



OF 0110 040

Bello, 07 de febrero de 2006

Febrero 13/2006.

As:
Walter Jaramillo U.

Doctora
ANA LIDA PERAFFAN CABRERA ✓
Directora Oficina Jurídica
Auditoría General de la República
CRA 10A 17-18 Piso 9
Bogotá D.C.

ff.
Febrero 15/2006. *Recibido Feb 11/2006*
Dici:
Claudio Gómez

Asunto: Concepto Jurídico sobre Ley de garantías electorales.

Respetada doctora Ana Lida:

ff.
(Proyecto Res. Puerto
Pro Feb 23/2006.)

A raíz de la expedición de la Ley 996 de 2005, Ley de Garantías para la elección Presidencial, específicamente lo referente a la Contratación Pública, se han generado varias interpretaciones que de no ser aclaradas pueden atentar contra el normal cumplimiento de las funciones de las entidades públicas.

El Artículo 33 de la Ley referenciada, estipula que durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la elección en segunda vuelta, si fuera el caso queda PROHIBIDA LA CONTRATACIÓN DIRECTA, por parte de todos los entes del Estado (mayúsculas fuera del texto).

Al respecto la Ley 80 de 1993 en el Artículo 24 consagró 2 eventos en los cuales puede tener lugar la contratación directa: Por razón de la cuantía y en atención al asunto.

El primer factor para determinar la vía contractual directa, la cuantía, está enunciado así por el artículo 24 ibídem.

1. "La selección del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguiente casos en los que se podrá contratar directamente.

Handwritten signature and date: Feb 13/06

- A. Menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente Ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales.
- 2. En atención a la naturaleza del asunto el Artículo 24 consagró de los literales b a m unos contratos que pueden celebrarse directamente”.

Es de anotar que el Artículo 24 de la Ley 80 de 1993 fue reglamentado por el Decreto 2170 de 2002, el cual consagró todo lo relacionado al procedimiento que deben aplicar las entidades públicas en los Procesos de Contratación Directa a que se refiere el Artículo 24, numeral 1 literal a, con excepción de los Procesos cuyo valor sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía de la entidad por cuanto en esos casos ya no se trataría de una contratación directa sino de un contrato de mínima cuantía que las entidades podrán celebrar tomando como única consideración los precios del mercado sin que se requiera obtener previamente varias ofertas según los mandatos del Artículo 11- parágrafo del Decreto mencionado.

Partiendo de los lineamientos legales referenciados y con el fin de preservar los postulados de la función pública consagrados en el Artículo 209 de nuestra carta magna, respetuosamente le solicito emitir un concepto respecto a qué debemos entender por CONTRATACIÓN DIRECTA, según el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, así mismo si las compras menores necesarias para el cumplimiento de la misión institucional que más adelante relacionaré, se pueden efectuar.

- Toner para impresoras.
- Resmas de papel.
- Arreglo de una impresora injection que se daño el 03 de febrero de 2006, cuyo costo aproximado es de \$200.000.
- Arreglo de una impresora de punto, cuyo valor de reparación es de \$150.000.
- Fotocopias de los papeles de trabajo de los auditores, de los soportes de quejas, informes para remitir a entes externos como : Auditoría General de la República, Contraloría General de Antioquia, entre otros.
- Correos certificados para enviar información solicitada por autoridades y particulares.
- Pasajes de los funcionarios cuando necesitan desplazarse a otros sitios a realizar auditorías.
- Pago de actualización de textos normativos necesario para la misión de la entidad.
- Impresión de papelería con el logo.
- Gastos de relaciones públicas etc.

“El Control Fiscal También es su Responsabilidad”

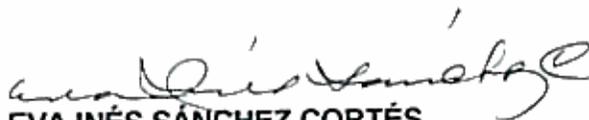
Todos esos gastos no superan el 10% de la menor cuantía de este organismo fiscal y en su mayoría no superan los \$300.000 y que además son gastos que corresponden al cumplimiento de las funciones asignadas a este organismo fiscal y que son indispensables para cumplir con el Plan de Acción de la Entidad.

Otra inquietud respecto a la aplicación de la Ley 996 de 2005, es en cuanto a una reforma administrativa que esta Contraloría presentará al Concejo Municipal, el 01 de marzo de 2006, la cual obedece a razones presupuestales por cuanto el presupuesto asignado a este organismo fiscal para esta vigencia es de \$818'675.714 y la carga laboral y prestacional de la entidad a 31 de diciembre de 2006, asciende a la suma de \$960'000.000, existiendo un diferencia entre uno y otro valor, por lo que se está adelantando el respectivo estudio técnico para la supresión de los cargos, lo cual se debe efectuar a más tardar en el mes de marzo ya que por cada día que se paguen salarios de más, es disminuir el presupuesto de la entidad y si se espera hasta después de elecciones presidenciales se generaría un caos administrativo por cuanto se tendrían que suprimir mínimo 10 cargos.

Así las cosas, respecto a este interrogante le solicito emitirnos un concepto de si la reforma administrativa que efectuaremos en la cual se suprimen más no se crean nuevos cargos, hace parte de las excepciones estipuladas en la Ley 996 de 2005, Artículo 38 inciso 3, máxime porque le reitero existe estudio técnico previo y se acatarán las normas de Carrera Administrativa consagradas en la Ley 909 de 2004.

De antemano le agradezco la colaboración prestada y en espera de una pronta respuesta.

Con sentimiento de gratitud.


EVA INÉS SÁNCHEZ CORTÉS
Contralora General

Copia: Piedad Zuñiga Quintero, Auditora General de la República,
Nora Helena Correa Londoño, Gerente Seccional I, Medellín

Nidia G.

reglamentada por el Decreto 2170 de 2002, que señaló el procedimiento que deben aplicar las entidades públicas en los procesos de contratación directa, por cuanto en estos casos ya no se trataría de una contratación directa, sino de un contrato de mínima cuantía, con excepción de los procesos cuyo valor sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía de la entidad, que se podrán celebrar tomando como única consideración los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas según lo contenido en el artículo 11 – Parágrafo del decreto en mención, se pregunta:

“ (...) ¿Las compras menores necesarias para el cumplimiento de la misión institucional se pueden efectuar? Lo anterior teniendo en cuenta que todos los gastos no superan el 10% de la menor cuantía señalada para este organismo y son necesarios para cumplir con el Plan de Acción de la Entidad; relaciono algunas, así:

- *Toner impresora, arreglo impresoras, fotocopias*
- *Correo certificado*
- *Pasajes para funcionarios*
- *Suscripción actualizaciones textos normativos*
- *Gastos relaciones públicas, etc.*

1.2 Respecto de la Ley 996 de 2005 en cuanto a una reforma administrativa que esta Contraloría presentara ante el Concejo Municipal el 01 de marzo de 2006, que obedece a razones presupuestales puesto que la carga laboral y prestacional de la entidad, para la presente vigencia fiscal asciende a una suma superior a la presupuestada, para lo cual se está adelantando el Estudio Técnico correspondiente, con el fin de suprimir los cargos innecesarios a mas tardar en el mes de marzo próximo, con el ánimo de disminuir los costos de personal en protección del presupuesto, ya que se incrementarían si se esperara hasta después de las elecciones presidenciales, se pregunta:

“(. . .) ¿La reforma administrativa que efectuaremos donde se suprimen mas no se crean nuevos cargos, hace parte de las excepciones estipuladas en la

Ley 996 de 2005, artículo 38, inciso 3º, máxime cuando se acaten las normas de Carrera Administrativa consagradas en la Ley 909 de 2004.

2. - FUNDAMENTOS

De manera atenta, se da respuesta a los interrogantes planteados en el escrito en referencia, no sin antes mencionar que los conceptos que expide esta oficina son de carácter general y abstracto. Sobre ellos en su orden, me permito efectuar el siguiente análisis:

2.1. De la contratación directa:

Si bien la Ley 80 de 1993, en su art. 24, establece como regla general, que la escogencia del contratista se efectuó siempre a través de licitación o concurso, así mismo determina expresamente, los eventos en los que se podrá contratar directamente.

*Artículo 24: **Del principio de transparencia.** En virtud de este principio:*

1º. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso

Público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

a) Modificado Dcto 2159 de 1995, art. 38. Dcto 62 de 1996, art. 1º: Menor cuantía:

Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresadas en salarios mínimos legales mensuales.¹(...)

¹ En el mencionado artículo se encuentran señalados en SMLM los topes de la menor cuantía para las entidades públicas según su presupuesto anual

Señalan los diferentes tratadistas, que la Ley 80 de 1993, en el precitado artículo, dividió los contratos, que pueden ser objeto de contratación directa, de acuerdo con sus características, así:

"Por su cuantía: Literal a), Menor cuantía, e igual o inferior al 10 % de la menor cuantía.

Por su naturaleza: Literal b) los empréstitos; literal c), los interadministrativos, con excepción del contrato de seguro; literal d), para la prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directos de actividades científicas o tecnológicas.

Por su objeto: Literal e) arrendamiento o adquisición de inmuebles.

Por su finalidad: Literal f) urgencia manifiesta; g) declaración de desierta la licitación o concurso; h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general cuando falte voluntad de participación; I) bienes y servicios que se requieran para la defensa de la seguridad nacional.

Por circunstancias especiales: Literal j) cuando no exista pluralidad de oferentes; k) productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; L) en los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud; m) los actos y contratos que tengan por objeto actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta."

Por su parte, el parágrafo 2º del artículo 24 del Estatuto Contractual en comento, determinó que el Gobierno Nacional, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, expidiera un reglamento de contratación directa, y es así como efectivamente se expide el *Decreto 855 de 1994, que constituye el reglamento de contratación directa por expreso mandato del legislador*, y que en su artículo 20 legal y vigente, dispone:

"Art. 20.- En los eventos de contratación directa no previstos en este decreto, el contrato se podrá celebrar tomando en cuenta los precios de mercado y sin que sea necesario obtener previamente ofertas o publicar avisos de invitación a contratar.

Posteriormente el Gobierno Nacional, expide el *Decreto 2170 de 2002, por el cual se derogaron los artículos 3º, 8º, 11, y 12 del Decreto 855 de 1994*, el

artículo 5º del Decreto 287 de 1996 y las disposiciones que le sean contrarias, y a su vez da aplicación a ciertas normas de la Ley 527 de 1999, sobre el desarrollo de las comunicaciones y el comercio por vía electrónica.

El Gobierno Nacional a través del Decreto 2170, establece unos mecanismos en aras de darle una mayor aplicabilidad a los principios de publicidad, transparencia y selección objetiva de los contratistas del Estado y, especialmente, en tratándose de los siguientes eventos: **Contratos de menor cuantía**; en los casos en que se declare desierta la licitación o concurso; cuando no se presente oferta alguna; cuando ninguna oferta se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia; y en general, cuando falte voluntad de participación.

Se tiene entonces, que los procesos de contratación cuyo valor sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, están cobijados por la modalidad de contratación directa, solo que están sujetos a unas reglas especiales indicadas expresamente, entre otros, en el artículo 20 del Decreto 855 de 1994 y, en el párrafo del artículo 11, numeral 5º del Decreto 2170 de 2002, que se transcribe a continuación:

Decreto 2170 de 2002:

"Artículo 11º: Menor cuantía. (...)

5º (...).

Parágrafo: Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, las entidades podrán celebrarlo tomando como única consideración los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas"

Nótese como el 2170 de 2002, en el párrafo citado del artículo 11, lo que hizo fue repetir la disposición ya contenida en el Decreto 855 de 1994, y que

cobija a "todos los eventos de contratación directa no previstos en dicho reglamento".

2. 2.- Potestad de la administración de escoger al contratista mediante licitación pública, teniendo la facultad para adjudicar el contrato directamente:

Como muchos tratadistas coinciden en afirmar, puede decirse que la contratación directa es una facultad establecida en la Ley 80 de 1993, que concede a la entidad estatal, *por vía de excepción*, para en los casos expresamente señalados en el numeral 1, literales a) a la m), del artículo 24, efectuar la selección del contratista por esta vía y, no a través de licitación o concurso público, que constituye la regla general.

Al respecto, el tratadista Juan Carlos Expósito Veléz, en su obra "La Configuración del Contrato de la Administración Pública en el Derecho Colombiano y en el Derecho Español", pag. 462, Publicación Universidad Externado de Colombia, advierte:

"(...) Hemos sido insistentes, y seguiremos siéndolo, en que al interior de la contratación las formas y las formalidades constituyen prenda de garantía para el buen desarrollo de la contratación pública, y para que se cumplan los principios de la buena administración, y no es precisamente la contratación directa donde ellas se van a obviar. A pesar de nos ser un procedimiento concursal, la escogencia directa debe cumplir con todos los requisitos formales, incluyendo el de la objetividad. Si bien es verdad que no tiene que realizar todos los pasos que se exigen en la licitación, también lo es que, en uso de su plena libertad de escoger, la administración en aras de la transparencia, debe, por ejemplo provocar la concurrencia y, una vez presentados los interesados, ser imparciales el momento de designar a su colaborador."

Así las cosas puede decirse, que la contratación directa, es un procedimiento excepcional para la selección del contratista y, además de excepcional, es supletivo, como bien coinciden en afirmar los diferentes tratadistas, pues

aunque se trate de eventos en los que el legislador ha indicado para su situación dicho procedimiento, la administración puede, si lo considera conveniente, hacer la selección del contratista acudiendo a la licitación.

En relación con el tema, se ha pronunciado el Consejo de Estado, así:

"Si la administración decide escoger al contratista mediante licitación pública, teniendo facultades para adjudicar el contrato directamente, deberá acatar preferencialmente las normas que regulan el trámite licitatorio voluntario y unilateralmente escogido". (Consejo de Estado Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sentencia del 26 de septiembre de 1966, exp. 10978, M.P.: Daniel Suárez Hernández).

Es por ello, que frente a la pregunta de si puede utilizar el procedimiento señalada para una licitación pública, en una clase de contrato que tiene indicado el trámite de contratación directa, igualmente por la vía doctrinaria, se ha considerado que, "es perfectamente factible". Al respecto, el tratadista y autor versado en el asunto OMAR FRANCO GUTIERREZ, en su obra "La Contratación Administrativa, pag.221, señala:

"(...), la licitación pública y la contratación directa están dirigidas a cierta clase de actos y contratos, los cuales están determinados por la ley.

Nos preguntamos ahora ¿podrá utilizarse el sistema señalado para la licitación pública en un asunto que tiene indicado el trámite de la contratación directa (...)?

Creemos que cuando un asunto se tramita bajo las normas de la contratación directa, es perfectamente factible que se le aplique el procedimiento de licitación pública.

Nada impide que en un asunto para el cual se puede convocar a un número reducido de personas, se resuelva con invitar a todo el que se crea con capacidad y derecho para intervenir, convocatoria hecha por intermedio de diarios de amplia circulación, y aplicarle normas que ofrecen mayor amplitud".

(...). Aquí cabe aplicarle el principio del que puede lo más puede lo menos. Si puede hacerse una cosa con trámites restringidos, con mayor razón podrá hacerse ese mismo asunto con trámites más amplios. (...)

Queda pues, en manos del jefe del organismo, determinar si un asunto que puede ir por el trámite de la contratación directa, él ordena que se haga por el procedimiento de la licitación pública, lo que es perfectamente posibles y en muchos casos aconsejable, (...).

2.2. Artículo 33 de la Ley 996 de 2005:

La Ley Estatutaria 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, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones", en su artículo 33 dispone:

"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. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración. (Lo subrayado en negrilla fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153 de 2005.)

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1153, en el estudio del artículo en comento, expresó:

"...No obstante, la expresión "adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración" es demasiado amplia y, por su considerable indeterminación semántica, termina permitiendo incluir numerosas excepciones que desdibujarían la prohibición original. En esta medida, no se conseguiría la garantía pretendida.

Lo inaplazable e imprescindible son conceptos sometidos a una indeterminación de carácter evaluativo que deriva en que aquello que es impostergable o no prescindible para un sujeto puede no serlo para otro, según su perspectiva. Lo mismo sucede con la expresión normal funcionamiento. La determinación del estado de normalidad o anormalidad del funcionamiento de la administración puede oscilar ampliamente”.

Como bien lo anuncia en su oficio, efectivamente con la expedición de la Ley 996 de 2005, **queda prohibida la realización de contratación directa** por parte de todos los entes del Estado, durante los cuatro (04) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta si fuere el caso, salvo en las excepciones contempladas en la misma norma.

Es así como la Contraloría General de Bello en ejercicio de su autonomía, al definir una política pública que en este asunto garantice el cumplimiento de su misión, debe adecuarla el Estatuto de Contratación Administrativa, sin pretender menoscabar con ello la aplicación del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, para lo cual podría, aplicar el procedimiento de licitación pública en los términos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el Decreto 2170 de 2002, teniendo en cuenta que es la regla general de la contratación pública en Colombia, para la escogencia del contratista y, señalado además, como el mecanismo más conveniente para la administración y a los fines que ella busca, en aplicabilidad de los principios que la regulan.

2.3. Artículo 38 de la Ley 996 de 2005

En relación con el segundo interrogante referido a la posible reforma administrativa, es importante transcribir algunos apartes del texto del artículo 38, de la Ley 996 de 2005, en lo pertinente, así:

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

1. (...)

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 (...)

(...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, 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."

Como ya se dijo en anterior concepto por parte de esta Dirección, en la primera parte del parágrafo, las restricciones establecidas están dirigidas hacia los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas, razón por la cual, no es posible extenderlas a los contralores, quienes no hacen parte de la relación taxativa a la que se ha hecho mención.

Situación distinta se presenta respecto de lo previsto en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996, que prohíbe la modificación de la nómina del respectivo ente territorial, toda vez que este concepto comprende no sólo a las entidades del nivel central y descentralizado del departamento, distrito o municipio, sino adicionalmente a sus respectivos organismos de control fiscal.

Lo anterior significa que dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones de los cargos de elección popular, la forma en que a esa fecha se encuentre integrada la nómina del respectivo ente territorial, no podrá ser modificada, con excepción de los supuestos previstos en la misma ley.

Por su parte, resulta oportuno conocer el alcance de EXEQUIBILIDAD dado por la H. Corte Constitucional, al mencionado artículo en Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005:

"La Sala observa que todas las limitaciones previstas en el artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones. (...)"

"Ahora bien, las excepciones a esta prohibición consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina: a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de la muerte o renuncia, y b) los cargos de carrera administrativa.

(...)

De otra parte, si con la prohibición de modificación de nomina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las modificación que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

Por último, el límite de tiempo para esta prohibición es razonable, pues en los cuatro (04) meses indicados, época de campaña, es que se presenta el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos. "

Teniendo de presente lo anterior, es menester traer a colación el hecho de que, ante la ausencia de una ley especial aplicable a los servidores públicos al servicio de las contralorías territoriales, la Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", en su artículo 3º numeral 2, estipula la aplicación supletoria de sus disposiciones, en evento de presentarse vacíos en la normatividad que rige, a los servidores públicos de carreras especiales, como es el caso de las contralorías territoriales. Por su parte el párrafo 2º, del artículo 3º de la norma en mención, preceptúa textualmente:

"Parágrafo 2. Mientras se expidan las normas de carrera para el personal de las contralorías territoriales (...) les serán aplicables las disposiciones de la presente ley".

De ahí que visto de tal manera, el posible proceso de reforma administrativa que adelante la Contraloría General de Bello, debe ajustarse al contenido de la Ley 909 de 1994, artículo 46, en concordancia con el artículo 95 del decreto 1227 de 2005, que regulan lo relacionado con la reforma de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los ordenes nacional y territorial, cuando disponen que éstas deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional.

Es así como el argumento referido a la reducción de la planta de personal y consecuentemente a la disminución de la ejecución de los gastos de funcionamiento en el presupuesto, no hace parte integral de la aplicabilidad de las normas de carrera administrativa, sino mas bien de las normas que regulan el empleo público, en este orden de ideas, la reestructuración administrativa de una entidad estatal, es factible que obedezca mas bien a razones de modernización de la administración pública, o a la racionalización del gasto público, más no a la aplicación de las normas de carrera administrativa

Ahora bien, el concepto de "nómina", se encuentra definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como *"Lista o catálogo de nombres de personas o cosas."* *"Relación nominal de los individuos en una oficina pública o particular que han de percibir sus haberes y justificar con su firma el haberlos recibido"*

Entendida la expresión en su tenor literal, a la luz de las definiciones transcritas, resulta claro que en casos de reestructuración de entidades que conduzca a la reducción de las plantas de personal, la "nómina" necesariamente se verá afectada, toda vez que los que hacen parte de la relación de nombres que la integran, ya no formaran parte de la misma.

En aplicación de una interpretación teleológica y finalista, tampoco podría considerarse válido tramitar una reducción de planta de personal, en vigencia de la Ley 996 de 2005, si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional, en la sentencia a la cual ya se ha hecho mención en este escrito, consideró ajustada a la Constitución la limitante establecida en la norma, partiendo de la consideración que en épocas preelectorales, las modificaciones que se produzca en las nóminas de las entidades pueden obedecer a presiones o favorecimientos políticos, salvo que sean el resultado de la aplicación de procesos de selección objetivos adelantados a la luz de las normas de carrera administrativa.

Como es de conocimiento público, un alto porcentaje del personal vinculado a las contralorías territoriales se encuentra nombrado en provisionalidad, ante la ausencia de reglamentación especial de su régimen de carrera y, la reciente implementación de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Esta clase de nombramientos, por no obedecer a procesos de selección mediante concurso de méritos, tienden a presentar una alta rotación, en la que puede incidir el favorecimiento político. De allí, que en criterio de esta entidad, una reducción de planta de personal pueda conducir a presiones o injerencias indebidas, dentro del período preelectoral y, para salvaguardar el espíritu de la ley de garantías electorales, así como la interpretación hecha por la Corte Constitucional, sea necesario manifestarse en el sentido de que el proyecto de reestructuración de la planta de personal, que eventualmente sea aprobado, no podría ser ejecutado dentro del plazo claramente delimitado por la ley de garantías, so pena de incurrirse en desconocimiento de la referida preceptiva.

Llama la atención de este Despacho que con anterioridad a la entrada en vigencia de la restricción establecida en el artículo objeto de análisis, el organismo de control no haya tramitado el correspondiente proyecto de acuerdo, si era tan evidente que el presupuesto asignado para la vigencia, no iba a permitir el sostenimiento de la entidad hasta diciembre de este año. En la actualidad, bajo la aplicación de la limitante mencionada, sería necesario esperar a que se supere la restricción temporal impuesta por la Ley de

garantías, y cuya aplicación, si bien es cierto agudiza la situación de ese organismo de control, no es una situación imputable al legislador, sino que puede obedecer entre otros, a la falta de planeación del órgano de Control.

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, con base en la información que ha sido suministrada por usted a este Despacho y, por tanto, no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, se suscribe de usted,

Cordialmente,



ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA
Directora Oficina Jurídica

*CC: Dra. Nora Elena Correa
Gerencia Seccional I, Medellín.*

CIGN/DPA/ALPC



MEMORANDO INTERNO

100-034

PARA: ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA
Directora Oficina Jurídica

DE: PIEDAD AMPARO ZÚÑIGA QUINTERO
Auditora General de la República

REFERENCIA: NUR -100-1-31730

Para lo de su competencia.

PAZ

PIEDAD AMPARO ZÚÑIGA QUINTERO
Auditora General de la República

afs.

Cecilia Ruiz
Feb 17/06
19



OF 0110 040

Bello, 07 de febrero de 2006

PAZ
OK-02-06
14-02-06
Sonidica

00
Doctora
ANA LIDA PERAFFAN CABRERA
Directora Oficina Jurídica
Auditoría General de la República
CRA 10A 17-18 Piso 9
Bogotá D.C.

Asunto: Concepto Jurídico sobre Ley de garantías electorales.

Respetada doctora Ana Lida:

A raíz de la expedición de la Ley 996 de 2005, Ley de Garantías para la elección Presidencial, específicamente lo referente a la Contratación Pública, se han generado varias interpretaciones que de no ser aclaradas pueden atentar contra el normal cumplimiento de las funciones de las entidades públicas.

8
El Artículo 33 de la Ley referenciada, estipula que durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la elección en segunda vuelta, si fuera el caso queda PROHIBIDA LA CONTRATACIÓN DIRECTA, por parte de todos los entes del Estado (mayúsculas fuera del texto).

Al respecto la Ley 80 de 1993 en el Artículo 24 consagró 2 eventos en los cuales puede tener lugar la contratación directa: Por razón de la cuantía y en atención al asunto.

El primer factor para determinar la vía contractual directa, la cuantía, está enunciado así por el artículo 24 ibídem.

1. "La selección del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguiente casos en los que se podrá contratar directamente.

"El Control Fiscal También es su Responsabilidad"

A. Menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente Ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales.

2. En atención a la naturaleza del asunto el Artículo 24 consagró de los literales b a m unos contratos que pueden celebrarse directamente”.

Es de anotar que el Artículo 24 de la Ley 80 de 1993 fue reglamentado por el Decreto 2170 de 2002, el cual consagró todo lo relacionado al procedimiento que deben aplicar las entidades públicas en los Procesos de Contratación Directa a que se refiere el Artículo 24, numeral 1 literal a, con excepción de los Procesos cuyo valor sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía de la entidad por cuanto en esos casos ya no se trataría de una contratación directa sino de un contrato de mínima cuantía que las entidades podrán celebrar tomando como única consideración los precios del mercado sin que se requiera obtener previamente varias ofertas según los mandatos del Artículo 11- párrafo del Decreto mencionado.

Partiendo de los lineamientos legales referenciados y con el fin de preservar los postulados de la función pública consagrados en el Artículo 209 de nuestra carta magna, respetuosamente le solicito emitir un concepto respecto a qué debemos entender por CONTRATACIÓN DIRECTA, según el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, así mismo si las compras menores necesarias para el cumplimiento de la misión institucional que más adelante relacionaré, se pueden efectuar.

- Toner para impresoras.
- Resmas de papel.
- Arreglo de una impresora injection que se dañó el 03 de febrero de 2006, cuyo costo aproximado es de \$200.000.
- Arreglo de una impresora de punto, cuyo valor de reparación es de \$150.000.
- Fotocopias de los papeles de trabajo de los auditores, de los soportes de quejas, informes para remitir a entes externos como : Auditoría General de la República, Contraloría General de Antioquia, entre otros.
- Correos certificados para enviar información solicitada por autoridades y particulares.
- Pasajes de los funcionarios cuando necesitan desplazarse a otros sitios a realizar auditorías.
- Pago de actualización de textos normativos necesario para la misión de la entidad.
- Impresión de papelería con el logo.
- Gastos de relaciones públicas etc.

“El Control Fiscal También es su Responsabilidad”

254

Todos esos gastos no superan el 10% de la menor cuantía de este organismo fiscal y en su mayoría no superan los \$300.000 y que además son gastos que corresponden al cumplimiento de las funciones asignadas a este organismo fiscal y que son indispensables para cumplir con el Plan de Acción de la Entidad.

Otra inquietud respecto a la aplicación de la Ley 996 de 2005, es en cuanto a una reforma administrativa que esta Contraloría presentará al Concejo Municipal, el 01 de marzo de 2006, la cual obedece a razones presupuestales por cuanto el presupuesto asignado a este organismo fiscal para esta vigencia es de \$818'675.714 y la carga laboral y prestacional de la entidad a 31 de diciembre de 2006, asciende a la suma de \$960'000.000, existiendo un diferencia entre uno y otro valor, por lo que se está adelantando el respectivo estudio técnico para la supresión de los cargos, lo cual se debe efectuar a más tardar en el mes de marzo ya que por cada día que se paguen salarios de más, es disminuir el presupuesto de la entidad y si se espera hasta después de elecciones presidenciales se generaría un caos administrativo por cuanto se tendrían que suprimir mínimo 10 cargos.

Así las cosas, respecto a este interrogante le solicito emitirnos un concepto de si la reforma administrativa que efectuaremos en la cual se suprimen más no se crean nuevos cargos, hace parte de las excepciones estipuladas en la Ley 996 de 2005, Artículo 38 inciso 3, máxime porque le reitero existe estudio técnico previo y se acatarán las normas de Carrera Administrativa consagradas en la Ley 909 de 2004.

De antemano le agradezco la colaboración prestada y en espera de una pronta respuesta.

Con sentimiento de gratitud.


EVA INÉS SÁNCHEZ CORTÉS
Contralora General

Copia: Piedad Zuñiga Quintero, Auditora General de la República. ✓
Nora Helena Correa Londoño, Gerente Seccional I, Medellín

Nidia G.

"El Control Fiscal También es su Responsabilidad"

22



13139180
17-03-06

SERVICIO COPIA
Devolver Copia Firmada

Bogotá marzo 15 de 2006

Doctora
EVA INES SANCHEZ CORTÉS
Contraloría General de Bello
Cra 50 No. 51 - 00, Piso 4°
Bello - Antioquia

042017/2006.
Delio
H

Ref. Respuesta Oficio 0110 040

Solicitud de concepto: Aplicación ley de garantías electorales -
Prohibición Contratación Directa y aplicación reforma administrativa

Acorde con el asunto de la referencia, esta Dirección estima pertinente, dado su interés en relación con "la aplicación del artículo 33 de la Ley 996 de 2005", dar a conocer los conceptos proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que en lo atinente se transcriben a continuación:

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, febrero dos (2) de 2006, Radicación No. 1.712, Consejero Ponente: José Enrique Arboleda Perdomo:

"Para determinar el alcance general del artículo 33 antes mencionado, debe esclarecerse el sentido de las dos locuciones legales, a saber: todos los entes del Estado y contratación directa. La primera de ellas hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. (...) La segunda expresión contiene el elemento objetivo, constituido por la contratación directa en cuanto 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 del contrato o del órgano que contrata. Para efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado "contratación directa" es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993. Por tanto, las entidades públicas pueden seguir contratando previa licitación pública, salvo las excepciones de la misma ley 996 de 2005. (Resaltado y subrayado fuera de texto)

En el citado concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en relación con los alcances a la restricción de contratar directamente, según lo dispuesto en el artículo 33 de Ley 996 de 2005, considera que, la prohibición cubre a *"todos los entes del estado sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía"*; y define, la expresión *"contratación directa, como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea en contenido en el Estatuto General de Contratación Administración Pública –Ley 80 de 1993-, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata"*.

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, concepto del veinte (20) de febrero de 2006, Radicación No. 1.724, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce:

"En este orden de ideas, la actividad contractual de las entidades estatales, de "todas" según los términos de la ley, está sujeta al cumplimiento del proceso licitatorio de manera general y preponderante y a unos casos excepcionales de contratación directa, los previstos en el inciso segundo del artículo 33, cuya característica esencial es permitir la necesaria continuidad de actividades en que está comprometida la supervivencia de las instituciones y la seguridad del Estado, (...)

(...)

En las consideraciones generales se precisó que el régimen temporal y excepcional de contratación establecido para el periodo electoral respectivo en la ley 996 de 2005, excluye la aplicación de las normas que regulan la contratación directa y por lo tanto la selección de los contratistas del Estado se efectúa en el régimen transitorio mediante licitación o en los casos previstos en el artículo 33 ibídem por contratación directa.

Para la Sala, la escogencia del contratista, salvo que se trate de la licitación o concurso público, está prohibida a luz de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, con las excepciones taxativamente señaladas en la citada norma.

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, concepto del veinte (20) de febrero de 2006, Radicación No. 1.724, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce:

"A pesar de que las prohibiciones contenidas en las disposiciones transcritas, sitúan el problema jurídico del manejo de las cajas menores frente a la ley 996 de 2005, el análisis debe realizarse en un escenario distinto al que presenta el señor Ministro en su consulta, en la medida en que legalmente no es viable pagar con este tipo de recursos contratos de menor cuantía que en los términos del artículo 39 de la ley 80 de 1993 deban constar por escrito."

En concepto de la Sala, la interpretación del alcance del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 no puede abordarse sin considerar que la sentencia de la Corte constitucional C- 1153, al declarar la inexecutable de la expresión "Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración", cerró la posibilidad de utilizar la contratación directa como mecanismo de selección de los contratistas del Estado, pues las excepciones son por definición de aplicación restrictiva; de manera que concebir que es viable autorizar el pago de órdenes de compra, servicios u obra, con cargo a los recursos de la cajas menores para gastos imprevistos, urgente e inaplazables, implicaría como lo dijo la Corte "incluir excepciones que desdibujarían la prohibición original. En esta medida, no se conseguiría la garantía pretendida."

Por lo anterior, en concepto de la Sala, tanto los contratos de menor cuantía (art. De la Ley 80/93) como los sin formalidades plenas (art. 39 ibídem) que en razón de la eventualidad, imprevisibilidad se deban celebrar para el cumplimiento de las funciones de la entidad, se encuentran comprendidos en la restricción contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2006."

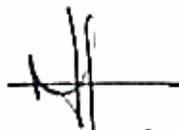
(...)

En concepto de esta Sala, resulta claro que la administración solamente podrá efectuar con cargo a las cajas menores aquellos gastos que no impliquen la celebración de órdenes de servicio, de compra o de obra.
(...)

El citado concepto es claro en señalar, que la contratación directa de menor cuantía, de que trata el artículo 24 de la ley 80 de 1993, como aquella que implique la celebración de órdenes de compra, de servicios o de obra (art. 39 de la ley 80 de 1993), se encuentran comprendidas dentro la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2006.

Se anexa al presente, fotocopia de los referidos conceptos, en quince (15) folios.

Cordialmente,



ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA
Directora Oficina Jurídica

CC: Gerente Seccional I

ALPC