



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

OJ-

- 10

Bogotá, D.C.,

Doctor
ORLANDO SANTAMARÍA VERGARA
Vicerrector Académico
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Ciudad

**REFERENCIA: Concepto Jurídico sobre la ley de garantías
y contratación de servicios relacionados con la academia.**

Respetado Doctor Santamaría.

Teniendo en cuenta que la Secretaría General remite su oficio de fecha 15 de febrero de 2010, en el que solicita concepto sobre la forma en la que se debe realizar la contratación de varios servicios necesarios para el desarrollo de las actividades académicas propias de la Universidad, me permito hacer las siguientes consideraciones:

1. Del régimen contractual de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

Como es bien sabido dentro de la comunidad universitaria, la Ley 30 de 1992 (Por medio de la cual se organiza el servicio público de educación superior) establece en su artículo 93 que en los contratos que, para el cumplimiento de sus funciones, celebren las universidades estatales u oficiales, se aplicarán las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los mismos. Además, el artículo 94 de la misma norma, dispone que para su validez, dichos contratos, además del cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares, estarán sujetos a los requisitos de aprobación y registro presupuestal, a la sujeción de los pagos según la suficiencia de las respectivas apropiaciones, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional cuando a éste haya lugar.

En este mismo sentido se expresa el artículo 10 del Acuerdo 08 de 2003 (Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas). Por lo anterior, los contratos que se celebren para desarrollar las actividades propias de esta Universidad, incluyendo las derivadas de las actividades académicas, se rigen por las normas del derecho privado y el Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

De otra parte, el artículo 21 del Acuerdo 08 de 2003 (Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas), establece sobre los procesos de selección del contratista, lo siguiente:

“CLASES. La Universidad deberá para la selección de sus contratistas, según fuere el caso, utilizar los siguientes mecanismos de selección para la escogencia de los mismos.

1. Contratación directa. La Universidad puede contratar directamente cuando el contrato tenga un valor menor o igual a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Invitación directa para la presentación de ofertas. Se presenta cuando el valor del contrato sea mayor o igual a ciento uno (101) y menor o igual a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. Convocatoria Pública para la presentación de ofertas. Procede cuando el valor del contrato sea igual o superior a quinientos uno (501) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

2. De la ley de garantías y la restricción contractual.

La Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones al ejercicio contractual, que por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado

Una de las restricciones que impone la ley de garantías a los entes públicos en el manejo de recursos estatales, es la contenida en el artículo 33 que prohíbe de manera taxativa la contratación directa en todas las entidades del Estado:

*“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.” (Negrilla fuera de texto)

Al tenor de la citada norma es claro que la prohibición legal de contratar de forma directa bienes y servicios, tiene como destinatarias todas las entidades del Estado, es decir todos los entes públicos que pertenecen o no a las ramas del poder público.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

Lo anterior es reiterado por la Contraloría General de la República:

“5. Restricciones a la contratación pública:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 de la ley referida, durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección de la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa de bienes y servicios por parte de todos los entes del Estado.

*Quedan sujetos a dicha prohibición legal todos los organismos y entidades que hacen parte de la rama del poder público, **así como los organismos que gozan de autonomía constitucional.**” (Negrilla fuera de texto)*

Sobre el particular también se refiere la Procuraduría General de la Nación:

*“Hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, está prohibida la contratación directa en todos los entes del Estado esto es, las entidades que integran la rama ejecutiva –en todos sus órdenes y niveles, centralizado y descentralizado, territorial y por servicios-, la rama legislativa y la rama judicial del poder público, así como los órganos de control, **los entes autónomos e independientes**, y demás entidades y organismos estatales sujetos a regímenes especiales.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Con base en lo anterior, la contratación directa (en todas sus modalidades) debe ser suspendida durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales del año 2010.

Adicionalmente se debe tener en cuenta que la **Directiva 001 de 2009** de la Alcaldía Mayor de Bogotá, advierte las fechas previstas para la vigencia de las restricciones aquí señaladas, garantizando a los organismos y entidades del Distrito, la disponibilidad de recursos aprobados por la Secretaría de Hacienda Distrital, a partir del 2 de enero de 2010 para que se pueda cumplir con la respectiva contratación de bienes y servicios que garanticen el cumplimiento continuo y eficiente de la Entidad u organismo.

Además, el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, o Ley de Garantías dispone que: **“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”**(...)(Subrayado y negrilla fuera del texto)

En este orden de ideas, queda claro que la ley de garantías restringe la celebración de contratos de manera directa con recursos públicos, incluyendo la celebración de convenios interadministrativos.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

En la Universidad, lo anterior se traduce en que hasta el 12 de noviembre de 2009 fue posible celebrar, con recursos propios, convenios interadministrativos y que, hasta el 28 de enero del presente año, se podían suscribir, con recursos de la Institución o de otras entidades de derecho público, contratos de prestación de servicios, órdenes de prestación de servicios y órdenes de compra.

De otra parte, los negocios jurídicos que se pretenda realizar con recursos de carácter privado o que no sean públicos, es viable realizarlos durante la vigencia de la ley de garantías pues no se considera que estén sujetos a la prohibición.

Por otro lado, es importante destacar que el texto original del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señalaba en su inciso final como excepción a la prohibición de contratación, *aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración*, luego la contratación directa de las actividades propias del funcionamiento normal de la administración estaba permitida. Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C- 1153 de 2005, declaró inexecutable dicho apartado.

En efecto, el máximo tribunal señaló:

“Igual apreciación se aplica a la restricción de contratación directa por parte de los entes del Estado consagrada en el artículo 33 y a sus excepciones –idénticas a las del artículo 32-. En esa medida, la Sala las encuentra exequibles.

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.

Por otra parte, para que la garantía sea plena, se hace necesario que la prohibición se aplique para el Presidente o el Vicepresidente desde que éstos manifiesten el interés previsto en el artículo 9º.

*Lo anterior lleva a la Sala a declarar la exequibilidad del artículo, con el condicionamiento arriba señalado, a excepción de la expresión arriba citada de manera textual.”
(Subrayado y negrilla fuera de texto)*



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

Luego, la Corte extendió la prohibición de la contratación directa de los servicios inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración, durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial.

Ahora bien, en este punto del análisis, es importante analizar el alcance de la expresión *contratación directa*, contenida en el artículo 33 de la Ley de Garantías.

Sobre el particular, la Procuraduría General de la Nación mediante Directiva 003 de 2006 señaló sobre la contratación estatal que en época de Ley de garantías: *“no podrán adelantarse procedimientos calificados como de contratación directa, lo que supone que deberá acudirse a la licitación, concurso, invitación o convocatoria pública”*.

De esta forma se expone el escenario normativo sobre el particular.

3. Del manejo de cajas menores durante ley de garantías

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha expresado mediante concepto 1724 de 2006, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, que:

*“Con fundamento en las normas transcritas, **resulta claro que las erogaciones que pueden efectuar los entes públicos con los recursos de las cajas menores está restringido a gastos urgentes, eventuales, fortuitos, inaplazables e imprescindibles para el funcionamiento de la entidad, siempre que de acuerdo con las prohibiciones contenidas en el mismo acto administrativo: a) no deban constar por escrito; b) no se refieran a bienes ya definidos o erogaciones permanentes o periódicas, ni se requieran para completar partidas insuficientes.***

(...)

*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 de 2005, 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 cajas menores para gastos imprevistos, urgentes e inaplazables, implicaría como lo dijo la Corte “incluir numerosas excepciones que desdibujarían la prohibición original. En esta medida, no se conseguiría la garantía pretendida.”***

(...)

*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.***

(...)



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

Las erogaciones que se efectúen utilizando recursos destinados a cajas menores, conforme a su reglamentación, pueden realizarse siempre que no impliquen la celebración de cualquier tipo de contrato. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En este orden de ideas, el manejo de las cajas menores debe limitarse a gastos urgentes, eventuales, fortuitos, imprescindibles e inaplazables que no eran ni son contratados mediante la celebración de cualquier tipo de contrato, es decir, si la necesidad que se requiere solventar, antes de la ley de garantías era contratada mediante alguna modalidad contractual, no podrá hacerse uso de los recursos de la caja menor.

Por otro lado, si el gasto se configura dentro de los casos en los que se puede acudir a la caja menor, se podrá utilizar esta figura estando en vigencia la ley de garantías, siempre y cuando no se configure la celebración de contrato alguno.

4. Del caso concreto

En el caso concreto se cuestiona sobre la forma en la que se debe realizar la contratación de varios servicios necesarios para el desarrollo de las actividades académicas propias de la Universidad.

Se dará respuesta de la siguiente forma:

- a. La Universidad se rige por las normas del derecho privado en materia de contratación, sin embargo, la ley de garantías le es aplicable.
- b. Dentro de la normatividad contractual interna se tiene que los procedimientos de selección del contratista son: i) la contratación directa, ii) la invitación directa y iii) la convocatoria pública.
- c. Dichos procedimientos se encuentran reglamentados en la Resolución 014 de 2004.
- d. Durante el período de ley de garantías, **la Universidad no podrá acudir a la contratación directa**, y en todo caso deberá acudir a la convocatoria pública o a la invitación directa (como mecanismos reglados por nuestro estatuto contractual que garanticen la pluralidad de oferentes, la transparencia, publicidad e imparcialidad) sistemas de selección que se encuentran reglamentados en nuestro régimen contractual, incluso si se trata de atender actividades indispensables e inaplazables para el normal funcionamiento de la Institución, **las cuales no pueden ser reguladas o desconocidas por interpretaciones de normas de inferior categoría.**

No obstante lo anterior, si las necesidades que se deben solventar tienen carácter de urgentes, eventuales, fortuitas, imprescindibles e inaplazables **y no configuran la celebración de cualquier tipo de contrato**, se podrá acudir a los recursos de caja menor para atender el requerimiento, atendiendo la normatividad que regula dichas cajas.

En cuanto a los casos puntuales por usted indicados, estas podrían ser algunas soluciones en la vigencia de la ley de garantías:



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

SERVICIO	SOLUCIÓN PROPUESTA
Prácticas Académicas (transporte)	<p>Mecanismos de selección abiertos reglados en nuestro estatuto de contratación, diferentes a la contratación directa: <u>Convocatoria Pública o Invitación.</u></p> <p>Dicho procedimiento es recomendable ya que unifica a través de una economía de escala dicha necesidad.</p> <p><u>Caja menor</u> siempre y cuando se respeten las directrices y normatividad aplicable sobre lo pertinente, por ser transporte.</p>
Eventos Académicos	<p>Mecanismos de selección abiertos reglados en nuestro estatuto de contratación diferentes a la contratación directa - <u>Convocatoria Pública o Invitación.</u></p> <p>Dicho procedimiento es más adecuado ya que unifica a través de una economía de escala dicha necesidad, ya que <u>un contratista puede encargarse de la logística de varios eventos.</u></p>
Conferencias dentro de la universidad.	<p>Puede acudirse a la contratación mediante el proceso general de selección de OPS reglado en la Resolución 031 de 2008 (cuya duración es en promedio de 7 días hábiles), no se puede acudir en ningún caso a la excepción del 6º de dicha Resolución.</p> <p>También es posible a través de <u>convocatoria, invitación</u> reglados en nuestro estatuto de contratación o a través de la figura de <u>vinculación especial</u> atendiendo a criterios señalados en la sentencia C-517 de 1999 de la corte Constitucional y en todo caso aplicando criterios de selección objetivos, señalando que no se trata ni de contratación, ni de nombramiento en planta, sino de una vinculación especial según lo referido en dicha jurisprudencia.</p>



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

Mantenimiento de equipos	A todas luces debe ser por <u>convocatoria</u> , o por lo menos con <u>invitación</u> , sobre todo teniendo en cuenta que no debe existir fraccionamiento en el mantenimiento de equipos de la universidad, en caso de ser tan especializado dicho mantenimiento se sugiere tener en cuenta en futuras adquisiciones de equipos para que se contrate también la respectiva garantía y mantenimiento. Así mismo se debe demostrar la real necesidad al respecto.
Publicaciones en diario de amplia circulación	El Consejo de Estado mediante concepto 1738 de 2006 manifestó que de todas maneras se mantiene la prohibición de la contratación directa, ante lo cual propone o hacer una <u>convocatoria o invitación</u> , o acudir a <u>otros medios de similar difusión a los diarios de amplia circulación</u> . Otra posibilidad y la más recomendable es <u>adicionar el contrato vigente en lo máximo permitido</u> .
Correctores de estilo	<u>Puede acudirse a la contratación mediante procesos de selección objetivos de OPS reglado en la Resolución 031 de 2008</u> , o a través de <u>convocatoria, invitación</u> reglados en nuestro estatuto de contratación
Evaluación académicos por pares	Puede acudirse a la contratación mediante <u>procesos de selección objetivos de OPS reglado en la Resolución 031 de 2008</u> , o a través de <u>convocatoria o invitación</u> - mecanismos reglados en nuestro estatuto de contratación. Así mismo consideramos que no es pertinente ni siquiera cuando no hay ley de garantías que se contraten dichos pares de manera directa cuando justamente la universidad ha sido tan cuestionada en la objetividad y en la forma de selección de los pares.
Tutorías y Talleres	Puede acudirse a la contratación mediante <u>procesos de selección objetivos de OPS reglado en la Resolución 031 de 2008</u> , o a través de convocatoria, invitación reglados en nuestro estatuto de contratación.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

Tiquetes aéreos	estatuto de contratación, diferentes a la contratación directa: <u>Convocatoria Pública o Invitación.</u> Dicho procedimiento es recomendable ya que unifica a través de una economía de escala dicha necesidad. <u>Caja menor</u> siempre y cuando se respeten las directrices y normatividad aplicable sobre lo pertinente, por ser transporte.
Avances	<u>Aplicar la Resolución 098 de 2005.</u> Que regula la materia y es plenamente válida.

De esta forma se da respuesta a la solicitud de concepto elevada ante esta Oficina Asesora Jurídica.

Este concepto se expide en los términos del Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MANUEL ALEJANDRO MOLINA RUGE
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Vo Bo. Leonardo Gómez París
Proyectaron Omar Barón / Jairo Cristancho