materia de contratación estatal existen dos restricciones: la primera es para celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. La segunda es para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa.

Sin embargo, mediante la Ley 2159 de noviembre 12 de 2021, por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1. de enero al 31 de diciembre de 2022, se dispuso en su artículo 124 que, con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de su publicación 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, modificando únicamente en la parte pertinente el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Así mismo, debe resaltarse que el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, emitió sentencia el 9 de noviembre de 2021, respecto de la Acción de Tutela instaurada por un ciudadano dentro del expediente No. 11001-33-34-003-2021-00354-00, en la que se decidió amparar de manera transitoria los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad vulnerados en el trámite legislativo del proyecto de la ley 096 de 2021 Senado y 158 de 2021 Cámara, "Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022", por desconocer el principio de reserva y afectar de manera grave los principios de imparcialidad e igualdad electoral.

Como consecuencia de lo anterior, el juez de tutela ordenó al Presidente de la República y a los representantes legales de las entidades del orden nacional y del sector descentralizado territorialmente, abstenerse de dar aplicación a la modificación realizada al parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, restricción que solo estará vigente hasta que la Corte Constitucional conozca de la demanda de acción pública de inconstitucionalidad que se adelante en contra de la disposición normativa mencionada.

(...)

¿Qué implica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

La Ley de Garantías prohíbe a las Entidades Estatales celebrar contratos en la modalidad de contratación directa durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido. A través de la modalidad de contratación directa se celebran, entre otros, los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, arrendamiento de inmuebles y contratos con proveedor exclusivo.

(...)

¿A qué entidades aplica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

Aplica a todos los entes del Estado, de todas las Ramas del Poder Público pertenecientes al nivel nacional y territorial.

¿Existen excepciones frente a la restricción para celebrar contratos directamente?

Se exceptúa lo referente a:

-La defensa y seguridad del Estado

-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, y

-Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalaria”.

En igual sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto [1727](#) del 20 de febrero 2006 , con Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

II. El elemento objetivo de la norma: la prohibición temporal de la celebración de contratos por el sistema de contratación directa.

(...)

El concepto citado expresa a manera de síntesis que, de los antecedentes legislativos y jurisprudenciales, es indudable que el legislador asumió que la contratación directa podía dar lugar al rompimiento del equilibrio entre partidos y candidatos a la presidencia y por esto la prohibió. Advierte la Sala que siempre ha estado prohibida la contratación cuando se utiliza para favorecer partidos o candidatos políticos, y que por lo mismo da lugar a sanciones disciplinarias, patrimoniales y penales, e incluso los contratos que así se celebraren estarían viciados de nulidad absoluta por desvío de poder. A pesar de esto, el legislador fue mucho más allá y prefirió extremar las garantías al punto de evitar la contratación misma, de manera que no hubiera siquiera la sospecha de que mediante este mecanismo se pudiera alterar la igualdad entre los candidatos. La Corte Constitucional en la sentencia C-1153-05, declaró contraria a la Carta la expresión legal adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración por considerarla ambigua, cerrando, con tal decisión, toda posibilidad a la contratación directa por parte de las entidades públicas, salvo las excepciones contenidas en la misma ley [996](#) del 2005.

Con base en esta premisa, se define la expresión contratación directa entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley [80](#) de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata. Para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado "contratación directa" es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley [80](#) de 1993. Por tanto, las entidades públicas, en el período preelectoral, pueden seguir contratando previa la licitación pública, salvo las excepciones de la misma ley [996](#) del 2005.

El artículo 33 que se comenta contiene una prohibición temporal de 4 meses a la contratación directa durante la campaña presidencial, lapso extendido a seis meses para el Presidente y el Vicepresidente en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional. Esta restricción exige de los órganos y entidades con capacidad para celebrar contratos la responsabilidad de planificar con suficiente antelación, la gestión contractual en los períodos anteriores a la elección presidencial, para que la prestación de los servicios, el cumplimiento de funciones públicas y el ejercicio de competencias que se llevan a cabo mediante esta forma de actividad administrativa bilateral, no se vean afectados por la restricción impuesta por la ley estatutaria. (Destacado nuestro)

De acuerdo al anterior pronunciamiento jurisprudencial, para el Consejo de Estado dada la finalidad de la ley [996](#) de 2005, es claro que la prohibición del artículo 33 pretende evitar que mediante la contratación directa, cualquier ente público pueda romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones.

Así las cosas, en materia de contratación estatal existen dos restricciones: la primera es para celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. La segunda es para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa. Por lo tanto, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital no pueden celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos, independientemente de la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante, así como tampoco, podrán celebrar contratos en la modalidad de contratación directa.

Sobre el término de contratación Directa señala el Consejo de Estado que es cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley [80](#) de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata.

De conformidad con lo anterior, y en atención a su consulta particular, esta Dirección Jurídica considera que no será viable que la CREMIL celebre contratos de arrendamiento si estos se celebran mediante la modalidad de contratación directa, toda vez que se enmarcan dentro de la prohibición del artículo 33 de la Ley [996](#) de 2005.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: María Camila Bonilla G.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:26:00