**CCE-DES-FM-17**

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Definición** **‒** **Finalidad**

[…] la Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial. En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales

[…] la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. En primer lugar, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. En segundo lugar, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES** **‒ Prohibición del artículo 33 ‒ Destinatarios**

[…] El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

[…] la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la ley de garantías electorales, cobija a cualquier ente público que pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos en las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular en las contiendas electorales, se puede presentar tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por el derecho privado.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición ‒ Contratación directa ‒ Alcance – Excepciones**

[…] la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos u otros previstos en normas especiales.

[…] las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas de manera taxativa en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en lo referente a i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

**CONTRATO DE TRANSACCIÓN – Noción – Requisitos**

La transacción es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos de carácter autocompositivo, por el cual las partes involucradas en una controversia acuerdan directamente la forma de resolverla. Es decir, solucionan el conflicto por voluntad propia –efectuando concesiones recíprocas– y no por la imposición de un tercero. De ahí que la transacción revista los rasgos de un negocio jurídico o contrato, pues es un acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones . Esto diferencia a la transacción de los mecanismos heterocompositivos, en los que un sujeto distinto a las partes decide con autoridad de cosa juzgada a cuál de ellas le asiste la razón. El artículo 2469 del Código Civil define la transacción como «[…] un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual». Adicionalmente, los artículos 2470 a 2487 establecen los requisitos del contrato de transacción, entre los que se destacan los siguientes: i) solo procede sobre derechos inciertos y discutibles; ii) las partes deben tener capacidad para disponer del objeto del negocio jurídico, lo que no obsta para que se otorgue poder mediante la celebración de un contrato de mandato; iii) no puede versar sobre materias prohibidas, como el estado civil de las personas, derechos ajenos o que no existen y iv) únicamente surte efecto entre las partes. Además, el numeral 3 del artículo 1625 del mismo Código prevé la transacción como uno de los modos de extinción de las obligaciones.

**CONTRATO DE TRANSACCIÓN – Mecanismo alternativo de resolución de conflictos – Entidades Estatales**

Como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, la transacción puede ser judicial o extrajudicial, dependiendo de si se da o no para terminar un proceso judicial vigente. El artículo 2469 del Código Civil es el fundamento jurídico de la transacción extrajudicial, pues indica que mediante este contrato las partes «[…] terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual» (cursiva fuera de texto). A su vez, los códigos procesales han reconocido la transacción judicial como forma de terminación anticipada de los litigios. Por ejemplo, el artículo 176 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– establece que el proceso judicial puede terminar por transacción . De la misma manera, el artículo 103 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional –Ley 1563 de 2012– permite la terminación del proceso arbitral por transacción entre las partes . El artículo 313 del Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012–, por su parte, dispone que «Los representantes de la nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso»; pero esta última norma –valga resaltar– solo aplica en los procesos jurisdiccionales conforme lo determina el objeto del mismo Código General del Proceso.En el ámbito de la contratación estatal, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina han reconocido la procedencia de la transacción extrajudicial, como mecanismo apropiado para precaver litigios eventuales o para resolver controversias entre las entidades estatales y sus contratistas. La Subdirección de Gestión Contractual está de acuerdo con dicha postura, pues tanto en las normas civiles como en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentra la habilitación legal para que las entidades públicas celebren contratos de transacción. Más aún, los órganos del Estado que se rigen por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, no solo tienen la facultad de transigir, sino que además están obligados a resolver oportunamente las controversias contractuales, para evitar que los conflictos escalen y se generen consecuencias jurídicas y pecuniarias más gravosas para el erario.

Para ilustrar mejor lo anterior, conviene señalar que la transacción se encuentra consagrada en varias disposiciones de la Ley 80 de 1993, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos al que pueden acudir las entidades estatales y los contratistas para poner fin a sus diferencias o precaver litigios eventuales. Como muestra de ello, el numeral 9 del artículo 4 ibidem establece que las entidades estatales «Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista» y que «Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse». En otras palabras, es deber de las entidades estatales buscar la solución oportuna de las controversias, para evitar que estas cada vez se tornen más complejas. Con ello se logran reducir los litigios y, por lo tanto, la congestión judicial. Además, la resolución rápida de una situación controversial impide que se incrementen los perjuicios de la parte afectada y que el Estado tenga que soportar condenas cuantiosas en el escenario jurisdiccional.

**CONTRATO DE TRANSACCIÓN – Saneamiento financiero del sector salud – Ley 1955 de 2019 – Artículo 238 – Alcance de la competencia consultiva**

[E]l artículo 238 de la Ley 1955 de 2019 mencionado en la consulta, consiste en una norma dirigida a propiciar el saneamiento financiero del sector salud en las entidades territoriales, propósito en favor del cual, en primer lugar, se establecen una serie de reglas para el saneamiento definitivo de las cuentas de servicios y tecnologías en salud no financiadas por la UPC del régimen subsidiado prestados hasta el 31 de diciembre de 2019 . Seguidamente, la norma contempla la posibilidad de que la Nación cofinancie […] el pago de las deudas de los servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la UPC del régimen subsidiado que agoten el procedimiento descrito en este artículo, siem¬pre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: […] b) Que la entidad territorial suscriba un contrato de transacción con la entidad acreedora» (Énfasis fuera de texto). Si bien la disposición continúa estableciendo una serie de reglas a las que deben ajustarse la suscripción de estos acuerdos transaccionales, lo cierto es que tales reglas son formuladas como requisitos para acceso a la cofinanciación por parte de la Nación, más no constituyen se relacionan con elementos normativos o negociales del contrato de transacción propiamente dicho.

Visto lo anterior, advierte esta Agencia que, el artículo 238 de la Ley 1955 de 2019 es una disposición dirigida a las entidades del sector salud, que sin perjuicio de la posibilidad de celebración de contratos de transacción que contempla, no hace parte del sistema de compras públicas, ni del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En virtud de esto, establecer la viabilidad de suscribir contratos en aplicación de esta norma escapa del ámbito de la competencia consultiva atribuida a esta Agencia, máxime aun considerando que las acreencias respecto de los cuales la norma establece el contrato de transacción no tienen origen en contratos estatales, sino en la prestación de servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la UPC del régimen subsidiado.

**Texto

Descripción generada automáticamente**

Bogotá, 09 Mayo 2022

Doctora

**Martha Isabel Liévano Cantor**

Subdirectora de Asuntos Normativos

Ministerio de Salud

Bogotá D.C.

**Concepto C – 275 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Definición ‒ Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición del artículo 33 ‒ Destinatarios / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición ‒ Contratación directa ‒ Alcance – Excepciones / CONTRATO DE TRANSACCIÓN – Noción – Requisitos / CONTRATO DE TRANSACCIÓN – Mecanismo alternativo de resolución de conflictos – Entidades Estatales / CONTRATO DE TRANSACCIÓN – Saneamiento financiero del sector salud – Ley 1955 de 2019 – Artículo 238 – Alcance de la competencia consultiva |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20220324002922 |

Estimada señora doctora Liévano Cantor,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 24 de marzo de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta: «[…] acudimos a su despacho con el fin de que emita concepto respecto del contrato de transacción que suscriben las entidades territoriales en el marco del artículo 238 de la Ley 1955 de 2019, en el que se establezca si estos están incluidos en la modalidad de contratación directa y por ende sujetos en su celebración a la restricción contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta que una entidad territorial consultó sobre el particular».

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o realizar asesorías sobre los mismos desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre asuntos que no se encuentran del ámbito de la competencia consultiva, como, por ejemplo, la interpretación de normas relacionadas con saneamiento financiero del sector salud en las entidades territoriales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a las entidades responsables de las respectivas actuaciones administrativa y negocios jurídicos, y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal relevantes para el asunto. Para esto se analizarán los siguientes temas: i) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales: alcance de las restricciones, ii) restricciones en elecciones presidenciales, iii) destinatarios de la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, y iv) procedencia de la celebración de contratos de transacción en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente, en los conceptos 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 4 de diciembre de 2021, C-695 del 22 de diciembre de 2021, C-015 del 12 de enero de 2022, C-037 del 21 de enero de 2022, C-107 del 18 de marzo de 2022, C-122 del 18 de marzo de 2022 y C-156 del 28 de marzo de 2022, estudió el ámbito de aplicación de la Ley 996 de 2005 y la restricción específica contenida en sus artículos 33 y 38. Particularmente, en los conceptos C-003 y C-004 del 1 de abril de 2022 se estudió la posibilidad de celebrar contratos de transacción durante los periodos en los que rige la restricción contemplada en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005. Los argumentos y consideraciones expuestos en los conceptos mencionados se reiteran y se complementan en lo pertinente:

**2.1. Definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales: alcance de las restricciones**

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública*.* Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y en cuanto a aspectos políticos establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[1]](#footnote-1).

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial[[2]](#footnote-2). En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales, en los siguientes términos:

«[…] 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.[[3]](#footnote-3) »

En este contexto, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes y paralelamente se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Por ello, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al analizar la referida ley, precisó lo siguiente:

«No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[[4]](#footnote-4) y del Consejo de Estado[[5]](#footnote-5), 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 legislador[[6]](#footnote-6).»

De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Así, con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos. Específicamente, las restricciones consagradas en la citada ley se dirigen a dos (2) tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial.

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe «[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»[[7]](#footnote-7).

De otra parte, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, 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»[[8]](#footnote-8). La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aclarado la distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate. Al respecto, considera que:

«La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.[[9]](#footnote-9) »

De conformidad con lo anterior, la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. *En primer lugar*, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. *En segundo lugar*, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

Ambas restricciones no son excluyentes, lo que permite concluir que en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas sólo deben aplicar las restricciones contenidas en el 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 éstos –estando en ejercicio de su cargo– manifiesten el interés de ser candidato presidencial, lo cual debe ocurrir seis meses antes de la elección en primera vuelta, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 996 de 2005. Sin embargo, el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional, relacionado con el momento en que estas restricciones empiezan a regir para el Presidente y el Vicepresidente de la República, ha perdido vigencia ante la prohibición de la reelección presidencial, restablecida por el Acto Legislativo 2 de 2015, excepto para el Vicepresidente que no haya ejercido la presidencia o que la haya ejercido por un tiempo inferior a tres (3) meses durante el respectivo cuatrienio, en forma continua o discontinua, conforme al artículo 197 de la Constitución Política.

**2.2. Restricciones en elecciones presidenciales**

El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión «queda prohibida la contratación directa». A propósito de esta restricción de la Ley de Garantías Electorales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que:

«La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública[[10]](#footnote-10).

Esta Sala ha entendido que, para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado ´contratación directa´ es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso[[11]](#footnote-11). Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas. [...][[12]](#footnote-12) . »

De conformidad con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos u otros previstos en normas especiales. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos[[13]](#footnote-13) y sistematizó las causales de contratación directa[[14]](#footnote-14).

De esta forma, con fundamento en la evolución de la normativa sobre la contratación pública, se ha depurado la noción de «contratación directa», precisando el Consejo de Estado –en el concepto citado– que, «aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado[[15]](#footnote-15), han establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes».

En efecto, vale la pena mencionar que, en algunos sistemas de contratación, utilizados por entidades públicas con regímenes especiales, o sujetas al derecho privado, la convocatoria o invitación para contratar puede limitarse a aquellas personas que previamente se hayan inscrito en una lista de precalificados o de simples interesados, o en un determinado registro o banco de datos de proveedores. En estos casos, lo determinante para considerar que dicho sistema no constituye «contratación directa», es que la convocatoria para inscribirse en forma previa se haga de manera pública, y que se permita la participación de una pluralidad de oferentes[[16]](#footnote-16).

Como se advierte de lo anterior, el Consejo de Estado realiza una interpretación amplia de la contratación directa, para efectos de aplicar las restricciones establecidas en la Ley de Garantías, al señalar que no solo aplica frente a las entidades sometidas al Estatuto general de Contratación de la Administración Pública, sino también frente a las entidades que tengan un régimen especial de contratación. No obstante, también se observa que luego de la expedición de Ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado comenzó a delimitar con mayor precisión el término de «contratación directa».

Así las cosas, ha de entenderse que, para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes[[17]](#footnote-17).

De lo anterior se desprende que la restricción aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

De otro lado, las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas de manera taxativa en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en lo referente a i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Es responsabilidad del respectivo ente del Estado, examinar en cada caso la naturaleza de las actividades que adelanta y determinar si las mismas se enmarcan en alguna de las mencionadas excepciones, de manera que se le permita realizar la contratación que necesite en forma directa.

En esta labor es importante tener en cuenta, como lo anotó la Corte Constitucional, en Sentencia C-1153 de noviembre 11 de 2005, que «si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos, cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación»[[18]](#footnote-18). De ahí que la Corte haya hecho particular énfasis en que las excepciones a la restricción protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas, que tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre los candidatos como garantía electoral.

**2.3. Destinatarios de la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005**

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El Consejo de Estado, en Concepto con radicado 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, consideró que:

«El artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica incluso a las entidades estatales con régimen especial de contratación y que están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como por ejemplo los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma[[19]](#footnote-19).»

Por lo tanto, la restricción prevista en la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta la finalidad de la ley de garantías electorales, cobija a cualquier ente público que pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos en las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular en las contiendas electorales, se puede presentar tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por el derecho privado.

**2.4. Procedencia de la celebración de contratos de transacción en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales**

La transacción es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos de carácter *autocompositivo*, por el cual las partes involucradas en una controversia acuerdan directamente la forma de resolverla. Es decir, solucionan el conflicto por voluntad propia –efectuando concesiones recíprocas– y no por la imposición de un tercero. De ahí que la transacción revista los rasgos de un *negocio jurídico* o *contrato*, pues es un acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones[[20]](#footnote-20). Esto diferencia a la transacción de los mecanismos *heterocompositivos*, en los que un sujeto distinto a las partes decide con autoridad de cosa juzgada a cuál de ellas le asiste la razón.

El artículo 2469 del Código Civil define la transacción como «[…] un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual». Adicionalmente, los artículos 2470 a 2487 establecen los requisitos del contrato de transacción, entre los que se destacan los siguientes: i) solo procede sobre derechos inciertos y discutibles; ii) las partes deben tener capacidad para disponer del objeto del negocio jurídico, lo que no obsta para que se otorgue poder mediante la celebración de un contrato de mandato; iii) no puede versar sobre materias prohibidas, como el estado civil de las personas, derechos ajenos o que no existen y iv) únicamente surte efecto entre las partes. Además, el numeral 3 del artículo 1625 del mismo Código prevé la transacción como uno de los modos de extinción de las obligaciones[[21]](#footnote-21).

Como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, la transacción puede ser *judicial* o *extrajudicial*, dependiendo de si se da o no para terminar un proceso judicial vigente. El artículo 2469 del Código Civil es el fundamento jurídico de la transacción extrajudicial, pues indica que mediante este contrato las partes «[…] terminan extrajudicialmente un litigio pendiente *o precaven un litigio eventual*» (cursiva fuera de texto). A su vez, los códigos procesales han reconocido la transacción judicial como forma de terminación anticipada de los litigios. Por ejemplo, el artículo 176 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– establece que el proceso judicial puede terminar por transacción[[22]](#footnote-22). De la misma manera, el artículo 103 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional –Ley 1563 de 2012– permite la terminación del proceso arbitral por transacción entre las partes[[23]](#footnote-23). El artículo 313 del Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012–, por su parte, dispone que «Los representantes de la nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso»; pero esta última norma –valga resaltar– solo aplica en los procesos jurisdiccionales conforme lo determina el objeto del mismo Código General del Proceso.

En el ámbito de la contratación estatal, la jurisprudencia del Consejo de Estado[[24]](#footnote-24) y la doctrina[[25]](#footnote-25) han reconocido la procedencia de la transacción extrajudicial, como mecanismo apropiado para precaver litigios eventuales o para resolver controversias entre las entidades estatales y sus contratistas. La Subdirección de Gestión Contractual está de acuerdo con dicha postura, pues tanto en las normas civiles como en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentra la habilitación legal para que las entidades públicas celebren contratos de transacción. Más aún, los órganos del Estado que se rigen por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, no solo tienen la facultad de transigir, sino que además están obligados a resolver oportunamente las controversias contractuales, para evitar que los conflictos escalen y se generen consecuencias jurídicas y pecuniarias más gravosas para el erario.

Para ilustrar mejor lo anterior, conviene señalar que la transacción se encuentra consagrada en varias disposiciones de la Ley 80 de 1993, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos al que pueden acudir las entidades estatales y los contratistas para poner fin a sus diferencias o precaver litigios eventuales. Como muestra de ello, el numeral 9 del artículo 4 *ibidem* establece que las entidades estatales «Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista» y que «Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse». En otras palabras, es deber de las entidades estatales buscar la solución oportuna de las controversias, para evitar que estas cada vez se tornen más complejas. Con ello se logran reducir los litigios y, por lo tanto, la congestión judicial. Además, la resolución rápida de una situación controversial impide que se incrementen los perjuicios de la parte afectada y que el Estado tenga que soportar condenas cuantiosas en el escenario jurisdiccional.

Por otra parte, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 reconoce la procedencia de la transacción en la etapa de liquidación del contrato, estableciendo que «En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo». Los beneficios de la transacción en el acta de liquidación bilateral han sido puestos de presente por la doctrina, afirmando que aquella «[…] es un verdadero negocio jurídico que envuelve una transacción, es decir, con su suscripción, cada una de las partes puede tener certeza de la finalización de la relación negocial. Además, los principios de buena fe y del respeto del acto propio guían la ejecución de los contratos, por lo cual si una parte no manifestó explícitamente los motivos de su inconformidad no le es dable volver judicialmente sobre un acto en el que pareció expresar su conformidad con la forma en que quedó finiquitada la relación negocial»[[26]](#footnote-26).

Adicionalmente, el numeral 5 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone que, en virtud del principio de economía, deben adoptarse «[…] procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten». Por otra parte, los artículos 32 y 40 permiten a las entidades estatales celebrar todos los contratos que tengan su fuente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como en las normas civiles y comerciales. Siendo la transacción un contrato consagrado en el artículo 2469 del Código Civil, es un negocio jurídico que las entidades estatales pueden celebrar en el marco de la ejecución de otro contrato. Además, como se indicó, el artículo 1625, numeral 3, del Código Civil establece que la transacción es un modo de extinguir las obligaciones. Esta norma también resulta aplicable en la contratación estatal, en virtud de la remisión a las normas civiles que realiza el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según el cual «Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley».

Por tal razón, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido desde hace varios años que «Con esta perspectiva, la Sala no ha dudado en la procedencia de la celebración de transacciones bajo el imperio de las normas civiles por parte de entidades estatales, con la sola diferencia que en materia de contratación estatal el contrato es solemne y no consensual (arts. 39 y 41 de la ley 80 de 1993). Máxime cuando, como lo ha señalado la doctrina, la resolución de conflictos es un deber de la Administración contratante, la cual a la luz de la ley 80 de 1993 goza de cierta autonomía en la solución de sus eventuales litigios contractuales»[[27]](#footnote-27).

La transacción se ha destacado, así como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que aporta beneficios a las partes del contrato estatal, cuando se realiza de manera adecuada. En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que «[…] uno de los principales efectos que genera el acuerdo transaccional es el de cosa juzgada, por el pacto de voluntades; en consecuencia, cuando se transa sobre la totalidad de los asuntos discutidos, las partes no pueden reavivar el conflicto acudiendo a la jurisdicción o, en caso de que haya un proceso judicial en curso, habrá lugar a la terminación anormal del mismo»[[28]](#footnote-28). Adicionalmente, se ha indicado que la transacción es un modo válido de llegar a acuerdos sobre los aspectos económicos del contrato estatal[[29]](#footnote-29), sin afectar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público[[30]](#footnote-30). Específicamente, el Consejo de Estado también ha concebido la transacción como un mecanismo adecuado para restablecer el equilibrio económico del contrato, en cumplimiento del mandato contenido en el numeral 9 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993[[31]](#footnote-31).

Sin embargo, para que la transacción reporte ventajas a las partes, debe satisfacer las exigencias decantadas por la jurisprudencia. Según el Consejo de Estado: «[…] jurisprudencialmente se ha agregado como elemento esencial de la transacción, las concesiones o sacrificios recíprocos entre las partes»[[32]](#footnote-32), es decir, el arreglo directo no puede «[…] mostrarse abiertamente desproporcionado». Este elemento también ha sido determinante para la justicia arbitral, pues en el evento en el que se celebre un contrato de transacción donde no se pactan concesiones recíprocas entre las partes, se está ante una figura jurídica diferente a la transacción[[33]](#footnote-33), como por ejemplo una modificación de común acuerdo del contrato estatal. Por lo tanto, el acuerdo transaccional no puede implicar un reconocimiento exorbitante para el contratista, que no tenga ningún sustento, ni una renuncia infundada para la entidad estatal a reclamar la indemnización de los perjuicios que le hayan sido causados. Debe ser, por el contrario, un arreglo basado en elementos objetivos que permitan justificar la utilización de este mecanismo .[[34]](#footnote-34)

Por otra parte, aunque la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, es factible demandar su nulidad o rescisión, de conformidad a los artículos 2476 a 2482 del Código Civil, así como por las causales generales de nulidad previstas en los artículos 1740 a 1756 *ibidem*. Teniendo en cuenta que el contrato de transacción se enmarca en la definición de contrato estatal –pues se trata de un acto jurídico generador de obligaciones celebrado por una entidad estatal[[35]](#footnote-35)–, el medio de control que debe emplearse en este caso es el de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del CPACA[[36]](#footnote-36).

El contrato de transacción debe suscribirlo «[…] quien tenga la representación legal de la entidad, quien es el único que tiene la competencia para vincularla contractualmente y debe cumplir con las formalidades previstas en la ley para su procedencia, entre ellas las autorizaciones de ley»[[37]](#footnote-37). No obstante, el artículo 313 del Código General del Proceso, dispone que «Los representantes de la nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso»; sin embargo, la norma solo aplica cuando la transacción se realiza en el trámite de un proceso jurisdiccional conforme lo determina el objeto del mismo Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, la transacción es una modalidad contractual que en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden celebrar las entidades estatales con el objeto de precaver litigios eventuales, esto con sustento en la remisión general a las normas civiles y comerciales establecida en el artículo 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. De hecho, el acuerdo transaccional es un mecanismo mediante el cual las entidades estatales pueden cumplir con deberes que derivan de normas como los artículos 4.9 y 25.5 de la Ley 80 de 1993, que establecen que las entidades deben precaver eventuales litigios, y en general, actuar de manera tal que se solucionen de manera pronta las controversias que se presenten en la ejecución de los procesos contractuales. Esto sin mencionar el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, que establecen el acta de liquidación bilateral como un documento en el que deben constar los *«[…] acuerdos, conciliaciones y transacciones»* entre las partes de un contrato.

En cuanto a la posibilidad de que las entidades estatales suscriban transacciones en periodos preelectorales, debe advertirse que la misma estaría condicionada por las restricciones contractuales de la Ley de Garantías Electorales, comoquiera que, al tratarse de acuerdos sometidos a formalidades de la contratación pública, podrían serles aplicables algunas de las mencionadas prohibiciones. Esto supone que, la suscripción de un contrato de transacción en la víspera de comicios electorales solo resulta viable si, consultado el objeto y contenido de la misma, se logra establecer que el acuerdo transaccional no se encuentra dentro del ámbito material de las restricciones explicadas en los numerales anteriores. Ahora, para establecer si la celebración de un determinado contrato de transacción se encuentra o no limitada por alguna de las restricciones de la Ley 996 de 2005, es preciso verificar si en virtud de las condiciones y particularidades del mismo le resultan aplicables las referidas prohibiciones.

En lo referente a la restricción del artículo 33, la ausencia de pluralidad de oferentes propia del contrato de transacción constituye un asunto importante a considerar, en la medida en que de entrada genera interrogantes sobre la posibilidad de celebrar estos acuerdos en vigencia de esta prohibición. Esto considerando que, dada la naturaleza de estos contratos, dirigida a solucionar o precaver controversias que se tienen con sujetos determinados, necesariamente deben suscribirse de manera directa con quien existe el conflicto, sin que se presente posibilidad de pluralidad de oferentes.

Sin embargo, lo anterior no significa que todas las transacciones que están en condiciones de celebrar las entidades estatales necesariamente estén limitadas por la restricción del artículo 33. Por ejemplo, tratándose de transacciones tendientes a modificar o extinguir derechos u obligaciones derivados de contratos estatales vigentes, esta Agencia considera que bien podrían suscribirse, aun en vigencia de la referida prohibición, en el entendido que, en estos supuestos, antes que suscribirse un nuevo contrato de manera directa, lo que se hace es modificar el contenido de uno ya vigente, con el propósito de precaver eventuales litigios o controversias entre las partes. Lo mismo podría predicarse de las transacciones realizadas mediante la suscripción de actas de liquidación bilateral, en las que tampoco existe la suscripción de un nuevo contrato, sino que se realizan concesiones recíprocas con el objeto de declarar el paz y salvo entre las partes.

Es necesario tener en cuenta que, respecto de la celebración de actos como adiciones, modificaciones, cesiones o prórrogas de contratos estatales en vigencia de la restricción del artículo 33, se ha pronunciado 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, al igual que en la Circular Externa Única vigente, en las que reiteradamente se ha avalado la posibilidad de que tales actuaciones tengan lugar en periodos prelectorales, sin que con ello se transgredan las restricciones explicadas, siempre que se cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad[[38]](#footnote-38). Dicha postura parte de la base de que actuaciones como las prórrogas, modificaciones y adiciones de contratos vigentes, no suponen la celebración de un nuevo contrato, por lo que no entrarían dentro del supuesto de contratación directa que prohíbe el artículo 33. Esta interpretación ha sido sostenida por entidades como 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[[39]](#footnote-39), así como el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública, quienes recientemente expidieron la Circular Conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021[[40]](#footnote-40), en la que puntualizan que la celebración de adiciones, prorrogas y cesiones no estarían prohibidas por la Ley de Garantías Electorales[[41]](#footnote-41).

Estas consideraciones sobre la celebración de los actos jurídicos mencionados modificaciones, cesiones, y prórrogas se estiman relevantes para resolver la presente consulta*,* dado que, así como tales negocios jurídicos, celebrados respecto de contratos vigentes, no implican la celebración de un nuevo contrato de manera directa, tampoco lo implicaría la suscripción de acuerdos transaccionales referidos a contratos cuya ejecución no ha finalizado y que fueron debidamente perfeccionados antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones contenidas en la Ley de Garantías Electorales. En ese sentido, al presentarse *mutatis mutandis* las mismas circunstancias respecto de los mencionados negocios jurídicos, la conclusión sobre la posibilidad de su celebración en vigencia de la restricción del artículo 33 habría de ser la misma. Esto significa que no está dentro de la prohibición citada los acuerdos transaccionales respecto de obligaciones o derechos derivados de contratos vigentes perfeccionados antes del inicio del período en que rige la prohibición.

De igual forma, la Agencia considera que, en estos casos, en los que se acude a la transacción para precaver un litigio o definir una controversia originada en un contrato estatal, no resultaría aplicable la restricción del artículo 33, en la medida en que no se está celebrando un nuevo negocio jurídico de manera directa, sino que se acude a un mecanismo alternativo de resolución de conflictos de carácter autocompositivopara modificar las condiciones de un contrato ya celebrado. Conforme a lo anterior, tampoco habría lugar a la aplicación de las excepciones establecidas en el artículo citado, en la medida en que estas transacciones no están cobijadas por la prohibición y, por lo tanto, tampoco por sus excepciones.

En virtud de lo anterior, también es posible afirmar que la celebración de acuerdos transaccionales entre entidades estatales, referidos a convenios interadministrativos ya perfeccionados, tampoco vulnera la restricción del parágrafo del artículo 38. Esto en la medida en que, la suscripción de estos negocios jurídicos no significaría dar origen a nuevos convenios interadministrativos, que es lo prohibido por la norma. Por consiguiente, eventos en los que entes territoriales o entidades descentralizadas del nivel territorial se valen de la transacción para modificar o variar el contenido de derechos, obligaciones o prestaciones que devienen de contratos interadministrativos, con el fin de precaver litigios o solucionar controversias con otras entidades estatales, no entran dentro del ámbito material de la restricción del primer inciso del parágrafo del artículo 38, por lo que podrían ser celebrados durante los periodos preelectorales, incluso de manera directa, ya que, por lo expuesto en párrafos anteriores, tampoco aplica la restricción del artículo 33.

Ahora bien, el artículo 238 de la Ley 1955 de 2019 mencionado en la consulta propicia el saneamiento financiero del sector salud en las entidades territoriales, propósito en favor del cual, en primer lugar, se establecen una serie de reglas para el saneamiento definitivo de las cuentas de servicios y tecnologías en salud no financiadas por la UPC del régimen subsidiado prestados hasta el 31 de diciembre de 2019[[42]](#footnote-42). La norma contempla la posibilidad de que la Nación cofinancie el pago de las deudas de los servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la UPC del régimen subsidiado que agoten el procedimiento descrito en este artículo, siem­pre y cuando se cumplan –entre otros– el siguiente requisito: «[…] b) *Que la entidad territorial suscriba un contrato de transacción con* la entidad acreedora» (Énfasis fuera de texto).  Si bien la disposición establece una serie de reglas a las que deben ajustarse la suscripción de estos acuerdos transaccionales, lo cierto es que tales reglas son formuladas como condición para acceder a la cofinanciación por parte de la Nación, más no se relacionan con elementos normativos o negociales del contrato de transacción propiamente dicho.

Visto lo anterior, esta Agencia advierte que el artículo 238 de la Ley 1955 de 2019 es una disposición dirigida a las entidades del sector salud, que sin perjuicio de la posibilidad de celebración de contratos de transacción que contempla, no hace parte del sistema de compras públicas ni del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En virtud de esto, establecer la viabilidad de suscribir contratos en aplicación de esta norma escapa del ámbito de la competencia consultiva atribuida a esta Agencia, máxime aun considerando que las acreencias respecto de los cuales la norma establece el contrato de transacción no tienen origen en contratos estatales, sino en la prestación de servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la UPC del régimen subsidiado.

En conclusión, en concordancia con lo expresado *ut* *supra,* es conveniente señalar que, la determinación de la viabilidad de la suscripción de un acuerdo de transacción en vigencia de la Ley de Garantías Electorales, en una circunstancia particular y concreta, es un asunto que sobrepasa los límites de la función consultiva. Esto en la medida en que el ejercicio de dicha atribución no puede prestarse para la validación de las actuaciones de los partícipes del sistema de compra pública, ni mucho menos para reemplazar los órganos asesores jurídicos de cada entidad estatal. Por ello, lo expuesto en este concepto son consideraciones que recogen de manera general la postura de la Agencia, en lo relativo al tema objeto de consulta, que no eximen a las entidades estatales de hacer los estudios y análisis requeridos en el marco de cada una de las actuaciones que adelantan, considerando los aspectos particulares del negocio jurídico o procedimiento respectivo.

**3. Respuesta**

«[…] acudimos a su despacho con el fin de que emita concepto respecto del contrato de transacción que suscriben las entidades territoriales en el marco del artículo 238 de la Ley 1955 de 2019, en el que se establezca si estos están incluidos en la modalidad de contratación directa y por ende sujetos en su celebración a la restricción contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta que una entidad territorial consultó sobre el particular».

De conformidad con lo expuesto, las competencias atribuidas por los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011 a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente solo le permiten resolver consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre la aplicación de normas de carácter general en material de contratación pública. La resolución de casos particulares y la validación de actuaciones de las entidades estatales son asuntos que escapan del alcance dicha competencia consultiva, por lo que incumben en principio a las entidades que adelantan los procedimientos de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. En el mismo sentido, la competencia consultiva atribuida a esta Agencia no se extiende a la resolución de consultas relacionadas con la aplicación de normas del sector salud, como es el caso del artículo 238 de la Ley 1955 de 2019, máxime aun considerando que esta se refiere a acreencias que no deriven de contratos estatales, sino de la prestación de servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la UPC del régimen subsidiado.

Sin perjuicio de lo anterior, sobre el objeto de su consulta, dentro de los límites de la referida función consultiva, se advierte de manera general que, la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. *En primer lugar*, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las excepciones contempladas en el inciso segundo del mismo artículo. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que solo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. *En segundo lugar*, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

Ambas restricciones no son excluyentes, lo que permite concluir que en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas solo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38. Lo anterior, sin perjuicio de la modificación introducida por la Ley 2159 de 2021 a esta última norma.

En ese contexto, 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 con otras entidades estatales dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones legislativas, en los que se pretenda ejecutar recursos públicos. Lo anterior, en razón a la prohibición del parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías.

Por otra parte, a todos los entes del Estado les queda prohibido celebrar contratos con otras entidades estatales o con particulares, bajo la modalidad de contratación directa, durante los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Esto, en virtud de la restricción a la contratación pública del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, la cual aplica a cualquier procedimiento sin pluralidad de oferentes, sin importar de que se trate de un contrato que involucre o no la ejecución de recursos públicos.

Lo anterior, sin perjuicio de la verificación que deben realizar las entidades estatales frente el alcance y ámbito de aplicación de cada una de las excepciones previstas en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en lo referente a: i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias; con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia.

Por otro lado, de acuerdo con lo considerado, la transacción es una modalidad contractual a la que válidamente pueden acudir las entidades estatales, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y la remisión a las normas civiles comerciales realizada por los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993. La posibilidad de suscribir estos contratos en vigencia de las restricciones contractuales establecidas en la Ley 996 de 2005, debe ser determinada por las entidades estatales, a quienes les corresponde determinar si las particularidades del respectivo acuerdo transaccional lo ubican dentro del ámbito material de alguna de las mencionadas restricciones.

En cuanto a la restricción del artículo 33, la ausencia de pluralidad de oferentes propia de los contratos de transacción es un asunto de relevancia, en la medida en que puede significar la inviabilidad de celebrar el respectivo contrato. Esto comoquiera que, en atención al propósito de este tipo de contratos, dirigido solucionar o precaver controversias con sujetos determinados, necesariamente se suscriben de manera directa con quien existe el conflicto, excluyendo posibilidad alguna para pluralidad.

No obstante, dicha falta de pluralidad no significa que todas las transacciones que están en condiciones de celebrar las entidades estatales estén limitadas por la restricción del artículo 33, ya que los acuerdos transaccionales no siempre suponen la celebración de un nuevo contrato de manera directa. Esto ocurre, particularmente, cuando se acude a la transacción como mecanismo alternativo para la solución de conflictos, buscando modificar a través de la misma el contenido de un contrato perfeccionado antes de la entrada en vigor de la restricción con el propósito de salvaguardar los intereses de las partes, caso en el que se estima viable suscribir la transacción sin que se incurra en una vulneración de la prohibición del artículo 33. Esto parte de la base que, eventos en los que se suscriben actos bilaterales en los que se hacen concesiones recíprocas respecto de contratos ya celebrados, no entrañan la celebración directa de nuevos negocios jurídicos, por lo que a estos no les resultaría aplicable la restricción del primer inciso del artículo 33, y, por sustracción de materia, tampoco las excepciones del inciso final. Lo mismo podría predicarse de las transacciones realizadas en actas de liquidación bilateral, en las que tampoco se da lugar a la suscripción de un nuevo contrato, sino que se realizan concesiones recíprocas con el objeto de poder declarar el paz y salvo entre las partes.

Esta interpretación se sustenta en el mismo presupuesto del que parten 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 de la Procuraduría General de la Nación, la Circular Conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021 del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Circular Externa Única expedida por esta Agencia, para avalar la suscripción de cesiones, adiciones o prórrogas de contratos en vigencia de las prohibiciones contractuales de Ley de Garantías Electorales. En concordancia con lo establecido en dichas circulares se estima que, del mismo modo en que resulta posible suscribir cesiones, adiciones o prórrogas a pesar de estar cursando el periodo durante el que rigen las mencionadas restricciones contractuales, es válido suscribir transacciones en dicho período, siempre que se deriven de contratos ya perfeccionados, en el entendido de que tales actuaciones no suponen una nueva relación contractual originada de manera directa en un período prelectoral.

Con base en lo anterior, también se estima que la celebración de acuerdos transaccionales entre entidades estatales referidos a convenios interadministrativos ya perfeccionados tampoco vulnera la restricción del parágrafo del artículo 38. Esto comoquiera que, tales transacciones no suponen dar origen a nuevos convenios interadministrativos, que es la actuación prohibida por el inciso primero del parágrafo del artículo 38. Conforme a lo considerado, al celebrarse transacciones entre entidades estatales, tendientes a precaver litigios relativos a contratos interadministrativos, no se incurre en el supuesto prohibido por esta última norma, en la medida en que lo que allí tiene lugar no es la suscripción de un nuevo convenio, sino la modificación de las condiciones de uno preexistente, mediante un mecanismo alternativo de solución de conflictos de carácter autocompositivo, cuya suscripción no se encuentra proscrita. Conforme a esto, así como en las mencionadas circulares se considera valida la celebración de prórrogas, adiciones o modificaciones de convenios interadministrativos, en vigencia de la Ley de Garantías, se estima viable suscribir transacciones sobre dicho tipo de contratos en periodos preelectorales, sin que con ello se vulnere la restricción del inciso primero del parágrafo del artículo 38.

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 T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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». [↑](#footnote-ref-1)
2. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, 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. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-6)
7. «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». [↑](#footnote-ref-7)
8. «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». [↑](#footnote-ref-8)
9. 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). [↑](#footnote-ref-9)
10. «[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-». [↑](#footnote-ref-10)
11. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-12)
13. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-14)
15. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de mayo de 2018. Radicación Número: 11001-03-06-000-2018-00095-00(2382). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-17)
18. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153-05 de 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, efectuó el Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara que dio lugar a la Ley de Garantías Electorales. [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Conceptuó que para las entidades que contratan por el derecho privado, estaba prohibida la contratación diferente de la licitación pública regulada por el código de comercio, criterio que luego se extendió para aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas con regímenes especiales y establecidos en sus manuales de contratación, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes. [↑](#footnote-ref-19)
20. Procuraduría General de la Nación. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia. MASC. Estudios, caracterización y compilación normativa y jurisprudencial. Tomo III, p. 53. En: <https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/img/noticias/Los%20mecanismos%20alternativos%20%20de%20soluci%C3%B3n%20de%20conflictos%20en%20Colombia%20+%20MASC.pdf> [↑](#footnote-ref-20)
21. La redacción del artículo 1.625 es la siguiente: «Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

    »Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

    »1o.) Por la solución o pago efectivo.

    »2o.) Por la novación.

    »3o.) Por la transacción.

    »4o.) Por la remisión.

    »5o.) Por la compensación.

    »6o.) Por la confusión.

    »7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.

    »8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.

    »9o.) Por el evento de la condición resolutoria.

    »10.) Por la prescripción.

    »De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales». [↑](#footnote-ref-21)
22. Así lo indica la norma: «Cuando la pretensión comprenda aspectos que por su naturaleza son conciliables, para allanarse a la demanda la Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional y las demás entidades públicas requerirán previa autorización expresa y escrita del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde o de la autoridad que las represente o a cuyo Despacho estén vinculadas o adscritas. En los casos de órganos u organismos autónomos e independientes, tal autorización deberá expedirla el servidor de mayor jerarquía en la entidad.

    »En el evento de allanamiento se dictará inmediatamente sentencia. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude o colusión o lo pida un tercero que intervenga en el proceso.

    »Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción». [↑](#footnote-ref-22)
23. «Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a una transacción o a una conciliación o mediación que resuelva el litigio, el tribunal dará por terminadas las actuaciones. Caso de que lo pidan ambas partes y el tribunal no se oponga, este verterá en un laudo los términos convenidos por aquellas.

    »Dicho laudo tendrá los mismos efectos que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio». [↑](#footnote-ref-23)
24. Entre las múltiples providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado que han aceptado la transacción como mecanismo de arreglo directo entre las partes en la contratación estatal, pueden consultarse las siguientes, que son las más recientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 2 de octubre de 2020. Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Expediente: 64.066A. / Sentencia del 12 de agosto de 2019. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Expediente: 38.603. / Auto del 8 de mayo de 2019. Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata. Expediente: 41.868 / Sentencia del 2 de marzo de 2017. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 35.818. [↑](#footnote-ref-24)
25. CARRILLO, Fernando y GÓMEZ, Iván. En: Procuraduría General de la Nación, Op. Cit., pp. 53-60. [↑](#footnote-ref-25)
26. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos. En: Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 1, 2009, pp. 18-19. En: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2591 [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de mayo de 2005. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00719-02. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 25 de octubre de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 64.054. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2019. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Expediente: 38.603. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de mayo de 2005. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00719-02. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 14 de febrero de 2019. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente: 60.049. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de junio de 2014. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Expediente: 28.067. [↑](#footnote-ref-32)
33. Laudo arbitral. Tren de Occidente S.A. contra la Agencia Nacional de Infraestructura. Laudo del 14 de febrero del 2014. En palabras del Tribunal «En cualquier caso, la simple renuncia de un derecho por una de las partes sin contraprestación de la otra, no configura un contrato de transacción, sino una categoría contractual diversa». [↑](#footnote-ref-33)
34. Con el fin de dar claridad sobre los eventos en los que no se está propiamente ante una transacción por falta de concesiones recíprocas, se presentan los siguientes ejemplos: i) En un acuerdo donde el contratista acepte realizar obras no previstas inicialmente en el contrato y la entidad contratante reconozca el valor de estas, no se está ante un contrato de transacción, pues la entidad no está concediendo o renunciando a algo. ii) El reconocimiento de gastos adicionales en los que haya incurrido un contratista no corresponde al pacto de concesiones recíprocas, pues se trata simplemente de un reajuste para continuar con la ejecución del contrato. Al respecto véase: Laudo arbitral. Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A. contra Refinería de Cartagena S.A. Laudo del 28 de noviembre de 2018. [↑](#footnote-ref-34)
35. Ley 80 de 1993. Artículo 32. [↑](#footnote-ref-35)
36. El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 consagra lo siguiente: «Artículo 141. Controversias Contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley […]» [↑](#footnote-ref-36)
37. Laudo arbitral. Tren de Occidente S.A. contra la Agencia Nacional de Infraestructura. Laudo del 14 de febrero del 2014. [↑](#footnote-ref-37)
38. La Circular Externa Única vigente 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 de la Ley de Garantías siempre y cuando el contrato se encuentre vigente». [↑](#footnote-ref-38)
39. La Circular No. 007 del 22 de mayo de 2017, 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, 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» . Consultada el 29 de marzo de 2022 en la página web: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/relatoria_normatividad.page> [↑](#footnote-ref-39)
40. En 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, se 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 marzo de 2022 en la página web: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/CIRCULAR%20CONJUNTA%20100-06%20DE%202021.pdf>

    [↑](#footnote-ref-40)
41. Así lo explicó la Agencia en el concepto C-757 del 30 de diciembre de 2021, en el que se sostuvo: «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». Colombia Compra Eficiente. Radicado No. P20211229011856. Radicado de salida No. RS20211230014107.

    [↑](#footnote-ref-41)
42. Ley 1955 de 2019: «Artículo238**.** Saneamiento financiero del sector salud en las entida­des territoriales. Para efectos de lograr el saneamiento definitivo de las cuentas de servicios y tecnologías en salud no financiadas por la UPC del régimen subsidiado prestados hasta el 31 de diciembre de 2019, deberán cumplirse las siguientes reglas:

    [….]

    »Cumplidas las reglas señaladas en los numerales anteriores, la enti­dad territorial procederá a suscribir los acuerdos de pago con las EPS e IPS de acuerdo con la disponibilidad de recursos del fondo constituido según lo dispuesto en los numerales 3 y 4 de este artículo.

    »La Nación podrá cofinanciar el pago de las deudas de los servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la UPC del régimen subsidiado que agoten el procedimiento descrito en este artículo, siem­pre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

    »a) Que se hayan agotado las fuentes de financiación con las que cuenta la entidad territorial para el pago de estas obligaciones. Para el efecto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el apoyo del Ministerio de Salud y Protección Social y del Departamento Nacional de Planeación, evaluará el esfuerzo fiscal de las entidades territoriales para el pago de estos pasi­vos y definirá el monto a financiar premiando a aquellas que hayan realizado mayores esfuerzos.

    »b) Que la entidad territorial suscriba un contrato de transacción con la entidad acreedora que incluya como mínimo:

    »i) La renuncia expresa de la entidad que esté realizando el cobro o recobro a instaurar o desistir de cualquier acción judicial o administrativa relacionada con la solicitud de pago elevada.

    »ii) La obligación de la entidad territorial y la entidad que está realizando el recobro de revelar y depurar en sus estados fi­nancieros los resultados del proceso de verificación y control.

    »iii) La renuncia expresa de la entidad que esté realizando el cobro o recobro a cualquier tipo de interés y otros gastos, indepen­dientemente de su denominación sobre las cuentas presenta­das, al momento de radicarlas por este mecanismo».

    »c) Que el representante legal de la Entidad Territorial certifique los montos resultantes. El Gobierno nacional podrá remitir los resultados de las auditorías a los organismos de control para lo de su competencia.

    Para cofinanciar el pago de las deudas de los servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capitación -UPC- del régimen subsidiado, autorícese al Gobierno nacional a realizar operaciones de crédito en las vigencias 2020 y 2021. La Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, administrará, en una cuenta independiente, el cupo de emisión de deuda que se destine a la atención de las obligaciones de pago originadas en este artículo. Para los efectos previstos en este inciso, la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional estará facultada para realizar las operaciones necesarias en el mercado monetario y de deuda pública. Las operaciones de crédito público no implican operación presupuestal y solo deberá presupuestarse para efectos de su redención y pago de intereses. El Gobierno nacional reglamentará los términos y condiciones en ros cuales operará la cofinanciación de la Nación.

    [↑](#footnote-ref-42)