



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación No.2269 Ampliación.

Expediente: 11001-03-06-000-2015-00164-00

Referencia: Apoyo de la ESAP a los concejos municipales en la realización del concurso público de méritos para la elección de personeros. No está prohibido por la Ley de Garantías Electorales.

La Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública solicita la ampliación del Concepto 2261 del pasado 3 de agosto de 2015, en el sentido de que esta Sala se pronuncie sobre la posibilidad de que la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP apoye logísticamente a los concejos municipales en la realización del concurso público de méritos para la elección de personeros durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 y lo aclarado por la Sala en el Concepto 2261 de 2015, la elección de los personeros por parte de los concejos municipales debe hacerse “previo concurso público de méritos”.

2. El Decreto Reglamentario 2485 de 2014 permite que para la realización del referido concurso público de méritos, los concejos municipales se apoyen en universidades, instituciones de educación superior públicas o privadas o en entidades especializadas en procesos de selección de personal.

3. La Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- es un establecimiento público de educación superior con alta experiencia en procesos de selección, que tiene dentro de sus competencias legales la de apoyar a los municipios “en la identificación de sus necesidades y en la determinación de buenas prácticas administrativas” (artículo 5º de la Ley 1551 de 2012). En ese contexto, la ESAP cuenta con recursos disponibles para brindar apoyo gratuito a los concejos municipales en la realización del concurso público para la elección de personeros.

4. Sin embargo surge la duda de si es posible brindar ese apoyo durante la época previa a las elecciones territoriales del próximo mes de octubre, en la medida que el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la cualquier contienda electoral.

Con base en lo anterior, **SE PREGUNTA:**

1. *¿Es viable que la Escuela Superior de Administración Pública apoye a los concejos municipales, de manera gratuita, en la realización del proceso de selección para elegir personeros municipales, en el marco de lo señalado en el artículo 5º de la Ley 1551 de 2012?*
2. *¿Es viable que, en vigencia de la Ley 996 de 2005, la ESAP suscriba convenios interadministrativos para prestar el apoyo a los concejos municipales para adelantar el proceso de selección para elegir a los nuevos personeros?*
3. *De no ser posible la suscripción de convenios interadministrativos con la Escuela Superior de Administración Pública para efectos de realizar el concurso público de méritos para la elección de personeros ¿Qué otros mecanismos administrativos puede aplicar la ESAP en época electoral, para prestar el apoyo señalado en la Ley 1551 de 2012?*

II. CONSIDERACIONES

1. **Sobre la competencia de la ESAP para apoyar a los concejos municipales en el concurso público de méritos para la elección de personeros**

Según se indicó en Concepto 2261 de 2015 cuya ampliación se solicita, la elección de los personeros por parte de los concejos municipales debe hacerse “previo concurso público de méritos”, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley 1551. Sobre el procedimiento a seguir en estos casos, el

Decreto Reglamentario 2485 de 2014¹, por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para elección de personeros municipales, estableció en su artículo 1º lo siguiente:

“Artículo 1. Concurso público de méritos para la elección personeros. El personero municipal o distrital será elegido de la lista que resulte del proceso de selección público y abierto adelantado por el concejo municipal o distrital.

Los concejos municipales o distritales efectuarán los trámites pertinentes para el concurso, **que podrá efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal.**

El concurso de méritos en todas sus etapas deberá ser adelantado atendiendo criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.” (Se resalta)

De acuerdo con lo anterior, los concejos municipales pueden adelantar el concurso público de méritos para la elección de personeros a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal (inciso 2º). En el caso de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP se cumple esta exigencia en virtud de su condición de establecimiento público de carácter universitario:

“Artículo 1o. Naturaleza. la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, creada por la Ley 19 de 1958 es un Establecimiento Público del orden nacional, de carácter universitario, adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública, dotado de personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente, de conformidad con las normas que regulan el

¹ Compilado en el Decreto Único 1083 de 2015 (Título 27 de la Parte 2 del Libro 2). En concordancia, el artículo 6º del mismo decreto permite la celebración de convenios interadministrativos con entidades especializadas de la administración pública (como es el caso de la ESAP) para la realización del referido concurso público de méritos: “Artículo 6. Convenios Interadministrativos. Para la realización del concurso de personero, los concejos municipales de un mismo departamento que pertenezcan a la misma categoría, podrán celebrar convenios interadministrativos asociados o conjuntos con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la propia Administración Pública, para los siguientes propósitos: 1. La realización parcial de los concursos de personero, los cuales continuarán bajo su inmediata dirección, conducción y supervisión; 2. El diseño de pruebas para ser aplicadas simultáneamente en los distintos procesos de selección convocados por los municipios suscribientes. En tales convenios, los concejos participantes unificarán los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional, centralizando su evaluación en una única instancia.”

sector educativo en general y el servicio público de la educación superior en particular, e integra el Sector Administrativo de la Función Pública.”²

Además, la ESAP tiene dentro de sus funciones (i) la cooperación interinstitucional con las entidades territoriales, (ii) la formación y desarrollo de la gestión pública y, precisamente, (iii) la realización de concursos para el ingreso al servicio público (que es el caso consultado):

“Artículo 3o. Funciones. Son funciones de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, las siguientes: (...)

2. Promover la unidad nacional, la descentralización, la integración territorial y la cooperación interinstitucional, con miras a que las diversas regiones del país dispongan del talento humano y de los conocimientos y tecnologías administrativas apropiadas que les permitan atender adecuadamente sus necesidades (...)

4. Adelantar programas curriculares de formación en educación superior conducentes al fortalecimiento de los campos del saber propios de la Administración Pública y al desarrollo de habilidades para desempeños profesionales en sus campos de aplicación (...)

9. Realizar en los términos de ley concursos para ingreso al servicio público, brindar capacitación y asesoría en materia de carrera administrativa a los organismos de las ramas del poder público y sus funcionarios, para lo cual podrá suscribir contratos y/o convenios con dichas entidades públicas (...).
(Se resalta)

Como se observa, la ESAP tiene competencia para capacitar y brindar asesoría a los organismos de las ramas del poder público en la realización de concursos públicos de méritos para el acceso al servicio público (asunto consultado), cuya instrumentación puede hacerse mediante la suscripción de contratos o convenios.

En lo que respecta al asunto consultado las anteriores competencias se refuerzan aún más con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1551 de 2012, por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, donde se le asigna expresamente a la ESAP una labor de apoyo a los municipios para la implementación de buenas prácticas administrativas:

“Artículo 5o. Dentro del marco de los principios de coordinación, complementariedad, sostenibilidad, economía y buen gobierno, los municipios contarán con el apoyo de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP - en

² Decreto 219 de 2004 “Por el cual se modifica la estructura de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, y se dictan otras disposiciones”.

la identificación de necesidades **y en la determinación de buenas prácticas administrativas.**

Así mismo, la ESAP, apoyará al gobierno nacional en la gestión, promoción, difusión, desarrollo e implementación de las políticas públicas de buen gobierno y competitividad en los entes territoriales.

Los municipios de 5 y 6 categoría contarán con el acompañamiento gratuito de la ESAP en la elaboración de los estudios y análisis a los que se refiere el artículo 46 de la Ley 909, cuando los municipios así lo requieran.

Sin duda la realización de un concurso público de méritos comporta por su naturaleza la materialización de una *“buena práctica administrativa”*, de modo que el apoyo para su realización por parte de los concejos municipales quedaría comprendido también dentro del ámbito de aplicación de este artículo 5º de la Ley 1551 de 2012.

En síntesis, la Sala considera que la ESAP, dentro de los principios de coordinación, complementariedad, sostenibilidad, economía y buen gobierno, cumple las condiciones y tiene la competencia suficiente para apoyar a los municipios en la realización del concurso público de méritos para la elección de personeros. Además, tratándose del cumplimiento de una función pública por parte de la ESAP y siendo una colaboración entre órganos y entidades del Estado, que tiene fundamento también en el artículo 113 de la Constitución Política, no habría impedimento para que ese apoyo se brinde sin que los municipios deban pagar una contraprestación económica, tal como lo expone la consulta.

2. El apoyo de la ESAP a los concejos municipales para la realización del concurso público de méritos previsto en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, frente a la restricción del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 en relación con la celebración de convenios interadministrativos que comporten la ejecución de recursos públicos

2.1 Consideración previa: el deber de colaboración entre entidades estatales y la posibilidad de que existan convenios interadministrativos que no impliquen la transferencia o ejecución de recursos

La Constitución Política consagra un principio de *colaboración interinstitucional* como eje articulador de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades del Estado cuando señala que *“los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”* (artículo 113) y que *“las autoridades administrativas deben coordinar sus*

actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado” (artículo 209). De esta manera se evitan actuaciones desarticuladas y aisladas y se garantiza una mejor utilización de los bienes y recursos públicos.

Por tanto, el hecho de que cada entidad u organismo tenga sus propias funciones (*regla de no duplicidad*) y que para su ejercicio la ley les confiera determinados grados de autonomía, no justifica actuaciones aisladas, contradictorias o económicamente ineficientes entre las diversas organizaciones estatales, pues en cualquier caso sus competencias están regidas por los mandatos de colaboración y coordinación interinstitucional que permiten el logro mancomunado del interés general y la satisfacción de los derechos de las personas (artículos 4º, 113 y 209 C.P.).

Sobre este particular, el artículo 6 de la Ley 489 de 1998 establece que en virtud de los principios de coordinación y colaboración las entidades garantizarán *“la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales”,* por lo que, en consecuencia, *“prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones” (ibídem).*

Precisamente, una de las formas de concretar el mandato constitucional de colaboración interinstitucional es la celebración de convenios interadministrativos, tal como lo establece el artículo 95 de la propia Ley 489 de 1998 que señala lo siguiente:

“Artículo 95º.- Asociación entre entidades públicas. *Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.”*

Como se observa, la nota distintiva de los convenios interadministrativos está dada la concurrencia de dos o más entidades estatales en la búsqueda de un fin público común respecto del cual cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales. Se da pues un ánimo de colaboración entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias:

“Es de la esencia del contrato o convenio interadministrativo, que cada una de las entidades partes contratantes realice los cometidos estatales a su cargo, pues es obvio que ninguna puede buscar fines públicos diferentes de aquellos que le fueron expresamente encomendados. En desarrollo de estos convenios, cada uno de los contratantes buscará ejecutar las tareas que le fueron asignadas, sin que esto

signifique que necesariamente sea la misma, pues frecuentemente se trata de fines complementarios.”³

Como se ha indicado, se habla de *cooperación* porque la entidad pública celebra el convenio “*cuando tiene algo que aportar desde su ámbito funcional, obligándose a ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos contratantes, compartiendo tareas entre ellas.*”⁴

De este modo es posible, incluso común, que los convenios interadministrativos no comporten la ejecución de recursos ni su traslado, así como tampoco el pago de una remuneración⁵. Dicho de otra manera, es viable distinguir entre convenios interadministrativos de contenido patrimonial o que compartan la ejecución de recursos públicos⁶ y otros que si bien implican obligaciones y responsabilidades recíprocas, no tienen ese elemento oneroso o económico, al girar en torno solamente a la forma de complementar y articular las funciones de cada entidad mediante el intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc. Lógicamente, es posible que en esta última hipótesis cada entidad incurra en gastos y en ejecución de su propio presupuesto para cumplir sus funciones y los compromisos adquiridos para con la otra, pero eso no hace que el convenio tenga por objeto “la ejecución” de recursos públicos.

³ Sala de Consulta, Concepto 1881 de 2001.

⁴ Concepto 1982 de 2010.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de mayo de 2012, expediente 1998-01471: “De conformidad con lo anterior los Convenios Institucionales, se podría definir como todos aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la entidad con personas de derecho público, que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias de la entidad, para el logro de objetivos comunes. Los Convenios pueden no tener un contenido patrimonial, en términos generales y en ellos no se persigue un interés puramente económico. Con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos de carácter general, ya sean estos sociales, culturales o de colaboración estratégica.”

⁶ Frente a los cuales el Consejo de Estado ha señalado que constituyen verdaderos contratos administrativos: “En tal sentido, si bien es cierto que en la práctica de las relaciones que se establecen en desarrollo de las actividades de la Administración se suele utilizar en algunas oportunidades la misma denominación, “*convenios interadministrativos*”, para calificar otro tipo de negocios que no corresponden a su naturaleza y efectos –como los acuerdos interorgánicos⁶ y como aquellos en los que se presenta un concurso de voluntades, pero que no generan obligaciones susceptibles de ser exigidas jurídicamente– en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica.” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 1998-00261).

Este es un aspecto importante de identificar en casos como el consultado, pues sobre él gira la aplicación o no de la restricción para la celebración de convenios interadministrativos de la ley de garantías electorales, tal como pasa a revisarse.

2.2. El alcance de la limitación establecida en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 respecto de los convenios interadministrativos que tengan por objeto la ejecución de recursos públicos.

Establecida entonces, como ha quedado señalado, la posibilidad de que la ESAP preste apoyo gratuito a los concejos municipales para la realización del concurso público de méritos establecido en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, se pregunta a la Sala si para ese efecto se podrían o no suscribir convenios interadministrativos, dada la restricción temporal que establece el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 e 2005 que establece:

“Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.
 2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.
 3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.
 4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.
 5. Aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera.
- La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

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.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o

distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

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.” (Se resalta)

En relación con esta disposición la Sala ha señalado de manera reiterada que sus restricciones se aplican a todas las contiendas electorales y no solamente para las elecciones presidenciales⁷. Igualmente ha indicado que mientras que la primera parte del artículo 38 se aplica a todos los servidores del Estado, el párrafo tiene unos sujetos pasivos definidos (gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital), cuya ampliación no es posible por tratarse de normas prohibitivas o restrictivas⁸. En este sentido, desde el punto de vista de los sujetos pasivos de la norma, puede observarse que la restricción no cobijaría

⁷ Concepto 1717 de 2006: “De la lectura del texto del párrafo del artículo 38 se concluye que cuando en él se habla de cuatro meses anteriores a las elecciones, ha de entenderse que el término “elecciones” es genérico, es decir, comprende las correspondientes a todos los cargos de elección popular a que se refiere la ley, incluido el de Presidente de la República, de ahí que de acuerdo con el mencionado párrafo, en todos los procesos electorales subsisten para gobernadores, alcaldes y demás autoridades locales allí mencionadas, la prohibición para inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en los cuales participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, al congreso, gobernaciones y asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales.”

⁸ Sobre los sujetos pasivos de las prohibiciones contenidas en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 esta Sala señaló en Concepto 1839 de 2007: “Mientras que, las restricciones del párrafo son temporales y están dirigidas a unos sujetos o destinatarios específicos: ‘los Gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital’, con el fin de evitar que utilicen los recursos, la burocracia y en general los medios que poseen en razón de sus cargos para romper el equilibrio entre los candidatos a las diferentes corporaciones o cargos del nivel territorial.”. Igualmente en Concepto 2207 de 2014: “(ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición. El artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, con el propósito de garantizar que no se utilice la nómina del respectivo ente territorial por los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, como medio para favorecer una campaña electoral.”

prima facie a los concejos municipales, a los que la ley les reconoce expresamente capacidad propia de contratación⁹.

Adicionalmente, en relación con el objeto material de la restricción analizada, la Sala observa que el legislador estatutario prohíbe “*celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos*” (primer inciso del párrafo), lo que comporta la suma de dos (2) elementos: (i) el tipo de acuerdo (convenio interadministrativo) y el objeto del acuerdo (la ejecución de recursos públicos). Por tanto, la norma no prohíbe per se la celebración de convenios interadministrativos y de colaboración entre las entidades públicas, sino únicamente la de aquellos que tienen por objeto *la ejecución de recursos públicos*, los cuales, en el contexto de la Ley 996 de 2005, pueden interferir indebidamente en la transparencia e imparcialidad de las autoridades públicas en el debate electoral.

En este aspecto cabe, como ya lo había indicado la Sala¹⁰, una diferencia entre los artículos 33 y 38 de la Ley 996 analizada, pues mientras el primero impide todo tipo de convenios interadministrativos durante las campañas presidenciales (por vía de la prohibición de cualquier forma de contratación directa¹¹), el segundo (que es el caso consultado y se aplica a las elecciones populares en general), solo restringe, como se acaba de indicar, los convenios interadministrativos de las entidades territoriales que tienen por objeto la ejecución de recursos públicos¹².

⁹ Artículo 110 Decreto 111 de 1996: “**Artículo 110.** Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley (...) En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, **asambleas y concejos**, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica”. (Se resalta)

¹⁰ Conceptos 1724, 1731 y 1736 de 2006. En el primero de estos conceptos se concluyó: “Atendiendo los términos del artículo 33 de la ley 996 de 2005 no es posible la celebración de convenios interadministrativos por ningún ente del Estado durante el periodo electoral para la escogencia del presidente de la República. En **las restantes elecciones**, distintas a la de Presidente de la República, la restricción para celebrar convenios interadministrativos **se contrae a las que tengan por objeto la ejecución de recursos públicos**”. (Se resalta)

¹¹ “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.” Ver Concepto 1712 de 2006.

¹² Concepto 2011 del 10 de junio de 2010 en el que la Sala indicó: “La Sala estima necesario hacer la observación de que la restricción del párrafo del artículo 38 en cuanto a la celebración de

Pues bien, sobre lo que debe entenderse por convenios interadministrativos “*para la ejecución de recursos públicos*”, esta Sala ya había indicado lo siguiente:

“Aún cuando la ley no establece con claridad cómo ha de entenderse esa expresión, la Sala considera que en el contexto de la Ley de Garantías Electorales y en particular del artículo 38, la misma comprende en general cualquier tipo de convenio en que los municipios y demás entidades territoriales allí mencionadas, tengan la facultad de disponer o ejecutar recursos del Estado, bien sea mediante la realización de obras, la prestación de servicios, la adjudicación o entrega de beneficios, etc.

Con esto se busca, que por vía de tales convenios, tampoco se pueda favorecer un determinado partido, candidato o persona en particular, lo que constituye, según lo expuesto, un fin de la ley de garantías electorales constitucionalmente válido¹³,¹⁴

Por tanto, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a una elección popular, las entidades territoriales no podrán suscribir convenios interadministrativos que comporten cualquier forma de disposición o ejecución de recursos públicos, como puede ser la realización de obras, la prestación de servicios, la adjudicación o entrega de estímulos o beneficios, etc.

En todo caso, así no comporten la ejecución de recursos públicos, los convenios interadministrativos no podrán tener por objeto ni ser utilizados directa o indirectamente para las actividades prohibidas en los restantes apartes del artículo 38 analizado, esto es: (i) acosar o presionar causas o campañas políticas (numeral 1); (ii) difundir propaganda electoral (numeral 2º); (iii) hacer favorecimientos a empleados por apoyar campañas o causas políticas (numeral 3º); (iv) ofrecer beneficios, obras o servicios a los ciudadanos o a la comunidad para influir en la intención de voto (numeral 4º); (v) expulsar funcionarios de carrera por razones de buen servicio (numeral 5º); (vi) patrocinar reuniones proselitistas (parágrafo, inciso 1º); (vii) inaugurar obras o dar inicio a programas con participación de candidatos a cualquier tipo de elección popular (parágrafo, inciso 2º); (viii) facilitar el uso de inmuebles o bienes públicos con fines proselitistas (parágrafo, inciso 3º); y (ix) modificar la nómina de las entidades territoriales (parágrafo, inciso 4º).

contratos interadministrativos, se refiere únicamente a aquellos destinados a la ejecución de **recursos públicos**, no a los demás.” (Se resalta)

¹³ Sentencia C-1153 de 2005.

¹⁴ Concepto 1990 de 2010.

Además, los convenios interadministrativos deberán respetar los fines generales de la Ley 996 de 2005, de permitir el equilibrio y transparencia de los debates electorales¹⁵. Como ya ha indicado esta Sala, la Ley 996 de 2005 fue concebida *“como un mecanismo para brindar igualdad electoral y garantizar el equilibrio entre los candidatos de las distintas fuerzas políticas, frente a un Presidente en ejercicio que aspire a la reelección, reducir los espacios de discrecionalidad en la gestión administrativa, impedir la utilización del poder de nominación para presionar el respaldo de causas o campañas políticas, evitar el acceso a los recursos del Estado en beneficio de estas, todo con el fin de fortalecer la legitimidad y credibilidad del sistema político mediante el ejercicio transparente de las libertades públicas.”*¹⁶

Establecido lo anterior, la Sala observa que según lo informado por el organismo consultante, el tipo de convenio interadministrativo a suscribir tendría las siguientes características: (i) se haría directamente con los concejos municipales (no con los alcaldes) en cuanto son los órganos competentes para adelantar el concurso público de méritos para la elección de personeros; (ii) su objeto principal sería establecer los términos y condiciones del acompañamiento que prestaría la ESAP para la realización de dicho concurso por parte de los concejos municipales (organización de la convocatoria, realización de pruebas, tabulación de resultados, etc.); (iii) sería gratuito, esto es, no implicaría ningún gasto para la entidad territorial, ni comportaría tampoco ejecución o transferencia de recursos; (iv) los beneficiarios directos del convenio serían los concejos municipales (institucionalmente considerados) y en modo alguno los integrantes de dicha corporación, ni ningún otro servidor público del orden nacional o territorial; (v) no habría ayudas, estímulos, obras o servicios a favor de particulares; (vi) se ofrecería por igual y en las mismas condiciones a cualquier concejo municipal que desee recibir el apoyo de la ESAP, para lo cual se aprovecharían economías de escala y se generarían ahorros de tiempo y recursos para todos los participantes del convenio; y (vii) no guardaría relación alguna con actividades políticas o proselitistas, sino con el cumplimiento de una obligación legal.

Por tanto, se puede concluir que un convenio de ese tipo no estaría dentro del ámbito de la prohibición del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en la medida en que no se suscribiría por ninguno de los sujetos pasivos de la prohibición y que su

¹⁵ Conceptos 1717 y 1720 de 2006 y 1990 de 2010 entre otros.

¹⁶ Concepto 1731 de 2006. Igualmente en Concepto 1990 de 2010 que en relación con los fines de la Ley 996 de 2005 señaló: “De ahí que, sus disposiciones deban interpretarse como garantías de igualdad electoral y transparencia, bajo un principio de neutralidad de los servidores estatales en los debates electorales; en tal virtud, el presupuesto estatal y, por ende, su contratación, no deben ser utilizados con fines distintos a los propios de satisfacción del interés general.”

objeto no sería la ejecución de recursos públicos, ni el traslado de estos hacia las entidades territoriales, sino solamente la regulación entre la ESAP y los concejos municipales que se vinculen voluntariamente, de las actividades logísticas y de apoyo para la realización del concurso público de méritos ordenado en la Ley 1551 de 2012. Tampoco se observa que se puedan poner en riesgo los fines y propósitos de la Ley de Garantías Electorales, dado que las entidades participarían en el convenio en cumplimiento de sus funciones legales y, según lo informado en la consulta, no habría ofrecimientos de bienes, servicios o estímulos a servidores públicos o a particulares que puedan afectar la transparencia, equilibrio e imparcialidad del proceso electoral próximo a celebrarse.

Por todo lo anterior,

(III) La Sala RESPONDE:

1. *¿Es viable que la Escuela Superior de Administración Pública apoye a los concejos municipales, de manera gratuita, en la realización del proceso de selección para elegir personeros municipales, en el marco de lo señalado en el artículo 5º de la Ley 1551 de 2012?*

Si. Es viable que la Escuela Superior de Administración Pública apoye a los concejos municipales de manera gratuita en la realización del concurso público de méritos para elegir personeros municipales, dentro del marco de lo señalado en los artículos 5º y 35 de la Ley 1551 de 2012, el Decreto Reglamentario 2485 de 2014 y las normas que regulan la estructura y funcionamiento de la ESAP.

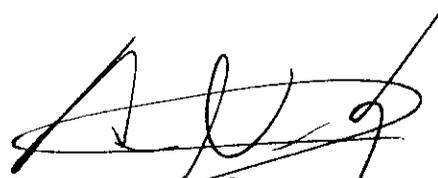
2. *¿Es viable que, en vigencia de la Ley 996 de 2005, la ESAP suscriba convenios interadministrativos para prestar el apoyo a los concejos municipales para adelantar el proceso de selección para elegir a los nuevos personeros?*

Si. Es viable que en vigencia de la Ley 996 de 2005 la ESAP suscriba convenios interadministrativos con el objeto de prestar apoyo a los concejos municipales para adelantar el proceso de selección dirigido a elegir a los nuevos personeros, siempre que dicho convenio no comporte la ejecución de recursos públicos, ni ninguna otra de las actividades prohibidas en el artículo 38 de la misma Ley 996 de 2005, ni se contraríen sus fines.

3. *De no ser posible la suscripción de convenios interadministrativos con la Escuela Superior de Administración Pública para efectos de realizar el concurso público de méritos para la elección de personeros ¿Qué otros mecanismos administrativos puede aplicar la ESAP en época electoral, para prestar el apoyo señalado en la Ley 1551 de 2012?*

Como quiera que la respuesta anterior fue afirmativa, no hay lugar a responder esta pregunta.

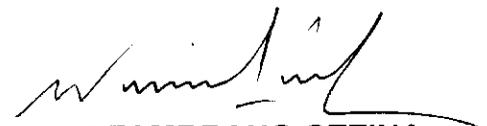
Remítase a la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala



GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

28 SET. 2015

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO DE FECHA 23 DE SEPTIEMBRE DE 2015 - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA