



Función Pública

Concepto 048971 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000048971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000048971

Fecha: 28/01/2022 05:07:03 p.m.

Bogotá D.C.

REF. EMPLEO. Ley de Garantías. Excepciones en su aplicación. RAD. 20222060039972 de fecha 21 de enero de 2022.

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente, mediante su oficio No. CCE-DES-FM-17 del 20 Enero 2022, devolvió a este Departamento su solicitud, mediante la cual informa que son un municipio de Sexta categoría, el cual ha dado cumplimiento a lo que ordena la Res. 518 del 2015 del MSPS, respecto a la ejecución contratación oportuna de los recursos de SGP Salud Pública. Las vigencias anteriores se han realizado Contratos Interadministrativos (*Contratación Directa*) entre este Municipio (Puerto Rondón) y la ESE Departamental (Salud) para el desarrollo del Plan de Intervenciones Colectivas (PIC), de las cuales se deben tener en cuenta muchas acciones en salud pública que están destinadas a contención y mitigación de la pandemia del Covid-19 y apoyar el Plan nacional de Vacunación contra el Covid-19. Con base en la información precedente, consulta lo siguiente:

1. ¿Existe alguna excepción en la CIRCULAR CONJUNTA 100-006 DE 2021, ¿que permita que nuestro municipio continúe normalmente con el proceso contractual del PIC?, lo anterior, considerando que o en cuenta que son acciones de salud pública, o se deben tener en cuenta los tiempos que cita la anterior circular.

2. ¿Podemos realizar en este momento, o hasta cuando, un Contrato Interadministrativo bajo Contratación directa con la única ESE que hace presencia en el municipio? teniendo en cuenta que son recursos de SGP Salud Pública.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones que las entidades territoriales deben tener en cuenta como consecuencia de las elecciones que se efectuaran en el territorio nacional el 27 de octubre de 2019, para asambleas, concejos, gobernadores, alcaldes y miembros de juntas administradora locales, siendo de aplicación las siguientes disposiciones:

"ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del Artículo siguiente.

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos". (Negrilla y subrayado fuera de texto)

"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". (Subrayado fuera de texto)

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, emitió el concepto No. 2382 del 8 de mayo de 2018, en el que señaló lo siguiente:

"Es pertinente aclarar que la Sala, inicialmente, en su doctrina sobre la Ley 996 de 2005, concebía la contratación directa de una forma más amplia, al definirla, de forma negativa o por exclusión y al amparo de la Ley 80 de 1993, como *"cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto [d]el contrato o del órgano que contrata"*¹⁸. Incluso, sostuvo que la expresión "contratación directa" debía entenderse como *"cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993"*¹⁹.

Sin embargo, más adelante, la Sala empezó a delimitar con mayor precisión el alcance del término "contratación directa", especialmente a raíz de la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo el sistema de selección abreviada²⁰, sistematizó las causales de contratación directa²¹ y dispuso que las entidades estatales que no estén obligadas a aplicar el Estatuto General de Contratación Pública deben, en todo caso, respetar y aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los Artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y estarán sometidas al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades establecido para la contratación estatal²².

Así, en el concepto 1974 del 26 de noviembre de 2009, la Sala manifestó, sobre este punto: *"La expresión 'contratación directa', contiene el elemento objetivo de la prohibición, entendido como cualquier mecanismo de escogencia o selección del contratista en el que se prescinde de un procedimiento público de escogencia, como la licitación pública, (sic) el concurso de méritos, la modalidad de selección abreviada prevista en la ley 1150 de 2007, o cualquier otro similar establecida por la ley"*. (Resaltamos).

En este mismo concepto, se presentó una aclaración de voto, en la que el Magistrado Enrique José Arboleda Perdomo manifestó:

"La ley 1150 de 2007 en el Artículo 2° determinó como "modalidades de selección" del contratista entre otras la de "contratación directa" modalidad de procedimiento de selección que se encuentra regulada por el numeral 4° del citado Artículo, y a nivel reglamentario por el decreto 2474 de 2008, en especial los Artículos 74 a 83. Con base en esta regulación, el intérprete sabe qué se entiende en el derecho colombiano por "contratación directa." Entonces, como la ley 996 no definió lo que se debía entender por contratación directa, debe aplicarse el Artículo 23 del Código Civil que ordena tomar como definición la que haya hecho el legislador, que en nuestro caso es el Artículo 2° de la ley 1150 de 2007 de 2007..."

De esta forma, junto con la evolución de la normatividad sobre la contratación pública y el afinamiento de los criterios doctrinales de la Sala,

producto de las múltiples y variadas consultas recibidas sobre la Ley 996 de 2005, se ha llegado a depurar el concepto de “contratación directa”, para estos efectos, precisando 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 privado²³, ha establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes.

Así, la Sala ratifica en esta oportunidad que, para los efectos de la “Ley de Garantías Electorales” y, especialmente, para la prohibición o restricción temporal contenida en su Artículo 33, debe entenderse por “contratación directa” cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública, en alguna de sus etapas²⁴, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes.

Finalmente la Sala aclara, en esta ocasión, que la prohibición temporal a la contratación directa impuesta por la norma citada incluye tanto la celebración o suscripción del contrato proveniente de este mecanismo de selección, como el proceso en sí mismo. Por lo tanto, durante la época en que rige esta restricción, las entidades y los organismos del Estado no deben abstenerse solamente de suscribir contratos originados en este procedimiento de selección, sino también de iniciar o continuar, según el caso, este tipo de procesos de selección.”

Adicionalmente, la misma Corporación, en su Concepto [1727](#) del 20 de febrero de 2006, con ponencia del Consejero Enrique José Arboleda Perdomo, indicó lo siguiente:

“IV. Las excepciones a la prohibición temporal, de conformidad con el Artículo [33](#) de la ley 996 de 2005.

Siguiendo la doctrina ya definida por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, las excepciones a la restricción a la contratación directa, son las contenidas en la ley 996 de 2005 en el segundo inciso del Artículo 33 antes transcrito, dentro de las que se encuentran las relativas a la *defensa y seguridad del Estado, los requeridos para cubrir las emergencias sanitarias desastres naturales o casos de fuerza mayor,.... y los que deban realizar las entidades sanitarias...*

Se ratifica en este concepto lo expuesto en ocasiones anteriores, en las que se ha interpretado la locución defensa y seguridad del Estado como aquellas actividades necesarias para la estabilidad del mismo, pues está de por medio el mantenimiento del orden público. De esta forma, se entiende que la prohibición temporal de la contratación directa no puede implicar que la inactividad de la administración conlleve la posibilidad de alteraciones del orden público o viole los derechos fundamentales de los asociados.”

Adicionalmente, la CIRCULAR CONJUNTA 100-006 del 16 de noviembre de 2021, emitida por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de La República y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, sobre la aplicación de la Ley de Garantías Electorales - Ley 996 de 2005, respecto a la contratación estatal, indica lo siguiente:

“LIMITACIONES A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

¿Cuáles son las restricciones en materia de contratación estatal en aplicación de la Ley 996 de 2005?

En materia de contratación estatal existen dos restricciones: la primera es para celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. La segunda es para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa.

Sin embargo, mediante la Ley 2159 de noviembre 12 de 2021, por 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, se dispuso en su Artículo 124 que, con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de su publicación y durante la vigencia fiscal 2022, la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, modificando únicamente en la parte pertinente el inciso primero del parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Así mismo, debe resaltarse que el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, emitió sentencia el 9 de noviembre de 2021, respecto de la Acción de Tutela instaurada por un ciudadano dentro del expediente No. 11001-33-34-003-2021-00354-00, en la que se decidió amparar de manera transitoria los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad vulnerados en el trámite legislativo del proyecto de la ley 096 de 2021 Senado y 158 de 2021 Cámara, "Por 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", por desconocer el principio de reserva y afectar de manera grave los principios de imparcialidad e igualdad electoral.

Como consecuencia de lo anterior, el juez de tutela 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 del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, restricción que solo estará vigente hasta que la Corte Constitucional conozca de la demanda de acción pública de inconstitucionalidad que se adelanta en contra de la disposición normativa mencionada.

¿Qué implica la restricción para celebrar convenios interadministrativos?

La Ley de Garantías prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de Entidades Estatales del orden municipal, departamental y distrital celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta lo precisado en anteriormente en relación con la expedición de la Ley 2159 de 2021, así como lo señalado por el juez de tutela en la sentencia de noviembre 9 de 2021.

En este periodo se pueden celebrar convenios interadministrativos en los cuales no intervengan entidades del orden territorial que no impliquen la ejecución de recursos.

¿A partir de qué fecha empieza a regir la restricción para celebrar convenios interadministrativos?

Según el calendario electoral, a partir del 13 de noviembre de 2021 y hasta la fecha en la cual presidente de la República sea elegido, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital no pueden celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos, independientemente de la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante.

No obstante, se debe tener en cuenta lo dispuesto por el Artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 que autorizó la celebración de esta clase de convenios entre la nación y las entidades territoriales para la ejecución de programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, que deben contar con el control especial que disponga la Contraloría.

El Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, emitió sentencia el 9 de noviembre de 2021, en la que resolvió amparar transitoriamente los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad presuntamente vulnerados en el trámite legislativo del proyecto de ley del presupuesto y ordenó no aplicar la modificación a la ley de garantías hasta que la Corte Constitucional resuelva de fondo las acciones de inconstitucionalidad que se presenten contra dicha ley.

¿Qué implica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

La Ley de Garantías prohíbe a las Entidades Estatales celebrar contratos en la modalidad de contratación directa durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido. A través de la modalidad de contratación directa se celebran, entre otros, los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, arrendamiento de inmuebles y contratos con proveedor exclusivo.

-

¿A partir de qué fecha empieza la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

A partir del 29 de enero de 2022 y hasta la fecha en la cual el presidente de la República sea elegido, las Entidades Estatales tienen prohibido contratar directamente.

¿A qué entidades aplica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?

Aplica a todos los entes del Estado, de todas las Ramas del Poder Público pertenecientes al nivel nacional y territorial.

¿Existen excepciones frente a la restricción para celebrar contratos directamente?

Se exceptúa lo referente a:

- La defensa y seguridad del Estado

- Los contratos de crédito público

- Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres

- 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. (Se subraya).

De la legislación, los pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Circular Conjunta 100-006 del 16 de noviembre de 2021, podemos extraer las siguientes premisas respecto a las limitaciones para la contratación bajo la vigencia de la Ley de Garantías:

A todos los entes del Estado, les está prohibido, durante los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, realizar contratación directa.

Por contratación directa se debe entender 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.

Están exceptuadas las contrataciones en 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.

La prohibición temporal de la contratación directa no puede implicar que la inactividad de la administración conlleve la posibilidad de alteraciones del orden público o viole los derechos fundamentales de los asociados.

De acuerdo con los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el Municipio de Puerto Rondón, como entidad del Estado, está cobijado por la prohibición contenida en la Ley 996 de 2005. No obstante, la limitación respecto a la contratación, está dirigida a la contratación directa, entendiendo por esta como 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.

Deberá el consultante analizar si los Contratos Interadministrativos entre este Municipio de Puerto Rondón y la ESE Departamental para el desarrollo del Plan de Intervenciones Colectivas (PIC), enmarcan en las características de las situaciones contenidas en la Ley 966, verificando si cumplen o no los presupuestos de la excepción señalados en el Artículo 33 de la citada Ley 966 de acuerdo con el análisis efectuado en el cuerpo del concepto y si la no contratación puede implicar que la inactividad de la administración conlleve la posibilidad de alteraciones del orden público o viole los derechos fundamentales de los asociados. Los contratos que no presenten estas características estarán cubiertos por la prohibición de la Ley de Garantía y, por tanto, el municipio estará en la obligación de abstenerse de realizarlos.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:49:18