

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – 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.

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones – Contratación – Tipos de elección

[...] 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 párrafo 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 – Suscripción de cesiones – Requisitos

[...] la suscripción de cesiones de contratos suscritos antes del inicio del período 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 los contratos que se encuentren vigentes, incluso en el transcurso de los períodos preelectorales en los que las aludidas restricciones tienen vigor. Lo anterior, toda vez que las referidas normas no prohíben la suscripción de cesiones de contratos.

Cabe resaltar que, tal posibilidad se encuentra supeditada a que las cesiones, se realicen conforme a las demás normas que deban ser aplicadas para la realización de estas actuaciones, de suerte que, al margen de la no transgresión de la Ley de Garantías, con su celebración no se contravengan otras disposiciones del marco jurídico que les aplica. Adicionalmente, según lo manifestado por la Procuraduría General de la Nación en las circulares Nos. 016 del 3 de septiembre de 2013, 005 del 7 de abril de 2015 y 007 del 22 de mayo de 2017, así como por esta Agencia en las circulares Nos. 3 de 16 de agosto de 2013, 19 de 30 de julio de 2015, 24 de 12 de mayo de 2017 y la Circular Externa Única, al igual que por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en conjunto con el Departamento Administrativo de la Función Pública en la Circular Conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021, resulta indispensable que en la celebración de prórrogas, adiciones, modificaciones o cesiones de contratos, durante la vigencia de la Ley de Garantías, se cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

Señor
XXXXX

Concepto C – 072 de 2022

Temas: LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones – Contratación – Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Suscripción de prórrogas, adiciones, modificaciones o cesiones – Requisitos

Radicación: Respuesta a consulta P20220129000755

Estimado señor Espitia Gómez:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta radicada el 28 de enero de 2022.

1. Problema planteado

Usted realiza la siguiente pregunta: «De manera respetuosa solicito a ustedes se emita concepto relacionado con la cesión de contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión en el marco de la entrante Ley de Garantías por motivo de elecciones de nivel nacional. La consulta particular es ¿Es posible en el marco de la normatividad que regula la Ley de Garantías y la Contratación Pública llevar a cabo la cesión de un contrato de prestación de servicios suscrito con entidad pública de nivel municipal en la vigencia 2022, o en caso de requerirse se debe proceder a liquidar?».

2. Consideraciones

Se advierte que al momento de expedirse este concepto, ya ha sido sancionada la Ley 2159 de 2021, por medio de la cual se decreta el presupuesto de rentas y

recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022. Respecto al artículo 124 de la mencionada ley, a través del fallo de tutela proferido el 09 de noviembre de 2021, dentro del proceso nro. 2021-000354 por parte del Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, se ordenó «[...] al presidente de la república y a los representantes legales de las entidades del orden nacional y del sector descentralizado territorialmente, abstenerse de dar aplicación a la modificación realizada al parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005».

Sin embargo, también es necesario tener en cuenta que a través de decisión del 29 de noviembre de 2021, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió declarar «[...] la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio del veintisiete (27) de octubre de dos mil veintiuno (2021), dictado por el Juzgado Tercero (3o) Administrativo de Bogotá, en la forma solicitada por el señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia».

Debe mencionarse que en el presente concepto no se abordará de manera detallada la modificación introducida por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, en razón a que el tema objeto de consulta no se relaciona con la restricción contenida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales. Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver la petición, se analizarán los siguientes temas: i) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales: alcance de las restricciones, y ii) análisis de la posibilidad de suscribir prórrogas, adiciones, modificaciones y cesiones en el marco de la Ley de Garantías Electorales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha impartido lineamientos sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 y también se ha pronunciado al respecto, entre otros, en los Conceptos 4201912000004632 del 6 de agosto de 2019, 2201913000005655 del 8 de agosto de 2019, 2201913000006283 del 27 de agosto de 2019, 2201913000006521 del 3 de septiembre de 2019, 2201913000006634 del 6 de septiembre de 2019, 2201913000006639 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000007430 del 7 de octubre de 2019, 2201913000007565 del 10 de octubre de 2019, 2201913000008259 del 6 de noviembre de 2019, C-074 del 17 de marzo de 2021, C-075 del 16 de marzo de 2021, C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021, C-259 del 2 de junio de 2021, C-296 del 22 de junio de 2021, C-337 del 13 de julio de 2021, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021, C-374 del 16 de septiembre de 2021, C-381 del 2 de agosto de 2021, C-391 del 11 de agosto de 2021, C-396 del 13 de agosto de 2021, C-401 del 10 de agosto de 2021, C-413 del 17 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre de 2021, C-481 del 98 de septiembre de 2021, C-495 del 15 de septiembre de 2021.

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-674 del 6 de diciembre de 2021, C-677 del 4 de diciembre de 2021, C-695 del 22 de diciembre de 2021, C-699 del 6 de enero de 2022, C-700 del 6 de enero de 2021, C-723 del 28 de diciembre de 2021, C-757 del 30 de diciembre de 2021, C-715 del 21 de enero de 2022, C-718 del 24 de enero de 2022 y C-726 del 24 de enero de 2022. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera y complementa 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 electoral¹.

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 presidencial². 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

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

² Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005.



Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales. De esta manera, explica que tiene como propósito:

[...] 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 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

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.

³ Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴ y del Consejo de Estado⁵, 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 legislador⁶.

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 alteren 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,

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.

⁵ 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.

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»⁷.

Por otro lado, el párrafo 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 dentro de los 4 meses anteriores a la respectiva elección «[...] 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.

Debe mencionarse que la Ley 2159 de 2021 –Ley del Presupuesto– modificó parcial y transitoriamente al párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en aspectos temporales, subjetivos, materiales o teleológicos y procedimentales o de control, suspendiendo, en dichos aspectos, la prohibición de celebración de convenios y contratos interadministrativos contenida en el párrafo del artículo 38, siempre y cuando tales acuerdos se suscriban entre entes del orden nacional y entidades territoriales, dentro de la vigencia fiscal del año 2022 y para la ejecución de programas o proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación. No obstante, como se ya se mencionó, en este concepto no se ahondará en la modificación realizada.

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

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».

⁸ «Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

» [...]

» Párrafo. 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».

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 párrafo 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 párrafo 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 párrafo del artículo 38.⁹

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 por parte de todos los entes del Estado 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 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 párrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral –incluidas las presidenciales–, 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, la cual aplica en relación con las autoridades señaladas en dicha disposición.

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

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).

sus excepciones, así como las del párrafo 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 párrafo 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. Análisis de la posibilidad de suscribir prórrogas, adiciones, modificaciones y cesiones

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»¹⁰.

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»¹¹.

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,

¹⁰ 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

¹¹ 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.

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 distrital¹².

¹² 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

Sin perjuicio de lo anterior, debe precisarse que si bien se estima 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 contrato¹³, por lo que no resultaría viable realizar la cesión en favor de una persona objeto de alguna inhabilidad¹⁴. 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

normas que resulten aplicables a cada caso». Consultada el 29 de diciembre de 2021 en la página [web: https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/CIRCULAR%20CONJUNTA%20100-06%20DE%202021.pdf](https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/CIRCULAR%20CONJUNTA%20100-06%20DE%202021.pdf)

¹³ Ley 80 de 1993: «Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes [...]»

«Artículo 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 [...]».

¹⁴ 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 [...]».

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.

3. Respuesta

«De manera respetuosa solicito a ustedes se emita concepto relacionado con la cesión de contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión en el marco de la entrante Ley de Garantías por motivo de elecciones de nivel nacional. La consulta particular es ¿Es posible en el marco de la normatividad que regula la Ley de Garantías y la Contratación Pública llevar a cabo la cesión de un contrato de prestación de servicios suscrito con entidad pública de nivel municipal en la vigencia 2022, o en caso de requerirse se debe proceder a liquidar?».».

Conforme a lo expuesto, la realización de cesiones de contratos suscritos antes del inicio del período 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 prohibiciones. Esto significa que las entidades estatales pueden válidamente realizar tales actuaciones sobre los contratos que se encuentren vigentes, incluso en el transcurso de los períodos preelectorales en los que las aludidas restricciones tienen vigor. Lo anterior, toda vez que las referidas normas no prohíben la suscripción de cesiones de contratos.

Cabe resaltar que tal posibilidad se encuentra supeditada a que las cesiones se realicen conforme a las demás normas que deban ser aplicadas para la realización de estas actuaciones, de suerte que, al margen de la no transgresión de la Ley de Garantías, con su celebración no se contravengan otras disposiciones del marco jurídico que les aplica. Adicionalmente, según lo manifestado por la Procuraduría General de la Nación en las circulares Nos. 016 del 3 de septiembre de 2013, 005 del 7 de abril de 2015 y 007 del 22 de mayo de 2017, así como por esta Agencia en las circulares Nos. 3 de 16 de agosto de 2013, 19 del 30 de julio de 2015, 24 del 12 de mayo de 2017 y la Circular Externa Única, al igual que por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en conjunto con el Departamento Administrativo de la Función Pública en la Circular Conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021, resulta indispensable que las entidades estatales en la celebración de prórrogas, adiciones, modificaciones o cesiones de contratos, durante la vigencia de la Ley de Garantías, orienten su actividad contractual atendiendo los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Laura Alejandra Materón García
Analista T2-01 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE

