



201911600104573

ASUNTO: Concepto sobre la aplicación de la Ley de Garantías Electorales.

Respetado señor:

Frente a la solicitud efectuada en la sesión del Comité de Gestión llevada a cabo en esta entidad el día 4 de junio del presente año, tendiente a aclarar desde el punto de vista jurídico el alcance de las restricciones previstas en la Ley 996 de 2005¹, teniendo en cuenta el proceso electoral que se llevará a cabo el próximo 27 de octubre, es preciso señalar:

I. ANTECEDENTES.

En razón a que se aproxima un proceso electoral de orden territorial para la elección de Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales y miembros de Juntas Administradoras Locales, se ha planteado la necesidad de aclarar el alcance de las restricciones previstas en la Ley de Garantías Electorales, frente a la ejecución por parte de los entes territoriales, de recursos que le son transferidos por este Ministerio.

II. PROBLEMA JURIDICO

La inquietud jurídica a resolver en el presente concepto, hace alusión a si los entes territoriales pueden mediante contrato ejecutar recursos de inversión transferidos por este Ministerio, una vez entren en vigencia las restricciones contractuales establecidas en la Ley 996 de 2005.

III. NORMATIVA Y CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA AGENCIA COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, APLICABLES AL CASO OBJETO DE ESTUDIO.

Para los efectos del presente concepto, se hace necesario citar los apartes normativos relacionados con las restricciones contractuales aplicables a los procesos electorales, los cuales se encuentran previstas en los artículos 33, y 38 de la Ley 996 de 2005, así:

“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

¹ 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.



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

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. Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.***

(...)”

Frente a la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, vale la pena citar apartes del concepto No 1863 del 15 de noviembre de 2007, dictado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con radicación: 10001-03-06-000-2007-0092-00, Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Alvarez Jaramillo, que sostuvo:

“II. REGIMEN DE PROHIBICIONES Y RESTICCIONES APLICABLES A LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS DIFERENTES PERIODOS PREELECTORALES.

Como quiera que la consulta se apoya en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley de garantías, es importante poner de presente que en varias oportunidades la Sala ha sostenido que las normas en mención contienen restricciones y prohibiciones para períodos preelectorales diferentes; las dos primeras relativas a la nómina estatal y la contratación directa, respectivamente, se aplican durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y, el último, de manera más genérica, en materia de nómina, bienes y recursos públicos, contiene restricciones aplicables a las autoridades territoriales allí mencionadas, para los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular.

Precisamente sobre el alcance de las prohibiciones contenidas en las disposiciones antes señaladas, esta Sala en el concepto con Radicación 1720, dijo:

*“En este orden de ideas, 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 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.

El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 ibídem, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 párrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32".

Así las cosas, en principio la suspensión de cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público y la prohibición de contratación directa por parte de todos los entes del Estado, ambas dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, sólo quedan exceptuadas en los casos y circunstancias a que se refiere el inciso segundo del artículo 33 de la ley 996.

*Por otra parte, de acuerdo con el régimen de prohibiciones del párrafo del artículo 38 de la misma ley, a los servidores públicos territoriales previstos en dicha norma, durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, **les está vedado, entre otras actividades, celebrar convenios interadministrativos para le ejecución de recursos, autorizar la utilización de bienes muebles o inmuebles de carácter público para actividades proselitistas y modificar la nómina**, en este último caso, "salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa", en la medida en que este tipo de nombramientos no están ligados a intereses partidistas, sino a cubrir las necesidades propias del servicio." (Resaltos fuera de texto)*

Por su parte, la Agencia Colombia Compra Eficiente, en Circular Externa Unica, actualizada a fecha 16 de abril de 2019, página 66, señaló lo siguiente frente a la prórroga, modificación, adición o cesión de contratos en vigencia de las restricciones contractuales dispuestas en la Ley de Garantías Electorales:



“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.”

IV ANALISIS JURIDICO

Conforme lo dispuesto en la Ley 996 de 2005 y lo aclarado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto transcrito, se tiene que, en principio, la restricción contractual prevista en el artículo 33 de la referida ley, que implica la imposibilidad para los entes del Estado de celebrar contratación directa, **es aplicable únicamente para las elecciones de carácter presidencial.**

Por su parte, las excepciones establecidas para la contratación directa en el segundo inciso del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, no son extensivas a las restricciones regladas en el parágrafo del artículo 38 de la norma en cita, toda vez que, conforme lo expresó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se está ante dos postulados de conducta diferentes, que al tener un carácter negativo o prohibitivo, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva.

A su vez, la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 ibídem, **es aplicable a elecciones para cualquier cargo de elección popular**, como son las correspondientes a Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales, miembros de Juntas Administradoras Locales, a celebrarse el 27 de octubre del presente año.

Ahora, es de resaltar que lo único que restringe el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales es la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos que involucren la ejecución de recursos públicos, los que, en consecuencia, no podrán ser celebrados por **los entes territoriales, en el período comprendido entre el 27 de junio y el 27 de octubre de 2019.**

No obstante, los entes territoriales pueden válidamente contratar, a través de licitaciones, selecciones abreviadas, concursos de méritos o contratación directa, teniendo en cuenta las reglas que para adelantar estos procesos establece la Ley 80 de 1993 – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sus normas modificatorias y reglamentarias.

Por último y para el caso que nos ocupa, es de resaltar que no se encuentra prohibida la adición, prórroga, modificación o cesión de los contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de las restricciones contractuales previstas en la Ley 996 de 2005, caso en el que, tal y como lo señala la Agencia Colombia Compra Eficiente en la circular transcrita, estas figuras pueden realizarse en cualquier tiempo, antes o después de entrar en vigencia la ley de garantías, siempre y cuando se tenga en cuenta los principios de planeación, transparencia y responsabilidad, aplicables a la gestión contractual de las entidades estatales.



La salud
es de todos

Minsalud

Cordialmente,

ANDREA ELIZABETH HURTADO NEIRA

Directora Jurídica

Elaboró: E Morales

Revisó: N Filigrana

Aprobó: Andrea Elizabeth H.