



Concepto Sala de Consulta C.E. 1712 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

LEY DE GARANTIAS ELECTORALES - Excepciones a la prohibición de contratación directa. Defensa y seguridad del estado / CONTRATACION ESTATAL - Restricción a la contratación directa durante la campaña presidencial. Bienes y servicios para defensa y seguridad nacional / CONTRATACION DIRECTA - Restricciones durante la campaña presidencial. Programas de protección de derechos humanos, desmovilización y reincorporación a la vida civil / SEGURIDAD NACIONAL - Excepciones a la prohibición de contratación directa durante la campaña presidencial

Con fundamento en la excepción prevista en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, según la cual se exceptúan de la prohibición a la contratación directa "lo referente a la defensa y seguridad del Estado", la adquisición de bienes y servicios para atender los Programas de Reincorporación a la Vida Civil de Personas y Grupos Alzados en Armas al margen de la ley, del programa de Protección de Derechos Humanos y del Programa de Desmovilizados que manejen los ministerios del Interior y de Justicia y de Defensa Nacional, pueden realizarse por el procedimiento de contratación directa.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 3778 de 20 de febrero de 2006.

[Ver el art. 33, Ley 996 de 2005](#)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. ., febrero dos (2) de dos mil seis (2006)

Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00011-00(1712)

Actor: MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Referencia: Restricción a la contratación directa durante la campaña presidencial - Ley Estatutaria 996 de 2005. Contratación de bienes y servicios para defensa y seguridad nacional. Programas de protección de derechos humanos, desmovilización y reincorporación a la vida civil - Decreto 3740 de 2004.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, solicita concepto de la Sala sobre la viabilidad jurídica de continuar contratando directamente la adquisición de bienes y servicios, con cargo a los recursos de los programas de protección de derechos humanos y de reincorporación a la vida civil de grupos y personas alzados en armas que maneja el Gobierno Nacional, y al efecto hace referencia a la competencia del Ministerio del Interior y de Justicia para diseñar, coordinar, ejecutar y evaluar la política del Estado orientada a la reincorporación de personas y grupos al margen de la ley, que se desmovilicen o hagan dejación voluntaria de las armas, así como a la función de formular, coordinar, evaluar y promover la política del Estado en materia de conservación del orden público, todo ello en coordinación con el Ministerio de Defensa (decreto ley 200 de 2003).

Transcribe el decreto 3740 de 2004 que adiciona el decreto 855 de 1994 con otras actividades relacionadas con la defensa y seguridad nacional, reglamentario de la ley 80 de 1993 en materia de contratación directa, y hace mención a la ley 996 de 2005 que restringió la contratación directa durante la campaña presidencial, para finalmente formular el siguiente interrogante:

"La adquisición de bienes y servicios para atender los Programas de Reincorporación a la Vida Civil de Personas y Grupos Alzados en Armas al margen de la ley, del Programa de Protección de Derechos Humanos y del Programa de Desmovilización que maneja el Ministerio de Defensa Nacional, se puede continuar realizando directamente, conforme al decreto 3740 de 2004 y en consonancia con el fallo de la Corte Constitucional que se pronunció sobre el proyecto de ley estatutaria No. 216 Senado y 352 Cámara de 2005 (Ley 996 de 2005)?"

Para responder la Sala CONSIDERA:

Con el fin de absolver la consulta, procede la Sala a determinar el sentido general de la prohibición a la contratación directa del artículo 33 de la ley 996 de 2005, para pasar luego a la interpretación de la excepción a esa prohibición por motivos de defensa y seguridad del Estado, para terminar con el análisis del caso concreto de los programas de reinscripción a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia.

En desarrollo del Acto Legislativo No 02 de 2004, que impuso al Congreso Nacional el deber de expedir una ley estatutaria que desarrollara el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regulara además, entre otras materias, las garantías a la oposición, la participación en política de los servidores públicos, el derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, la financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, el derecho de réplica en condiciones de equidad, y las normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República, se expidió la ley 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 de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones*".

La Sala resalta las finalidades de la ley, dar las máximas garantías a los partidos y candidatos en el curso de la campaña electoral especialmente cuando el Presidente o el Vice-Presidente en ejercicio decidan someter su nombre a la reelección, según las voces del artículo 1° de la misma. Esta finalidad es uno de los criterios de interpretación de esta ley, tal como se expone y utiliza mas adelante. El alcance general de la norma, está expresado sin ambages en los antecedentes legislativos, como aparece en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No 216-Senado, en la que se afirmó que "*Es claro que en una campaña electoral en la cual el Presidente en ejercicio aparezca como candidato, deben ofrecerse todas las garantías de igualdad posible entre candidatos, y por ello la figura de la reelección presidencial debe ir acompañada de provisiones suficientes que eviten cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección.*"¹

En lo que atañe al asunto consultado, dispone la ley que se comenta:

"*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."² (*Aparte subrayado, declarado inexecutable*).

Antecedentes legislativos

Esta norma prohibitiva de la contratación directa, tuvo origen en el proyecto de ley No 216 Senado de 2005, que en el Título II de las Disposiciones Generales, contenía propuestas en materia de congelación de planta de personal y de contratos de prestación de servicios, salvo por necesidades del servicio, y prohibición de contratación directa, con excepciones:

"*Artículo 5°. Contratación pública. Durante el último mes de la campaña 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, exceptuando los gastos requeridos para la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, sí como también los utilizados para la reparación de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones.*"

Nótese que desde el primer momento se contempló la prohibición a la contratación directa, por el término reducido de un mes, el que posteriormente se amplió, y desde un comienzo del trámite en el Congreso se dejó a salvo los gastos para defensa y seguridad.

En la Exposición de Motivos se hizo la siguiente referencia:

"...incluye como condiciones aplicables en el período de campaña electoral restricciones al Presidente y al Vicepresidente en ejercicio de algunas de sus funciones, la congelación de la planta estatal, la prohibición de contratación directa y la utilización de los bienes y de los recursos del Estado con algunas excepciones."

En la Ponencia para Primer Debate en el Senado al Proyecto No 216, remite a las excepciones que se prevean en las restricciones a la contratación y amplía el término de esta última a 2 meses, sin que en el texto de la ponencia se expresaren las razones que justifiquen las modificaciones:

"*Artículo 11. RESTRICCIONES A LA CONTRATACION PÚBLICA. Durante los dos (2) 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 organización electoral, 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."³

El proyecto fue aprobado en Primer Debate, extendiendo el término de las prohibiciones a cuatro (4) meses, precisando las excepciones en caso de acciones terroristas o desastres naturales y adicionando la excepción genérica para la realización de gastos inaplazables e imprescindibles para el funcionamiento de la administración⁴, que posteriormente sería declarada inexecutable. En el segundo debate se propuso reubicar los artículos 10 y 11 para integrarlos al capítulo de Regulación de la Campañas, pasando a ser los artículos 32 y 33, sin que se registraran en los antecedentes consideraciones pertinentes sobre su contenido.

2005, al analizar el artículo 32 consideró que "si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación." Se destaca que las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias que tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines que podrían llevarlo a insalvables encrucijadas por su inactividad ante situaciones urgentes, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral.

Agrega que "la declaratoria de exequibilidad del artículo 32 se da bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º." Sobre el artículo 33 señaló la Corte que:

"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."

De los anteriores antecedentes legislativos y jurisprudenciales, es indudable que el legislador asumió que la contratación directa puede dar lugar al rompimiento del equilibrio entre partidos y candidatos a la presidencia y por esto la prohibió. Advierte la Sala que siempre ha estado prohibida la contratación cuando se utiliza para favorecer partidos o candidatos políticos, y que por lo mismo da lugar a sanciones disciplinarias, patrimoniales y penales, e incluso los contratos que así se celebren estarían viciados de nulidad absoluta por desvío de poder. A pesar de esto, el legislador fue mucho más allá y prefirió extremar las garantías al punto de evitar la contratación misma, de manera que no hubiera siquiera la sospecha de que mediante este mecanismo se pudiera alterar la igualdad entre los candidatos. La Corte Constitucional en la sentencia y los párrafos citados, declaró contraria a la Carta la expresión legal *adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración* por considerarla ambigua, cerrando, con tal decisión, toda posibilidad a la contratación directa por parte de las entidades públicas, salvo las excepciones de ley.

Para determinar el alcance general del artículo 33 antes transcrito, debe esclarecerse el sentido de 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. Dada la finalidad de la ley 996 de 2005, es claro que esta locución debe ser entendida dentro de su propio contexto, que consiste en evitar que mediante la contratación directa, cualquier ente público pudiera romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones. 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 el contrato o del órgano que contrata. Para los 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 la licitación pública, salvo las excepciones de la misma ley 996 de 2005.

El artículo 33 que se comenta contiene una prohibición temporal de 4 meses a la contratación directa durante la campaña presidencial, lapso extendido a seis meses para el Presidente o el Vicepresidente en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional. Esta restricción exige de los órganos y entidades con capacidad contractual la responsabilidad de planificar con suficiente antelación, la gestión contractual en los períodos anteriores a la elección presidencial, para que la prestación de los servicios, el cumplimiento de funciones públicas y el ejercicio de competencias que se llevan a cabo mediante esta forma de actividad administrativa bilateral, no se vea afectada por la restricción impuesta por la ley estatutaria. Esta prohibición temporal tiene algunas excepciones, una de las cuales es parcialmente objeto de este concepto, de la que se ocupa enseguida.

II. La interpretación de la excepción a la prohibición de contratar, cuando medie la defensa y seguridad del Estado.

Se expuso en el punto anterior, que la expresión contratación directa debe entenderse en su sentido literal, esto es el de la selección de los contratistas públicos por métodos diferentes de la licitación pública. De lo expuesto, se desprende también que las excepciones a la prohibición temporal a la contratación directa, consagradas en el segundo inciso del artículo 33 de la ley de garantías electorales, deben también entenderse bajo ésta misma óptica, es decir su sentido literal y obvio.

entenderse en su sentido literal y obvio, esto es ligada a la noción de orden público social, tanto externo como interno. En el caso que se estudia, coincide ésta noción con las actividades a cargo de los ministerios del Interior y de Justicia y de Defensa Nacional, en lo referente a programas para reincorporación desmovilización y protección a los derechos humanos, las cuales habían sido definidas por el decreto 3740 de 2004, como parte de la excepción a la licitación pública, contemplada en el literal (i) del numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993.

Teniendo en cuenta esta perspectiva, procede la Sala a analizar, si el caso consultado, encaja o no dentro de la excepción a la prohibición definida por la ley como "lo referente a la defensa y seguridad del Estado," en el siguiente acápite.

III. La aplicación de la excepción al caso de la contratación para los programas de reinserción.

Con el fin de establecer si la situación consultada encaja o no dentro de la excepción señalada en el título de esta parte, se precisan las competencias de los Ministerios del Interior y de Justicia, y de Defensa Nacional, sin perjuicio de otros programas bajo la responsabilidad de otros organismos o entidades públicas con régimen especial,⁵ que permiten advertir el diseño de unos programas orientados a la desmovilización y reincorporación de grupos y personas alzados en armas, que a partir de la entrega de las mismas, generan la acción del Estado y como en el caso consultado su gestión contractual, con miras a la preservación del orden público y también a cristalizar avances en el logro de la paz, derecho y deber de obligatorio cumplimiento, según lo consagra el artículo 22 de la Carta, en armonía con el deber impuesto a todo ciudadano y toda persona de propender al logro y mantenimiento de la paz (artículo 95.6 de la C. P.).

Así, al Ministerio del Interior y de Justicia, de modo genérico corresponde, formular, coordinar, evaluar y promover la política de Estado en materia de conservación del orden público, en coordinación con el Ministro de Defensa Nacional en lo que a este corresponda, la convivencia ciudadana y la protección de los derechos humanos (Decreto ley 200 de 2003, artículos 1° y 2°) y, respecto de los programas en particular, tiene las siguientes competencias:

- en materia de programas de reincorporación, es función del Ministerio del Interior y de Justicia diseñar, coordinar, ejecutar y evaluar la política de Estado dirigida a la reincorporación a la vida civil de personas o grupos armados y organizados al margen de la ley⁶, que se desmovilicen o hagan dejación voluntaria de las armas, en coordinación con el Ministerio de Defensa Nacional (artículo 2.7). Le corresponde al Ministro, en particular:

"Artículo 6°. Funciones del Despacho del Ministro del Interior y de Justicia. Son funciones del Ministro del Interior y de Justicia, además de las señaladas por la Constitución Política, las siguientes (...)

18. Adelantar los programas especiales que se requieran en el desarrollo de las funciones que se determinan en el presente decreto.

19. Coordinar y dirigir la acción del Estado conducente a desarrollar el "Programa para la Reincorporación a la Vida Civil de las Personas y Grupos Alzados en Armas", mediante el cual se atenderán las personas y grupos armados y organizados al margen de la ley que se desmovilicen y hagan dejación voluntaria de las armas, en coordinación con el Ministerio de Defensa Nacional.(...)

Parágrafo: La función establecida en el numeral 19 es transitoria y permanecerá en el Ministerio en tanto la situación de orden público así lo amerite." (destaca la Sala)

- en materia de programas de desmovilización, el decreto 128 de 2003, reglamentario de las leyes 418 de 1997 y 782 de 2002, le asigna al Ministerio de Defensa la competencia de prestar ayuda humanitaria al desmovilizado, a partir de cuando la persona que es miembro de un grupo al margen de la ley se entrega a las autoridades y hasta que es entregado al Ministerio del Interior, según lo prevé el artículo 4°:

"ART. 4º-Recepción. Desde el momento en que la persona se presenta ante las autoridades a que se refiere el artículo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional prestará la ayuda humanitaria inmediata que requiera el desmovilizado y su grupo familiar, cubriendo en todo caso sus necesidades básicas como son las de alojamiento, alimentación, vestuario, transporte, atención en salud y realizará la valoración integral del desmovilizado.

Durante este proceso de desmovilización, el Ministerio de Defensa Nacional gestionará la consecución de instalaciones especiales de seguridad para efectos de alojar a los desmovilizados, de manera que se procure su integridad personal y permanencia.

Una vez recibido el desmovilizado por parte del Ministerio de Defensa Nacional, deberá dar aviso de tal circunstancia al Ministerio del Interior en el término de tres (3) días hábiles, y procederá a entregárselo en un término no mayor a quince (15) días calendario adicionales.

La entrega física del desmovilizado se hará mediando un acta en la cual constarán los datos iniciales de su individualización, su huella dactilar y las circunstancias de su desmovilización del grupo armado al que pertenecía." (...)

- En materia de protección de derechos humanos, el decreto ley 200 de 2003 (artículo 17.4) le asigna a la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior la función de diseñar y coordinar los programas generales de protección de los derechos humanos y de prevención a la violación de los mismos, en colaboración con el Programa Presidencial de Promoción, Respeto y Garantía de los Derechos Humanos y de aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

Como se observa, la ejecución de estos programas está encaminada directamente al restablecimiento del orden público y a la búsqueda de la paz, elemento esencial del Estado, que además constituye una de sus razones de ser, y que en la Constitución Política hace parte de los grandes anhelos nacionales, enunciados en el preámbulo. Por esta razón, es claro que llevar a cabo la contratación directa para la continuidad de estos

programas, es parte esencial de construcción de la paz, del restablecimiento del orden público, y por lo mismo encaja dentro de la noción de "defensa y seguridad del Estado" del artículo 33 de la ley 996 de 2005.

Para concluir, es bueno anotar que estas actividades han sido enlistadas dentro de los casos enumerados por el reglamento de contratación directa, como de seguridad y defensa nacionales que trae la ley 80 de 1993, tal como fue planteado por el Sr. Ministro consultante a la Sala.

La Sala Responde:

Con fundamento en la excepción prevista en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, según la cual se exceptúan de la prohibición a la contratación directa "lo referente a la defensa y seguridad del Estado", la adquisición de bienes y servicios para atender los Programas de Reincorporación a la Vida Civil de Personas y Grupos Alzados en Armas al margen de la ley, del programa de Protección de Derechos Humanos y del Programa de Desmovilizados que manejen los ministerios del Interior y de Justicia y de Defensa Nacional, pueden realizarse por el procedimiento de contratación directa.

Transcribese al señor Ministro del Interior y de Justicia y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Secretaria de la Sala

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Gaceta del Congreso No 71 de marzo 2 de 2005, pág. 14.

2 El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C - 1153 de noviembre 11 de 2005.

3 La Representante a la Cámara Nancy Patricia Gutiérrez dejó constancia en la Ponencia de haber propuesto y no haber sido acogida la unificación a cuatro (4) meses del término de suspensión de la nómina y de las restricciones a la contratación pública, para dar el mismo tratamiento a todas las prohibiciones contenidas en el proyecto.

4 Sobre el alcance de las excepciones, ver Actas No 17 y 18 de mayo 23 y 24 de la Comisiones Primeras de Senado y Cámara.

5 Así por ejemplo, la ley 368 de 1997 creó el Fondo de Programas Especiales para la Paz como una cuenta del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, con régimen especial de contratación (art. 3º decreto 2429 de 1997), o el Fondo de Inversión para la Paz creado por la ley 487 de 1998 (art. 8º), cuenta adscrita a la Presidencia de la República, también con régimen especial de contratación.

6 El artículo 66 de la ley 975 de 2005 prevé que el Gobierno, de acuerdo con el Programa de Reincorporación a la vida civil, debe procurar la vinculación de los desmovilizados a proyectos productivos o a programas de capacitación o educación que les facilite acceder a empleos productivos y el apoyo para ingresar a programas de asistencia psicológica adecuados que faciliten su reincisión social y adopción a la normal vida cotidiana.

Fecha y hora de creación: 2024-11-22 00:17:45