

**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 30 Diciembre 2021

Doctora

# Andrea Elizabeth Hurtado Neira

Secretaria General

Ministerio de Salud y Protección Social Bogotá D.C.

# Concepto C – 757 de 2021

**Temas:** LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE

GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones ‒ Contratación ‒ Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibiciones ‒ Ámbito material – Ámbito temporal / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Suscripción de prórrogas, adiciones, modificaciones o cesiones – Requisitos

**Radicación:** Respuesta a consulta P20211229011856

Estimada doctora Hurtado Neira:

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 la consulta realizada el 29 de diciembre de 2021.

# Problema planteado

Usted plantea la siguiente consulta referida la aplicación de la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales. Al respecto se formula siguiente inquietud:

«Teniendo en cuenta las prohibiciones señaladas en el parágrafo del Articulo 38 de la Ley 996 de 2005.y las disposiciones tanto de la Circular Externa No. 24 de la Agencia Colombia Compra Eficiente como de la Circular Conjunta 100-006 de 2021 de Presidencia de la Republica, ¿es posible surtir todo tipo de modificación a las relaciones contractuales suscritas antes del inicio de la Ley de Garantias, ya sea que dichas modificaciones impliquen mayores tiempos o valores, inclusiones, exclusiones o cambios en las obligaciones contractuales o nuevas partes intervinientes como en el caso de una cesión o de la adhesión de un nuevo actor?».

# Consideraciones

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, 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 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 98 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-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-677 del 3 de diciembre de 2021, C-674 del 6 de diciembre de 2021, C-693 del 9 de diciembre de 2021 y C-723 del 28 de diciembre de 2021. Algunos de los argumentos expuestos en estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

# Definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública, *verbigracia*, 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 electoral1.

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005 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 –Gaceta

1 El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por si 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».

del Congreso de la República No. 71 del 2005–, para lo cual se introducen en el ordenamiento jurídico limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos en el ejercicio de la gestión contractual de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición y señalado los propósitos de la Ley de Garantías Electorales, así:

[…] 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 a 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.

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.

De otra parte, 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 Constitucional2 y del Consejo de Estado3, coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de 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 legislador4.

De lo anterior se desprende que las limitaciones a la libertad contractual establecidas en la Ley 996 de 2005 deben interpretarse de forma restrictiva, y como se precisará se dirigen a dos tipos de campañas electorales: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como territorial, siendo necesario analizar las restricciones aplicables según cada tipo de elecciones.

# Alcance de las restricciones que en materia de contratación establece la Ley de Garantías Electores. Análisis de la posibilidad de suscribir prórrogas, adiciones, modificaciones y cesiones

La Ley 996 de 2005, 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 altere las condiciones de igualdad entre los candidatos.

De conformidad con lo anterior, es claro que la Ley de Garantías Electorales, para el cumplimiento de los objetivos que dieron lugar a su expedición, consagró una serie de restricciones y prohibiciones en la contratación estatal dirigidas a los servidores públicos durante los periodos preelectorales, para evitar que, a través de esta actividad, se rompa el equilibrio y la igualdad que debe existir entre los candidatos. No obstante, debe aclararse que estas disposiciones se dirigen a dos tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la

2 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.

3 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 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.

4 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial.

Por una parte, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 consagra una prohibición que impide «[…] 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»5.

Por otra parte, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de elección, que prohíbe a los 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»6. 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, así:

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,*

5 «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».

6 «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».

*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.*7 (Énfasis fuera de texto)

La Ley 996 de 2005 establece dos tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente: i) 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 –y hasta la segunda vuelta–, salvo las aludidas excepciones; ii) la del artículo 38, parágrafo, que debe aplicarse respecto de cualquier tipo de elección, 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 electoral.

Dichas restricciones no se excluyen, sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en el periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo

1. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas solo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo 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 estos, 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. A partir de ese momento, la prohibición opera para ellos, lo cual debe entenderse sobre el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República DAPRE.

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 –artículo 197 de la Carta Política–.

Así las cosas, en cuanto a las fechas en que comienzan a regir las restricciones y prohibiciones contempladas en la Ley 996 de 2005, para el proceso preelectoral del año 2022, se debe distinguir el tipo de restricción y la elección en que ella se aplica, así:

* 1. Elecciones presidente y vicepresidente de la República: durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, en caso de que sea necesaria, está prohibido a todos los

7 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).

entes del Estado, incluidos los territoriales, independientemente de su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, acudir a cualquier modalidad de contratación directa. Dado que la Registraduría Nacional del Estado Civil expidió la Resolución 4371 2021, «por medio de la cual se fija el calendario electoral para las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República (primera vuelta)», y señaló que estas se realizarán el 29 de mayo de 2022, la restricción de que trata el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales comienza a regir el 29 de enero de 2022 y se prolonga hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido.

* 1. Elecciones Congreso de la República (para elegir miembros del Senado y la Cámara de Representantes): dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección popular distinta de la presidencial, les está prohibido a los Gobernadores, Alcaldes Municipales y Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, celebrar convenios interadministrativos que impliquen ejecución de recursos públicos, que son aquellos en los que se comprometen desembolsos presupuestales. Teniendo en cuenta que la Registraduría Nacional del Estado Civil expidió la Resolución 2098 de 2021, «por medio de la cual se fija el calendario electoral para las elecciones del Congreso de la República», y señaló que se realizarán el 13 de marzo de 2022, la restricción de que trata el artículo 38, parágrafo, de la Ley de Garantías Electorales, comienza a regir el 13 de noviembre de 2021.

En cuanto a la celebración de prórrogas, adiciones, modificaciones o cesiones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas una vez las estas han comenzado a surtir efectos, esta Agencia, reiteradamente, ha avalado la posibilidad de que tales actuaciones tengan lugar, sin que con ello se transgredan las restricciones explicadas, siempre que se cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad. Esto por cuanto, se ha considerado que actuaciones como prórrogas, modificaciones y adiciones de contratos vigentes, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de las mencionadas restricciones.

Esta fue la postura que en su momento asumió Colombia Compra Eficiente en la Circular No. 3 de 16 de agosto de 2013, expedida con el fin de establecer unas pautas para el cumplimiento de las restricciones a la contratación pública establecidas en la Ley 996 de 2005, en los meses anteriores a las elecciones presidenciales que tuvieron lugar en el 2014. En el texto de dicha circular, en relación con la restricción del artículo 33 *ibídem*, la Agencia sostuvo: «Las prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de los contratos suscritos antes del período de la campaña presidencial están permitidas durante la campaña de acuerdo con lo establecido en las normas aplicables, siempre

12Agencia Nacional de contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Circular Externa Única, actualizada el 16 de

que tales prórrogas, modificaciones o adiciones, y cesiones cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad»8.

Tal interpretación se hizo extensiva a la restricción del parágrafo del artículo 38 *ejusdem,* conforme quedó consignado en la Circular No. 19 de 30 de julio de 20159, expedida con ocasión de las elecciones de mandatarios locales llevadas a cabo en dicha anualidad. Según señala esta circular, en términos muy similares a la señalada en el párrafo anterior: «Las prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de convenios o contratos interadministrativos suscritos antes del período de restricción previsto por el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías están permitidas, siempre que tales prórrogas, modificaciones, adiciones y cesiones cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad»10.

Por su parte, la Circular No. 24 de 12 de mayo de 2017, expedida con ocasión de las elecciones parlamentarias y presidenciales que tuvieron lugar en 2018, compendió las posturas expuestas en las mencionadas circulares sobre las restricciones de los artículos 33 y 38. Esto comoquiera que, en esta ocasión, la posibilidad de suscribir prórrogas, modificaciones y cesiones, se predicó, de manera general, respecto de los contratos vigentes suscritos antes de la entrada en vigor de las restricciones en la Ley 996 de 2005. Según indica el tenor literal de dicha circular: «La Ley de Garantías no establece restricciones para las prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de los contratos suscritos antes del período de la campaña presidencial»11.

Esta interpretación se mantiene hoy día vigente y se encuentra recogida en la Circular Externa Única expedida por esta Agencia, la cual en su numeral 15.5 establece:

«La Ley de Garantías no establece restricciones para las prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de los contratos suscritos antes del período electoral, siempre que tales prórrogas, modificaciones, adiciones y cesiones cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

En este sentido, las prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de los contratos suscritos antes del período de la campaña electoral, pueden realizarse en cualquier tiempo antes o después del comienzo de la aplicación

8 Agencia Nacional de contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Circular No. 3 del 16 de agosto de 2013. Consultada el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20130816circular3leygarantias.pdf>

9 Mediante la que se sustituye integralmente la Circular No. 18 del 12 de junio de 2015.

10Agencia Nacional de contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Circular No. 19 del 30 de julio de 2015. Consultada el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20150730circular19.pdf>

11 Agencia Nacional de contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Circular No. 24 del 12 de mayo de 2017. Consultada el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20170509circularleygarantias.pdf>

de la Ley de Garantías siempre y cuando el contrato se encuentre vigente»

12.

Respecto del contenido de esta última circular se llama la atención sobre el condicionamiento relativo a que el contrato objeto de prórroga, adición, modificación o cesión se encuentre vigente al momento de realizar alguna estas actuaciones. Esto se justifica en el hecho de que realizar una modificación, prórroga, adición o cesión de un contrato cuyo plazo de ejecución ha fenecido, en realidad supone celebrar un nuevo contrato, actuación que supondría una transgresión no solo de las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005, sino también de las normas que rigen los procedimientos de selección.

Esta interpretación ha sido compartida por la Procuraduría General de la Nación, órgano de control, que ha señalado en varias de las circulares expedidas con el propósito de prevenir posibles irregularidades que afecten el adecuado desarrollo de los procesos electorales, se ha referido a la posibilidad de suscribir adiciones, modificaciones, prórrogas y cesiones, de contratos suscritos antes del inicio de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales. Este es el caso de las Circulares Nos. 016 del 3 de septiembre de 2013, 005 del 7 de abril de 2015 y 007 del 22 de mayo de 2017, todas expedidas desde el despacho del Procurador General, en las que se formularon consideraciones a modo de recomendaciones, dirigidas a los servidores públicos avocados a la celebración de las actuaciones a las que se refiere la hipótesis objeto de consulta. En la última de estas circulares, de manera casi idéntica a lo señalado en las anteriores, previa referencia a las restricciones de los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 20085, se insta a los servidores públicos a:

«Verificar el sustento técnico, económico, legal y de cualquier otra índole de las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de estos, velando porque siempre cumplan las reglas aplicables a la materia, dentro de los principios de selección objetiva, libre concurrencia, planeación, transparencia y responsabilidad»13.

De acuerdo con lo anterior, la suscripción de modificaciones, adiciones, prórrogas y cesiones de contratos suscritos antes de los periodos prelectorales durante los que rigen las restricciones de los artículos 33 y 38 de la Ley de Garantías, es una posibilidad que ha sido considerada como jurídicamente valida, no solo por esta Agencia en su calidad de ente rector en materia de contratación estatal, sino también por la

12Agencia Nacional de contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Circular Externa Única, actualizada el 16 de abril de 2019. Consultada el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf>

13 Procuraduría General de la Nación. Circular No. 007 del 22 de mayo de 2021. Consultada el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/relatoria_normatividad.page>

Procuraduría General de la Nación, en calidad de órgano de control y máxima autoridad disciplinaria, quien lejos de ubicar estas actuaciones dentro del ámbito de aplicación de las mencionadas restricciones, ha formulado recomendaciones para su adecuada celebración durante la vigencia de las referidas restricciones. En ese sentido, la Procuraduría y la Agencia, en las circulares antes mencionadas, han coincidido en señalar que esta posibilidad de celebrar prórrogas, adiciones, modificaciones y cesiones, en las condiciones advertidas, está sujeta a que se cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

En atención a esta interpretación y las orientaciones incluidas en las referidas circulares, las entidades estatales han ido encauzando su gestión contractual, para evitar eventuales transgresiones a las restricciones en comento. Esto se refleja en el contenido de la Circular Conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021, expedida por los directores del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del Departamento Administrativo de la Función Pública, en la que se acoge la interpretación expuesta en los párrafos precedentes, y se insta a actuar conforme a la misma a todos los ministros, directores de departamentos administrativos, superintendentes, gerentes y directores de entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva del orden nacional, gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital14.

Sin perjuicio de lo anterior, debe precisarse que, si bien se estima valida la suscripción de las referidas actuaciones durante los periodos prelectorales en los que aplican las restricciones analizadas, en la medida en que, de por sí, no suponen una vulneración de las prohibiciones mencionadas, ello no significa que puedan realizarse todo tipo de prorrogas, adiciones, modificaciones o cesiones sin reparar en si las mismas se ajustan no a las disposiciones normativas conforme a las cuales deben ser realizadas. En ese sentido, si, por ejemplo, en vigencia de las referidas restricciones se pretendiera realizar la cesión de un contrato, esto estaría condicionado a que el eventual cesionario del contratista fuere una persona con capacidad jurídica para ejecutar el contrato15, por lo que no resultaría viable realizar la cesión en favor de una persona objeto de una

14 Dicha circular indica: «La Ley de Garantías no establece restricciones para las prórrogas, modificaciones o adiciones, ni para la cesión de los contratos suscritos antes del período de la campaña presidencial. Estas se pueden celebrar de conformidad con los principios de planeación, transparencia y de responsabilidad establecidos en la Ley 80 de 1993, y demás normas que resulten aplicables a cada caso». Consultada el 29 de diciembre de 2021 en la página web: [https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/CIRCULAR%20CONJUNTA%20100-06%20DE%202021.pdf](https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/CIRCULAR%20CONJUNTA%20100-006%20DE%202021.pdf)

15 Ley 80 de 1993: «Articulo 6o. De la capacidad para contratar**.** Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes […]

»Articulo 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

»1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

»a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes […]»

inhabilidad –*v.g.* una persona condenada por un delito de narcotráfico16–. De igual manera tampoco sería valido realizar una prórroga automática o gratuita17, ni modificar un contrato para incluir obligaciones de hacer de contenido ilícito, ni adicionar un contrato por una suma superior al 50% valor inicial, no estando el mismo relacionado con la atención de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-1918.

Vale la pena advertir que estas limitaciones temporales a la contratación directa durante la campaña presidencial y a la celebración de los convenios y contratos interadministrativos frente a los comicios a cargos de elección popular, requiere que los órganos y entidades que tengan capacidad contractual planifiquen su gestión contractual con suficiente antelación a los periodos de elección presidencial o de

16 Constitución Política de Colombia: «Artículo 122**.** […] Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior […]».

17 La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de distintas disposiciones, ha considerado que las normas que establecen este tipo prórrogas resultan contrarias a la Constitución. Así en la en las sentencias C-350 de 1997, C-949 de 2001, C-068 de 2009, entre otras. En relación con el carácter automático de la prórroga, en la sentencia C-949 de 2001, manifestó lo siguiente el Alto Tribunal constitucional: «Con todo, no puede desconocerse que la prórroga de los contratos a los que alude el artículo 36 bajo análisis, puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato, sin estar atada a la camisa de fuerza que implica la prórroga automática. De ahí que para la Corte la inconstitucionalidad radica en el carácter automático de la prórroga y no en la prórroga misma que, según se anotó, puede ser una herramienta muy útil en determinados casos».

Esta postura es compartida por el Consejo de Estado quien ha manifestado: «[…] resulta inconstitucional e ilegal la prórroga automática de tales contratos, porque desconoce varios principios que deben regir la actividad contractual de todas las entidades, órganos y organismos del Estado, como la libre competencia económica, el derecho de las personas a participar en la vida económica de la nación en igualdad de condiciones, la prevalencia del interés público, el deber de planeación y los principios de selección objetiva, economía, transparencia y eficiencia, entre otros». Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de diciembre de 2015. Rad. 2252. Al respecto también se ha dicho que: «[…] las prórrogas automáticas, sucesivas o perpetuas son ajenas al ordenamiento jurídico colombiano, en tanto cercenan la libre disposición del derecho de dominio estatal y la competencia de decisión de la administración y se erigen como privilegios particulares que pugnan con el interés general”. Consejo de Estado». Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2015. Exp. 22637.

18 Ley 80 de 1993: «Artículo 40. del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

[…]

»Parágrafo. En Los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

»Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

» [Texto adicionado por el artículo 8 del Decreto Legislartivo 537 de 2020] Adición y modificación de contratos estatales. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la entidad estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

»Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID- 19, y durante el término que dicho estado esté vigente».

elecciones de cualquier otro cargo, según el caso, de forma que no se vea afectada la función administrativa en razón de la restricción impuesta por la Ley de Garantías Electorales. De ahí la importancia de que los principios de planeación, transparencia y responsabilidad se materialicen la eventual celebración de prórrogas, modificaciones, adiciones o cesiones de los contratos vigentes suscritos antes del inicio de las restricciones operantes por cuenta de los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005 en materia de contratación.

# 3. Respuestas

«Teniendo en cuenta las prohibiciones señaladas en el parágrafo del Articulo 38 de la Ley 996 de 2005.y las disposiciones tanto de la Circular Externa No. 24 de la Agencia Colombia Compra Eficiente como de la Circular Conjunta 100-006 de 2021 de Presidencia de la Republica, ¿es posible surtir todo tipo de modificación a las relaciones contractuales suscritas antes del inicio de la Ley de Garantias, ya sea que dichas modificaciones impliquen mayores tiempos o valores, inclusiones, exclusiones o cambios en las obligaciones contractuales o nuevas partes intervinientes como en el caso de una cesión o de la adhesión de un nuevo actor?».

Conforme a lo expuesto, la suscripción de prórrogas, adiciones, modificaciones o cesiones de contratos suscritos antes del inicio del periodo durante el que rigen las restricciones de los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005, no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dichas normas. Esto significa que, las entidades estatales pueden válidamente realizar tales actuaciones sobre dichos contratos, incluso en el transcurso de los periodos prelectorales en los que las aludidas restricciones tienen vigencia, toda vez que las mismas no prohíben la suscripción de prórrogas, adiciones, modificaciones o cesiones.

Tal posibilidad se encuentra supeditada a que las prórrogas, adiciones, modificaciones o cesiones, se realicen conforme las demás normas que deban ser aplicadas para la realización de estas actuaciones, de suerte que, al margen de la no transgresión de la Ley de Garantías, con su celebración no se contravengan otras disposiciones del marco jurídico que les aplica. Adicionalmente, según lo manifestado por la Procuraduría General de la Nación en las circulares Nos. 016 del 3 de septiembre de 2013, 005 del 7 de abril de 2015 y 007 del 22 de mayo de 2017, así como por esta

Agencia en las circulares Nos. 3 de 16 de agosto de 2013, 19 de 30 de julio de 2015, 24 de 12 de mayo de 2017 y la Circular Externa Única, al igual que por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en conjunto con el Departamento Administrativo de la Función Pública en la Circular Conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021, resulta indispensable que en la celebración de prórrogas, adiciones, modificaciones o cesiones de contratos, durante la vigencia de la Ley de Garantías, se cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

Elaboró: Alejandro Sarmiento Cantillo

Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Jorge Augusto Tirado Navarro Subdirector de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro

Subdirector de Gestión Contractual