



Concepto 081701 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000081701

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000081701

Fecha: 17/02/2022 04:17:57 p.m.

Bogotá

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Resulta viable que, en vigencia de la Ley de garantías, una entidad del orden territorial realice la suscripción de convenios con entidades educativas para la financiación de matrículas para los jóvenes de escasos recursos de la localidad? Radicado 20222060039362 del 21 de enero de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre el posible impedimento para que, en vigencia de la Ley de garantías, una entidad del orden territorial realice la suscripción de convenios con entidades educativas para la financiación de matrículas para los jóvenes de escasos recursos de la localidad, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que, respecto de las limitaciones en materia contractual, tenemos que la Ley 996 de 2005¹ señala:

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.

(...)

ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:

Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.

Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.

Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.

Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

Aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

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. (...) (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Sobre el particular, la Circular No. 007 de 2017 de la Procuraduría General de la Nación, señaló:

2.- RECOMENDACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS

2.1. JEFES O REPRESENTANTE LEGALES Y ORDENADORES DEL GASTO DE ENTIDADES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL Y TERRITORIAL SOMETIDAS AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL.

El Procurador General de la Nación, en ejercicio de la vigilancia superior con fines preventivos y de control de la gestión pública, exhorta a los servidores públicos a dar atención y cumplimiento a las restricciones y las prohibiciones determinadas en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, referentes a la contratación directa y los convenios o contratos interadministrativos, como lo estipula los Artículos 33 y 38 Parágrafo de la Ley 996 de 2005, durante los presentes procesos preelectorales, en pro de la buena marcha de la administración pública, y en prevención del cumplimiento o alcance de las metas planeadas por cada entidad, en la ejecución del presupuesto anual que destina para la gestión contractual a través de la celebración de convenios o mediante la contratación directa, evitando que se generen otras consecuencias en contravía del orden jurídico por la desatención de las disposiciones en mención.

Asimismo, se reconoce el arduo trabajo que desarrollan las entidades públicas para contratar los bienes, servicios y obras que requieren para el cumplimiento de los fines constitucionales y legales, el interés lícito que las alienta y las dificultades diarias a las que se ven expuestas, por lo múltiples retos que implica la gerencia pública, pero se hace un llamado para concentrar los esfuerzos de la gestión en el desarrollo de la etapa de planeación de la contratación estatal, con el objetivo de cumplir los preceptos legales y optimizar los resultados de esta actividad. (Circular Conjunta No. 014 PGN-CGR-AGR, del 01 de junio de 2011, Asunto: Contratación Directa).

A continuación exhortamos atender las siguientes recomendaciones:

Por consiguiente, ante las restricciones en materia de contratación establecidas en el Parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se podrá acudir entonces a las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, esto es, mediante la Licitación Pública, el Concurso de Méritos y la Selección Abreviada.

(...)

Desarrollar los procesos contractuales de acuerdo con los cronogramas de actividades y según los planes de desarrollo, de adquisiciones y los respectivos presupuestos, en las modalidades de selección que no se encuentren restringidas por la precitada Ley de Garantías Electorales. Se recuerda que, en aras de mayor transparencia, las licitaciones deben llevarse a cabo en audiencia pública. Así mismo, se sugiere velar por la garantía de los principios que rigen la función administrativa, entre estos, el de publicidad y el de selección objetiva.

(...)

Con antelación a cualquier proceso de contratación, los responsables de su ejecución, deben realizar los análisis de conveniencia y oportunidad, estudios de prefactibilidad y factibilidad, teniendo en cuenta además:

Los requisitos establecidos en el Artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 (Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional) y las condiciones especiales exigidas para cada modalidad de selección, siempre que los mismos se encuentren en el plan de adquisiciones de la entidad, de acuerdo con lo previsto en los

Artículos 2.2.1.1.1.4.1. y 2.2.1.1.1.4.3. del Decreto en mención, en concordancia con el Artículo 74 de la Ley 1474 de 2011².

Cualquiera que sea la modalidad de la contratación se deberá contar previamente con las autorizaciones de la Asamblea o Concejo, si así lo dispone la Constitución y la Ley, igualmente, en lo referente a las licencias ambientales, de construcción y certificado de disponibilidad presupuestal, etc.

(...)

Aplicar las pautas y directrices a seguir en aplicación de la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, emitidas por la Agencia Nacional de

Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente, como ente rector del sistema de compras y contratación pública.

Es pertinente advertir que, en virtud del Artículo 40 de la Ley 996 de 2005, el incumplimiento de los deberes y restricciones señalados en la normatividad aludida, será sancionable gradualmente de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002 y según la gravedad del hecho.

(...)

Finalmente, tenemos la Circular Conjunta 100-006 de 2021² que da directrices para la aplicación de la Ley de garantías electorales en los siguientes términos:

Prohibiciones especiales durante la campaña para cargos de elección popular:

Desde el 13 de noviembre de 2021 y hasta la fecha en la cual el 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 tienen las siguientes restricciones:

- 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.

Esta restricción fue modificada por el Artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, en el que se autoriza a la Nación a celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, que serán objeto de control especial por parte de la Contraloría.

No obstante, 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 conozca y se pronuncie conforme a sus competencias y facultades respecto de la acción de inconstitucionalidad que se presente contra dicha ley.

Para estos efectos, la sentencia otorgó 30 días hábiles, que no incluyen el periodo de vacancia judicial, para que se continúe aplicando la ley de garantías, sin modificaciones.

(...) (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

¿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. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado, se prohíbe la celebración de convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la segunda vuelta si fuere el caso.

Así las cosas, se precisa que dicha prohibición se hará efectiva durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, los cuales, para efectos de la elección presidencial del 29 de mayo de 2022, se entiende vigente desde el día 29 de enero de 2022 y hasta la segunda vuelta si fuere el caso, sin que se establezca en la norma excepciones para la celebración de convenios que se realicen para la ejecución de recursos públicos.

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

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”.

²Del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y que puede ser consultada en el siguiente enlace: /eva/gestornormativo/norma.php?i=173606#:~:text=%C2%BFA%20partir%20de%20qu%C3%A9%20fecha,Estatales%20tienen%20prohibido%20contratar%20directamente.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:08:37