**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad**

[…] la Ley 996 de 2005 «Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones»,se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ocupa de evitar la injerencia de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Respecto a su finalidad, conforme a la Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005, 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, introduciendo limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos. Siguiendo esta línea, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes, al tiempo que 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. Incluso, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones** **‒ Contratación** **‒ Tipos de elección**

La Ley de Garantías Electorales, para el cumplimiento de los objetivos que dieron lugar a su expedición, fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. No obstante, debe aclararse que estas disposiciones se dirigen a dos tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de otros cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial.Por una parte, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 establece una prohibición que impide «[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias». Por otra parte, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de elección popular, 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»..

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Alcance**

[…] 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. 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES** **‒ Prohibición del artículo 33 de la Ley de garantías ‒ 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.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES** **‒ Excepciones**

[…] 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.

**ADICIÓN, PRÓRROGA Y RENOVACIÓN – Diferencias**

[…] como los estatutos contractuales no establecen una diferencia clara entre los conceptos propuestos, es necesario recurrir a otras disposiciones y aportes doctrinarios para distinguirlos. Como distinción inicial, se tiene que el concepto prórroga está particularmente ligado con la modificación ―ampliación― del plazo de los contratos; las adiciones con el incremento del valor, debido a la inclusión de nuevas obligaciones, sea por la introducción de nuevas actividades o por la ejecución de una mayor cantidad de las pactadas inicialmente; y la renovación con el nacimiento de un nuevo contrato, en condiciones similares o idénticas al contrato inicial.

Estas distinciones guardan relación con el uso común de los conceptos, es decir, no reducido a su significación jurídica. En efecto, el Diccionario de la Lengua Española ―DLE― define la prórroga como: «1. f. Continuación de algo por un tiempo determinado. 2. f. Plazo por el cual se continúa o prorroga algo». Como se observa, la definición indica que la prórroga está asociada a los plazos, lo que implica extender los efectos de algo por un tiempo mayor. Ahora bien, en relación con la adición, el DLE señala que consiste en la acción y efecto de añadir, definiendo añadir como: «1. tr. Agregar, incorporar algo a otra cosa. 2. tr. Aumentar, acrecentar, ampliar». Como se observa, la adición en relación con los contratos implicaría incorporar nuevas obligaciones, lo que en los contratos estatales aparejaría un incremento en la contraprestación, es decir, en el precio. Finalmente, el diccionario indica que la renovación consiste en: «1. tr. Hacer como de nuevo algo, o volverlo a su primer estado 2. tr. Restablecer o reanudar una relación u otra cosa que se había interrumpido (…) 4. tr. Sustituir una cosa vieja, o que ya ha servido, por otra nueva de la misma clase». Como se observa, la renovación consiste en hacer algo de nuevo, de manera que, en principio consistiría en la celebración de un nuevo contrato en condiciones idénticas o similares a un contrato anterior.

**ADICIÓN, PRÓRROGA Y RENOVACIÓN – Posibilidad de suscripción**

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



Señor

**Javier Marulanda Barreto**

Chinchiná, Caldas

 **Concepto C – 428 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Restricciones ‒ Contratación ‒ Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición artículo 33 ‒ Contratación directa ‒ Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición del artículo 33 de la Ley de garantías ‒ Destinatarios / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Excepciones / ADICIÓN, PRÓRROGA Y RENOVACIÓN – Diferencias / ADICIÓN, PRÓRROGA Y RENOVACIÓN – Posibilidad de suscripción  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas P20220519004989 y P20220524005147 (acumuladas) |

Estimado señor Marulanda Barreto:

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 las consultas radicadas el 19 de mayo de 2022.

**1. Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes consultas relacionadas con la Ley de Garantías:

«1. Están incluidas o excluidas las renovaciones de contratos cuya vigencia vence en ley de garantías, pues la norma solo refiere a prorrogas. Debo aclarar que en materia comercial no son aplicables las prórrogas, ni en el sector privado, ni público.

»2. La ley de garantías excluye la celebración de contratos de arrendamiento en entidades del estado que tienen como parte de su objeto social la entrega de bienes en arrendamiento.

»3. Si la regla general de la ley de garantías es la no celebración de contratos nuevos, entonces que puede hacer la entidad estatal que tenga parte de este objeto social, para dar cumplimiento a su finalidad comercial, en la prolongada y reiterativa época de elecciones. Terminales terrestres, marítimos, aeropuertos.

»4. Si no se pueden firmar contratos de arrendamiento en ley de garantías, entonces en qué situación quedan los contratos de arrendamiento cuya vigencia vence en ley de garantía y que requieran renovación, ello recordando que en entidades del estado no hay renovación automática de contratos, ni los contratos de arrendamiento comercial existen las prórrogas.

»5. Finalmente, en que condiciones queda la entidad cuyo objeto social es la entrega de bienes fiscales en arriendo, sino puede cumplir esa parte de su objeto social, durante un muy importante, prolongado tiempo que dure la ley de garantías.».

**2. 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[[1]](#footnote-1). 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 concretos desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos 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 casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

 Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los límites de la competencia consultiva atribuida a esta entidad, se resolverán sus preguntas, previo análisis de los siguientes temas: i) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales, ii) restricciones para elecciones presidenciales, iii) destinatarios de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 y iv) diferencias entre prórroga, adición y renovación de los contratos estatales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha impartido lineamientos sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005, Ley de Garantías Electorales, y también se ha pronunciado al respecto, entre otros, en los Conceptos 4201912000004632 del 6 de agosto de 2019, 2201913000005655 del 8 de agosto de 2019, 2201913000006283 del 27 de agosto de 2019, 2201913000006521 del 3 de septiembre de 2019, 2201913000006634 del 6 de septiembre de 2019, 2201913000006639 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000007430 del 7 de octubre de 2019, 2201913000007565 del 10 de octubre de 2019, 2201913000008259 del 6 de noviembre de 2019, C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021, C-296 del 22 de junio de 2021, C-381 del 02 de julio de 2021, C- 528 del 27 de septiembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021, C-523 del 10 de octubre de 2021, C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-543 del 11 de noviembre de 2021, C-633 del 11 de noviembre de 2021, C-677 del 4 de diciembre de 2021, C-674 del 6 de diciembre de 2021, C-592 del 7 de diciembre de 2021, C-695 del 22 de diciembre de 2021 C-723 del 28 de diciembre de 2021, C-702 del 7 de enero de 2022, C-037 de 21 de enero de 2022, C-726 de 24 de enero de 2022, C-009 del 15 de febrero de 2022, C- 005 del 16 de febrero de 2022, C-079 del 18 de febrero de 2022 y C-216 del 9 de marzo de 2022. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

**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[[2]](#footnote-2). En consonancia con esto, el artículo 152, literal f) establece el deber del Legislador de expedir normas estatutarias que garanticen la igualdad entre los candidatos a la Presidencia de la República[[3]](#footnote-3).

La Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma a este 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[[4]](#footnote-4). 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.[[5]](#footnote-5)

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 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[[6]](#footnote-6) y del Consejo de Estado[[7]](#footnote-7), 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[[8]](#footnote-8).

 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»[[9]](#footnote-9).

Por otro lado, 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»[[10]](#footnote-10). 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.[[11]](#footnote-11)

De lo anterior se desprende 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 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. La restricción a la contratación directa 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[[12]](#footnote-12).

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[[13]](#footnote-13). 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. [...][[14]](#footnote-14) .

De acuerdo 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, el concurso de méritos y la mínima cuantía u otros previstos en normas especiales, que contemplen en alguna de sus etapas la posible participación de pluralidad de oferentes. 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 y sistematizó las causales de contratación directa, además lo es con la posterior creación de la modalidad de mínima cuantía establecida actualmente en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con las modificaciones realizadas por leyes posteriores[[15]](#footnote-15).

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[[16]](#footnote-16), 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[[17]](#footnote-17).

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[[18]](#footnote-18).

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, la selección abreviada y la mínima cuantía razón por la cual en ese período preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

Como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Agencia, las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de los mismos, pueden tener lugar en el período de aplicación de la Ley de Garantías, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

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 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»[[19]](#footnote-19). 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.

En relación con los destinatarios de la restricción analizada, 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. Sobre el particular, 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»[[20]](#footnote-20).

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.

En armonía con lo anterior, es preciso afirmar que, al margen de que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta celebren contratos, para el caso en consulta de arrendamiento, en atención a unas normas especiales, ello no las releva de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, por lo que, en principio, para suscribir un contrato durante el mencionado periodo preelectoral, necesariamente debe acudir a un proceso competitivo, o ampararse en alguna de las excepciones consagradas en el inciso final del citado artículo 33, toda vez que estaría prohibida la celebración de contratos de forma directa, salvo las excepciones indicadas. En todo caso, se aclara que la planeación y los estudios técnicos, jurídicos y económicos, que deben preceder la celebración de cada contrato, y que determinan su viabilidad desde tales perspectivas, son asuntos que competen a las entidades estatales que adelantan los procesos de contratación respectivos, con el apoyo de sus funcionarios y órganos asesores. En tal sentido, cada entidad estatal debe organizar y planificar su actividad contractual teniendo en cuenta las restricciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

**2.3. Diferencias entre prórroga, adición y renovación de los contratos estatales**

La confusión entre estos conceptos se debe al uso indistinto o impreciso realizado por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. De esta manera, el artículo 45 del derogado Decreto 150 de 1976[[21]](#footnote-21), al ocuparse de los contratos adicionales, estableció que las *adiciones* podían efectuarse en relación con el valor o el plazo, de manera que se desarrolló bajo un mismo concepto la posibilidad de modificar el valor o el plazo de los contratos, esto es, mediante *adiciones.*

El derogado Decreto Ley 222 de 1983 conservó la estructura de la norma anterior, al señalar, en el inciso primero del artículo 58, que: «*Las adiciones relacionadas con el valor* quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. *Las relacionadas con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías* […]»[[22]](#footnote-22). De esta manera, pese a que esta disposición en algunos de sus incisos utiliza el concepto prórroga, no contiene una distinción clara entre las adiciones y las prórrogas, en vista de que mediante las *adiciones* puede modificarse tanto el plazo como el valor de los contratos, para dichos eventos el artículo indicado señaló que debía suscribirse un «contrato adicional».

La Ley 80 de 1993 no se refirió en términos generales a la posibilidad de modificar el plazo de los contratos estatales o a la fijación de límites o condiciones de procedencia, como se hizo en los anteriores estatutos de contratación, aunque dicha posibilidad se desprendería de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según el cual «En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes […]»; no obstante, en el inciso segundo del parágrafo del mismo artículo estableció límites a la *adición* de los contratos estatales, indicando que «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales»[[23]](#footnote-23).

 Ahora bien, como los estatutos contractuales no establecen una diferencia clara entre los conceptos propuestos, es necesario recurrir a otras disposiciones y aportes doctrinarios para distinguirlos. Como distinción inicial, se tiene que el concepto *prórroga* está particularmente ligado con la modificación ―ampliación― del plazo de los contratos; las *adiciones* con el incremento del valor, debido a la inclusión de nuevas obligaciones, sea por la introducción de nuevas actividades o por la ejecución de una mayor cantidad de las pactadas inicialmente; y la *renovación* con el nacimiento de un nuevo contrato, en condiciones similares o idénticas al contrato inicial.

Estas distinciones guardan relación con el uso común de los conceptos, es decir, no reducido a su significación jurídica. En efecto, el Diccionario de la Lengua Española ―DLE― define la *prórroga* como: «1. f. Continuación de algo por un tiempo determinado. 2. f. Plazo por el cual se continúa o prorroga algo». Como se observa, la definición indica que la prórroga está asociada a los plazos, lo que implica extender los efectos de algo por un tiempo mayor. Ahora bien, en relación con la *adición*, el DLE señala que consiste en la acción y efecto de añadir, definiendo añadir como: «1. tr. Agregar, incorporar algo a otra cosa. 2. tr. Aumentar, acrecentar, ampliar». Como se observa, la adición en relación con los contratos implicaría incorporar nuevas obligaciones, lo que en los contratos estatales aparejaría un incremento en la contraprestación, es decir, en el precio. Finalmente, el diccionario indica que la *renovación* consiste en: «1. tr. Hacer como de nuevo algo, o volverlo a su primer estado 2. tr. Restablecer o reanudar una relación u otra cosa que se había interrumpido (…) 4. tr. Sustituir una cosa vieja, o que ya ha servido, por otra nueva de la misma clase». Como se observa, la renovación consiste en hacer algo de nuevo, de manera que, en principio consistiría en la celebración de un nuevo contrato en condiciones idénticas o similares a un contrato anterior.

Algunos doctrinantes del contrato estatal se han esforzado en señalar las diferencias entre los conceptos de *adición* y *prórroga*, que son comúnmente utilizados en estos contratos; no así en relación con el concepto de *renovación*, cuya diferencia con la prórroga es desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina del derecho privado, en vista de que aquel concepto es propio de los contratos de arrendamiento, concluyendo que la prórroga consiste en extender los efectos de un contrato por un término mayor, es decir, prorrogar el mismo contrato; mientras que la renovación consiste en la celebración de un nuevo contrato, al indicar que «el renovado es uno nuevo». En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 8 de octubre de 1997, exp. 4.818 (M.P. Pedro Lafont Pianetta), indicó:

El derecho a la *renovación* del contrato para el [comerciante](http://www.gerencie.com/quienes-son-comerciantes.html) que haya ocupado el inmueble con un mismo establecimiento mercantil por lapso no inferior a dos años consecutivos, derecho este respecto del cual, precisó la Corte en sentencia de su sala Plena proferida el 20 de noviembre de 1971, que no ha de confundirse con la prórroga del contrato, pues *el renovado es uno nuevo, que puede acordarse o celebrarse con sujeción a las circunstancias especialmente en cuanto a*[*precio*](http://www.gerencie.com/precio.html)*y utilización de la cosa arrendada*[[24]](#footnote-24). (Cursiva fuera de texto)

Establecidas las líneas de distinción entre la prórroga y la renovación, es necesario hacer lo propio entre aquel y la adición. Como se indicó, este tema ha tenido gran trascendencia en los contratos estatales, pese a que suelen utilizarse indistintamente, para referirse a diferentes modificaciones del contrato estatal. La doctrina sintetiza dicha distinción al indicar que:

[…] la norma lo que autoriza es la *prórroga* del contrato de interventoría, cuando simplemente debió decir *adición,* porque en sentido jurídico-técnico aquella supone la reproducción de las obligaciones del contrato inicial para un nuevo plazo ―como acontece con el contrato de arrendamiento o el laboral―, mientras que la adición supone agregar obligaciones al contrato principal ―de las mismas pactadas o de otras distintas―, con o sin un nuevo plazo para su ejecución[[25]](#footnote-25).

De esta manera, la adición, al estar relacionada con agregar obligaciones al contrato principal, y dado el carácter oneroso de los contratos estatales implica un aumento del valor del contrato y, como se señala en la cita, puede traer como consecuencia que se aumente el plazo del contrato ―esto se debe a que esas obligaciones pueden necesitar un término adicional para ejecutarse―, pero no es necesario que ello ocurra, lo que dependerá del caso concreto. Ahora bien, la prórroga tiene una relación directa con el incremento del plazo del contrato, extendiendo los efectos de aquel por un término diferente.

En sentido similar a lo expuesto, DÁVILA VINUEZA vincula la prórroga con el incremento del plazo y señala que no necesariamente implica un aumento en el valor del contrato, aunque podría hacerlo. Al respecto afirma: «[…] por medio de la prórroga el plazo de cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato se desplaza en el tiempo. Per se no implica aumento de valor ya que el objeto contratado no se altera. Cosa diferente es que el aumento del plazo por razones no imputables al contratista en muchas ocasiones genera un mayor costo que debe ser reconocido, siendo, entonces, el mayor plazo la causa del mayor valor. Este deberá ser aceptado para mantener a salvo la ecuación financiera del contrato»[[26]](#footnote-26).

 Teniendo en cuenta las precisiones anteriores, expresadas en ocasiones anteriores por esta Agencia, resulta importante resaltar la particularidad que implica la *renovación*, que incluso es advertida por el peticionario en su solicitud, en el sentido de que la renovación implica la celebración de un nuevo contrato. En tales términos, como se precisará en el siguiente numeral, esta Agencia, de acuerdo con las precisiones realizadas en torno al contenido del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales considera que la celebración de estos contratos haría parte de la prohibición, sin perjuicio de las excepciones establecidas en el inciso segundo de dicho artículo.

**2.3. Análisis de la posibilidad de suscribir prórrogas, adiciones, modificaciones y cesiones de contratos**

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

De hecho, esta fue la postura que asumió en su momento Colombia Compra Eficiente en la Circular No. 3 del 16 de agosto de 2013, expedida con el fin de establecer unas pautas para el cumplimiento de las restricciones a la contratación pública establecidas en la Ley 996 de 2005, en los meses anteriores a las elecciones presidenciales que tuvieron lugar en el 2014. En el texto de la mencionada Circular, en relación con la restricción del artículo 33 *ibidem*, la Agencia sostuvo que «Las prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de los contratos suscritos antes del período de la campaña presidencial están permitidas durante la campaña de acuerdo con lo establecido en las normas aplicables, siempre que tales prórrogas, modificaciones o adiciones, y cesiones cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad»[[27]](#footnote-27).

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

La interpretación mencionada ha sido compartida por la Procuraduría General de la Nación, órgano de control, que se ha referido en varias de las circulares expedidas sobre la posibilidad de suscribir adiciones, modificaciones, prórrogas y cesiones de contratos suscritos antes del inicio de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales. Particularmente, en las Circulares No. 016 del 3 de septiembre de 2013, 005 del 7 de abril de 2015 y 007 del 22 de mayo de 2017, todas expedidas desde el despacho del Procurador General, en las que se formularon consideraciones a modo de recomendaciones, dirigidas a los servidores públicos avocados a la celebración de las actuaciones a las que se refiere la hipótesis objeto de consulta. En la última de las circulares referidas, 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 2005, se insta a los servidores públicos a:

«Verificar el sustento técnico, económico, legal y de cualquier otra índole de las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de estos, velando porque siempre cumplan las reglas aplicables a la materia, dentro de los principios de selección objetiva, libre concurrencia, planeación, transparencia y responsabilidad»[[28]](#footnote-28).

De acuerdo con lo anterior, la suscripción de cesiones, modificaciones, adiciones y prórrogas de contratos celebrados antes de los periodos preelectorales durante los que rigen las restricciones de los artículos 33 y 38 de la Ley de Garantías, es una posibilidad que ha sido considerada como jurídicamente válida, no solo por esta Agencia en su calidad de ente rector en materia de contratación pública, sino también por la Procuraduría General de la Nación, en calidad de órgano de control y máxima autoridad disciplinaria. Dicho ente, lejos de ubicar estas actuaciones dentro del ámbito de aplicación de las mencionadas restricciones, ha formulado recomendaciones para su adecuada celebración durante la vigencia de las referidas restricciones. En ese sentido, la Procuraduría y la Agencia, en las circulares antes mencionadas, han coincidido en señalar que esta posibilidad de realizar prórrogas, adiciones, modificaciones y cesiones en las condiciones advertidas está sujeta a que se cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

De forma similar, en la Circular Externa Única del 16 de abril de 2019, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el numeral 15.5 señaló lo siguiente:

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.

En atención a esta interpretación y a las orientaciones incluidas en las referidas circulares, las entidades estatales han desarrollado su gestión contractual, para evitar eventuales transgresiones a las restricciones en comento. Esto se refleja en el contenido de la Circular Conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021, expedida por los directores del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República -DAPRE- y del Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, en la que se acoge la interpretación expuesta en los párrafos precedentes, y se insta a actuar conforme a la misma a todos los ministros, directores de departamentos administrativos, superintendentes, gerentes y directores de entidades descentralizadas en la Rama Ejecutiva del orden nacional, así como gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital[[29]](#footnote-29).

Sin perjuicio de lo anterior, debe precisarse que si bien se ha estimado válida la suscripción de las referidas actuaciones durante los períodos preelectorales en los que aplican las restricciones analizadas, en la medida en que, *per se,* no suponen una vulneración de las prohibiciones mencionadas, ello no significa que puedan realizarse todo tipo de prórrogas, adiciones, modificaciones o cesiones sin reparar en si estas se ajustan o no a las demás disposiciones normativas conforme a las cuales deben ser realizadas. En este sentido, si, por ejemplo, en vigencia de las referidas restricciones se pretendiera realizar la cesión de un contrato, esto estaría condicionado a que el eventual cesionario del contratista fuere una persona con capacidad jurídica para ejecutar el contrato[[30]](#footnote-30), por lo que no resultaría viable realizar la cesión en favor de una persona objeto de alguna inhabilidad[[31]](#footnote-31). Además, el análisis concreto sobre la procedencia en cada caso concreto corresponde realizarlo a cada entidad estatal.

Debe advertirse que estas limitaciones temporales a la contratación directa durante la campaña presidencial y a la celebración de los convenios y contratos interadministrativos frente a los comicios a cargos de elección popular, requiere que los órganos y entidades que tengan capacidad contractual planifiquen su gestión contractual con suficiente antelación a los períodos de elección presidencial o de elecciones de cualquier otro cargo, según el caso, de forma que no se vea afectada la función administrativa en razón de la restricción impuesta por la Ley de Garantías Electorales. De ahí la importancia de que los principios de planeación, transparencia y responsabilidad se materialicen en la eventual celebración de prórrogas, modificaciones, adiciones o cesiones de los contratos vigentes suscritos antes del inicio de las restricciones aplicables, por cuenta de los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005 en materia de contratación pública.

 Ahora bien, luego de expuestos los fundamentos en los que se ha cimentado la posibilidad de realizar prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de contratos durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales, es importante señalar que no se ha hecho referencia a la posibilidad de *renovar* contratos y, concretamente, celebrar contratos nuevos con fundamento en los que vencieron durante el periodo de vigencia de las prohibiciones. En concreto, se considera que la ausencia de esta posibilidad se fundamenta en lo señalado en el acápite anterior, en el sentido de que *renovar* un contrato en realidad implica celebrar uno nuevo, pese a que tenga un contenido similar o idéntico a uno anterior, por ello se considera que no es posible celebrar de forma directa estos contratos durante la vigencia de la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales; sin perjuicio de que dichos contratos puedan prorrogarse, adicionarse o modificarse con la finalidad de mantener su continuidad, respetando los alcances fijados en torno a esta posibilidad, desarrollados en este numeral.

**3. Respuesta**

«1. Están incluidas o excluidas las renovaciones de contratos cuya vigencia vence en ley de garantías, pues la norma solo refiere a prorrogas. Debo aclarar que en materia comercial no son aplicables las prórrogas, ni en el sector privado, ni público.

2. La ley de garantías excluye la celebración de contratos de arrendamiento en entidades del estado que tienen como parte de su objeto social la entrega de bienes en arrendamiento.

3. Si la regla general de la ley de garantías es la no celebración de contratos nuevos, entonces que puede hacer la entidad estatal que tenga parte de este objeto social, para dar cumplimiento a su finalidad comercial, en la prolongada y reiterativa época de elecciones. Terminales terrestres, marítimos, aeropuertos.

4. Si no se pueden firmar contratos de arrendamiento en ley de garantías, entonces en qué situación quedan los contratos de arrendamiento cuya vigencia vence en ley de garantía y que requieran renovación, ello recordando que en entidades del estado no hay renovación automática de contratos, ni los contratos de arrendamiento comercial existen las prórrogas.

5. Finalmente, en que condiciones queda la entidad cuyo objeto social es la entrega de bienes fiscales en arriendo, sino puede cumplir esa parte de su objeto social, durante un muy importante, prolongado tiempo que dure la ley de garantías.».

Teniendo en cuenta la unidad temática de las preguntas planeadas, estas se responderán de forma unificada. Sin embargo, es importante precisar que en las presentes consideraciones se expresa la postura hermenéutica de la Agencia en relación con las problemáticas planteadas, pues le corresponde a cada entidad, en desarrollo de su actividad contractual, analizar el alcance de las prohibiciones establecidas en la Ley de Garantías teniendo en cuenta se ámbito de funciones y circunstancias concretas.

 Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con lo señalado en las consideraciones, la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, relacionada con la contratación directa, aplica independientemente del régimen contractual de los entes del Estado, que son sus destinatarios. Esto comoquiera que, según lo ha establecido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para efectos de la aplicación de la Ley de Garantías Electorales se entiende por contratación directa «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes». Por tanto, durante la vigencia de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 está restringida cualquier modalidad de selección que excluya la posibilidad de pluralidad de oferentes, sin perjuicio de que se suscriban contratos en el marco de procesos competitivos. Además, es importante precisar que la prohibición aplica sin distinguir objetos o tipologías contractuales, por lo que la prohibición aplicaría frente a contratos de arrendamiento. Lo anterior, sin perjuicio de las excepciones a la prohibición establecidas en el inciso segundo del mismo artículo 33.

En armonía con lo anterior, es preciso afirmar que, al margen de que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta celebren contratos, para el caso en consulta de arrendamiento, en atención a unas normas especiales, ello no las releva de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, por lo que, en principio, para suscribir un contrato durante el mencionado periodo preelectoral, necesariamente debe acudir a un proceso competitivo, o ampararse en alguna de las excepciones consagradas en el inciso final del citado artículo 33, toda vez que estaría prohibida la celebración de contratos de forma directa, salvo las excepciones indicadas. En todo caso, se aclara que la planeación y los estudios técnicos, jurídicos y económicos, que deben preceder la celebración de cada contrato, y que determinan su viabilidad desde tales perspectivas, son asuntos que competen a las entidades estatales que adelantan los procesos de contratación respectivos, con el apoyo de sus funcionarios y órganos asesores. En tal sentido, cada entidad estatal debe organizar y planificar su actividad contractual teniendo en cuenta las restricciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, luego de expuestos los fundamentos en los que se ha cimentado la posibilidad de realizar prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de contratos durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales –numeral 2.3. del concepto–, es importante señalar que no se ha hecho referencia a la posibilidad de *renovar* contratos y, concretamente, celebrar contratos nuevos con fundamento en los que vencieron durante el periodo de vigencia de las prohibiciones. En concreto, se considera que la ausencia de esta posibilidad se fundamenta en lo señalado en el numeral 2.2. de este concepto, en el sentido de que *renovar* un contrato en realidad implica celebrar uno nuevo, pese a que tenga un contenido similar o idéntico a uno anterior, por ello se considera que no es posible celebrar de forma directa estos contratos durante la vigencia de la prohibición establecida en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales. Lo anterior, sin perjuicio de que dichos contratos puedan prorrogarse, adicionarse o modificarse con la finalidad de mantener su continuidad, respetando los alcances fijados en torno a esta posibilidad, desarrollados en el numeral 2.3. de este concepto.

Teniendo en cuenta lo anterior, atendiendo a la debida planeación que deben realizar las entidades estatales, a cada una de ellas le corresponde prever la entrada en vigencia de la Ley de Garantías Electorales y de manera previa o anticipada celebrar los contratos que sean requeridos para su adecuado funcionamiento, sin perjuicio de la posibilidad de prorrogar, adicionar o modificar los contratos celebrados; decisiones que corresponderá tomar a cada entidad estatal armonizando el desarrollo de sus funciones con el ordenamiento jurídico.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Gabriel Alejandro Murcia TaboadaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

»[...]

»5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

«Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

»[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. El literal f) del artículo 152 de la Carta política, adicionado por el Acto Legislativo 2 de 2004n señala: «Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias […] La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley».

 [↑](#footnote-ref-3)
4. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. «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-9)
10. «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-10)
11. 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-11)
12. «[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-12)
13. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)
15. «ARTÍCULO 2. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[…]

5. Contratación mínima cuantía. [Numeral modificado por el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020]». [↑](#footnote-ref-15)
16. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-16)
17. 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-17)
18. 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-18)
19. 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-19)
20. 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-20)
21. «Art. 45. De los contratos adicionales. Cuando por circunstancias especiales haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenidos, y no se trate de reajuste de precios previstos en este estatuto, la entidad interesada suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la mitad de la cuantía originalmente pactada más los reajustes que se hubieren efectuado. *Las adiciones relacionadas con el valor* quedarán perfeccionadas con la firma del jefe de la entidad contratante, previo registro presupuestal, adición y prórroga de las garantías otorgadas y pago de los impuestos correspondientes. *Las relacionadas con el plazo* sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías». [↑](#footnote-ref-21)
22. «Artículo 58. De los contratos adicionales. Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.

»Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relaciones con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.

   »Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes.

   »Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo.

   »Las adiciones deberán publicarse en el Diario oficial.

   »En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.

   »Parágrafo. Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo». [↑](#footnote-ref-22)
23. Lo anterior sin desconocer: i) que la Ley 80 de 1993 en el artículo 36 y 37 estableció la posibilidad de prorrogar el término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, al igual que en relación con la concesión de servicios postales; y ii) dicha ley utiliza en varios lugares el concepto prórroga como la posibilidad de ampliar ciertos plazos, referidos a determinadas etapas de la etapa precontractual –arts. 30.4, 30.5 y 30.9-. [↑](#footnote-ref-23)
24. En igual sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. En Sentencia del 30 de agosto de 2011, M.P. William Namén Vargas. Rad. 1999-01957: «La renovación no se confunde con la prórroga del contrato, ‘el renovado es uno nuevo’ (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 20 de noviembre de 1971, CXXXVIII, 482 y ss; cas. civ. sentencias de 24 de septiembre de 1985 CLXXX, 431; 31 de octubre de 1994, exp. 3868; 7 de julio de 1998, rad. 10825; 8 de octubre de 1997, exp. 4818; 27 de julio de 2001, exp. 5860; 24 de septiembre de 2001, exp. 5876, 14 de abril de 2008, 2001 00082 01), y el prorrogado el mismo. La prórroga mantiene idéntico el contrato, no se presenta más sino por acuerdo anterior al vencimiento del plazo y lo continúa en las condiciones primarias por un período igual (artículos 218 [1], 520, 829, 1425 [“prorrogado por un período igual”], 1510, 1685, 1686, 1712, 1891C. de Co)». (corchetes y paréntesis propios del original). [↑](#footnote-ref-24)
25. MARÍN CORTÉS, Fabián G. El precio.Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Librería jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo ―CEDA―, 2012. p. 227 y 228. [↑](#footnote-ref-25)
26. DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. 2ª ed. Bogotá: Legis, 2003. [↑](#footnote-ref-26)
27. Agencia Nacional de contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Circular No. 3 del 16 de agosto de 2013. Consultada el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20130816circular3leygarantias.pdf> [↑](#footnote-ref-27)
28. Procuraduría General de la Nación. Circular No. 007 del 22 de mayo de 2021. Consultada el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/relatoria_normatividad.page>. [↑](#footnote-ref-28)
29. Dicha circular indica: «La Ley de Garantías no establece restricciones para las prórrogas, modificaciones o adiciones, ni para la cesión de los contratos suscritos antes del período de la campaña presidencial. Estas se pueden celebrar de conformidad con los principios de planeación, transparencia y de responsabilidad establecidos en la Ley 80 de 1993, y demás normas que resulten aplicables a cada caso». Consultada el 29 de diciembre de 2021 en la página web: https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/CIRCULAR%20CONJUNTA%20100-06%20DE%202021.pdf [↑](#footnote-ref-29)
30. Ley 80 de 1993: «Articulo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes […]»

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

»1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: »a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes […]». [↑](#footnote-ref-30)
31. Constitución Política de Colombia: «Artículo 122. […] Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior […]». [↑](#footnote-ref-31)