

LEY ESTATUTARIA DE GARANTIAS ELECTORALES - Contexto general / CAMPAÑA PRESIDENCIAL - Restricciones en materia de contratación pública / PROHIBICION DE CONTRATACION DIRECTA - Excepción por motivos de defensa y seguridad del estado en campaña presidencial / FONDO DE PROGRAMAS PARA LA PAZ Y DE LA AGENCIA COLOMBIANA PARA LA REINTEGRACION DE PERSONAS Y GRUPOS ALZADOS EN ARMAS - Naturaleza, objeto, funciones y régimen de contratación. Fondo de Programas para la Paz. Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas

La ejecución de los programas a cargo del Fondo de Programas para la Paz están encaminados directamente al restablecimiento del orden público, a la construcción de una política de paz y a la búsqueda del logro y mantenimiento de la misma, en atención a uno de los fines estatales consagrados en el preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución Política. Por esta razón, es claro que llevar a cabo la contratación directa, en lo que corresponda contratar bajo esta modalidad de selección, para la continuidad de estos programas, encaja dentro de la noción de “defensa y seguridad del Estado” de la excepción a que se refiere el artículo 33 de la ley 996 de 2005, Estatutaria de la Ley de Garantías Electorales. En consecuencia, en caso de que el Presidente de la República en ejercicio manifieste su interés en participar como candidato en las próximas elecciones presidenciales, el Fondo de Programas para la Paz puede continuar contratando directamente los programas cuya financiación esté a su cargo relacionados con la construcción de la paz, el restablecimiento del orden público y la vigencia de los derechos y libertades de las personas, en cumplimiento de las normas que rigen su actividad y al amparo de la excepción a la que se refiere el artículo 33 de la citada ley. La excepción a la prohibición a la contratación directa prevista en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, en “lo referente a la defensa y seguridad del Estado”, es aplicable a la adquisición de bienes y servicios para atender los programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de grupos alzados en armas al margen de la ley y de los miembros de los mismos, que se manejan a través de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, de conformidad con las causales de contratación directa previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) y su decreto reglamentario 1510 del 17 de julio de 2013. **NOTA DE RELATORIA:** Levantada la reserva legal mediante oficio No. OF111300139043 del 21 de noviembre de 2013.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 127 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 152 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 197 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 204 / ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2004 / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 33 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 2 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 13 / LEY 368 DE 1997 - ARTICULO 9 / LEY 368 DE 1997 - ARTICULO 10 / DECRETO 2429 DE 1997 - ARTICULO 1 / LEY 434 DE 1998 - ARTICULO 15 / DECRETO 4138 DE 2011 - ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ALVARO NAMEN VARGAS

Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00(2168)

Referencia: ARTICULO 33 DE LA LEY ESTATUTARIA 996 DE 2005. RESTRICCIÓN A LA CONTRATACION DIRECTA DURANTE LA CAMPAÑA PRESIDENCIAL. CONTRATACION DE BIENES Y SERVICIOS PARA DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL

El señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República formula a la Sala una consulta relacionada con la restricción a la contratación directa durante la campaña presidencial prevista en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales, y en particular, sobre la excepción referida a la defensa y seguridad del Estado que consagra el mencionado artículo.

I. ANTECEDENTES

El señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República relacionó los siguientes antecedentes:

1. La ley 368 de 1997 creó el Fondo de Programas Especiales para la Paz, con el carácter de cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sin personería jurídica, administrada como un sistema separado de cuentas, cuyo objetivo es la *"financiación de programas de paz encaminados a fomentar la reincorporación a la vida civil de grupos alzados en armas, que demuestren su voluntad de incorporarse a la vida civil mediante su desmovilización y la dejación de armas"*.

2. En el artículo 1º del decreto reglamentario 2429 de 1997, se señalaron las funciones del Fondo de Programas Especiales para la Paz, y que en desarrollo de las mismas se elaboró el Proyecto de Implantación de Programas Especiales para la Paz, el cual desde el año 2002 se ha concordado con los contenidos de los Planes Nacionales de Desarrollo, incluyendo el actual, que es el Plan Nacional de Desarrollo "Prosperidad Para Todos" 2010- 2014.

3. En el año 2008 se elaboró el subproyecto de inversión *"Implantación de Programas Especiales para la Paz, ley 368 de 1997, Acciones y Actividades de Paz Nacional"*.

4. Especificó que la ley 434 de 1998 estableció que el régimen de contratación del Fondo de Programas Especiales para la Paz se regiría por las reglas del derecho privado.

5. En la resolución 2638 de 24 de agosto de 2012, el Director del DAPRE delegó en el Director del Programa Presidencial del Fondo de Programas Especiales para la Paz, la facultad de comprometer el presupuesto, ordenar el gasto y celebrar los contratos que se requieran del rubro de transferencias corrientes del Fondo de Programas Especiales para la Paz del Programa de Desmovilizados del presupuesto de funcionamiento del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

6. El señor Presidente de la República a través de la resolución 314 de 24 de agosto de 2012, autorizó al señor Sergio Jaramillo Caro, como Alto Comisionado para la Paz y al señor Frank Joseph Pearl González, como delegado plenipotenciario, para firmar un Acuerdo Marco sobre una hoja de ruta para el establecimiento de una mesa de diálogo con miembros delegados de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC.

7. El 23 de febrero de 2012 en el encuentro exploratorio que tuvo como sede La Habana, Cuba, se dio inicio formal a los diálogos entre el Gobierno Nacional y las FARC. Y que el 26 de agosto de 2012 se firmó el Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera entre delegados del Gobierno de la República de Colombia (Gobierno Nacional) y de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo (FARC-EP).

8. El Presidente de la República a través de la resolución 339 de 2012 autorizó la instalación de una mesa de diálogo entre los representantes autorizados por el Gobierno Nacional y los miembros representantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) en la ciudad de Oslo, Noruega, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. En el mismo acto administrativo se designaron algunos representantes autorizados del Gobierno Nacional, con carácter de plenipotenciarios.

9. Mediante decreto ley 4138 de 2011 se creó la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas -ACR-, como una unidad administrativa especial del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, cuyo objeto es gestionar, implementar, coordinar y evaluar, de forma articulada con las instancias competentes, los planes, programas y proyectos de la Política de Reintegración de la población desmovilizada de los grupos armados organizados al margen de la ley, con el fin de buscar la paz, la seguridad y la convivencia, asumiendo así las funciones que venía desempeñando la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración.

10. La Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas en su condición de entidad pública se encuentra sujeta a las disposiciones generales de la contratación pública y en tal virtud, le asiste la facultad legal de celebrar directamente, entre otros, contratos de arrendamiento y de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, con los cuales, precisó, se adquieren inmuebles destinados a vivienda para reubicar a las personas desmovilizadas, así como los servicios del personal especializado que orienta, asiste, apoya e implementa la puesta en marcha de los procesos de desmovilización.

11. Para finalizar señaló que, acorde con los antecedentes expuestos, y bajo el hipotético escenario de la presentación de una candidatura presidencial del Señor Presidente en ejercicio, se generaron inquietudes sobre la aplicabilidad de ley 996 de 2005, respecto de: (i) la contratación directa que hace el Fondo de Programas Especiales para la Paz con el fin de apoyar la logística técnica, administrativa, presupuestal, humana y de bienes y servicios que se requiere en el cumplimiento de las funciones del Fondo, concretamente el apoyo a los diálogos de Paz que se adelantan actualmente en La Habana, Cuba; (ii) la

contratación directa, que el mismo Fondo eventualmente pueda llevar a cabo para apoyar a la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas -ACR-, según lo señalado en el inciso 3° del artículo 21 del decreto ley 4138 de 2011 en el caso de una desmovilización masiva fruto de los diálogos de Paz en curso, en su fase final; (iii) la contratación directa de arrendamiento de inmuebles y prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión que requiera la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas -ACR- ante una desmovilización masiva de grupos al margen de la ley, en su fase inicial.

Con base en lo anterior se **PREGUNTA:**

1. *“Teniendo en cuenta que los recursos que administra el Fondo de Programas para la Paz actualmente se destinan principalmente a financiar los gastos generados por los diálogos de Paz que adelanta el Gobierno Nacional y considerando, además, que los gastos de seguridad y defensa nacional están excluidos de la prohibición de contratación directa durante la vigencia de la Ley de Garantías, por expresa disposición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, ¿es posible entender que la contratación directa que para tales efectos adelanta el Fondo de Programas Especiales para la Paz, puede seguir llevándose a cabo en el eventual caso en que el Señor Presidente anuncie su interés de presentarse como candidato, por quedar cobijado por la excepción legalmente prevista en dicho artículo 33? ¿Podría el Fondo, contratar directamente, para financiar otro acercamiento o diálogos que eventualmente el Gobierno pueda iniciar bajo el tiempo de aplicación de la ley de garantías?*
2. *No obstante la restricción contemplada en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, ¿el Fondo de Programas Especiales para la Paz del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en virtud del inciso 3° del artículo 21 del Decreto Ley 4138 de 2011 puede continuar contratando directamente los bienes y servicios requeridos para atender una eventual desmovilización masiva de integrantes de los grupos armados al margen de la Ley?*
3. *¿Puede la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, seguir aplicando las causales de contratación directa previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) y su decreto reglamentario 1510 del 17 de julio de 2013, para, por ejemplo, adquirir los servicios profesionales y de apoyo a la gestión del personal que soporta la implementación y puesta en marcha de los procesos de desmovilización, o inmuebles para la reubicación de estas personas, bajo la consideración de que esta contratación se relaciona con seguridad nacional, no obstante encontrarse vigente la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005?”.*

1. CONSIDERACIONES

A. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala entiende que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la restricción prevista en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales se aplica a los procesos de contratación directa que durante la campaña presidencial tengan que efectuar el Fondo de Programas para la Paz, para financiar los gastos generados por los diálogos de paz; y la Agencia Colombiana para la reintegración de personas y Grupos Alzados en Armas, ante

una eventual proceso de desmovilización. O si, por el contrario, la gestión administrativa de estas entidades se relaciona con la excepción referida a la defensa y seguridad del Estado que contempla el artículo 33 de la ley 996 de 2005.

B. ANÁLISIS DE LA SALA

En diversas oportunidades esta Sala se ha pronunciado sobre la aplicación y alcance de la ley estatutaria 996 de 24 de noviembre de 2005, particularmente en relación con las disposiciones que contienen restricciones y prohibiciones en materia de vinculación a la nómina estatal (artículo 32)¹, restricciones a la contratación pública (artículo 33)² y distintas prohibiciones para los servidores públicos (artículo 38)³.

Los pronunciamientos de la Sala han incluido el estudio de los elementos de la norma tanto de tipo objetivo (el objeto mismo de la regulación de la ley,⁴ las conductas que se prohíben o restringen y los límites temporales de las restricciones⁵) como de carácter subjetivo (a quién se dirige en cada caso la prohibición o restricción). También se han ocupado de estudiar algunas de las excepciones⁶ que contempló la ley para dichas restricciones, y en cada caso, se avaló o no su particular aplicación.

¹ Sobre el tema ver los siguientes conceptos del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1846 de 4 de septiembre de 2007, relacionado con la prohibición para modificar plantas de personal de las entidades del Estado en época preelectoral. También, el concepto 1839 de 26 de julio de 2007, relacionado con la misma prohibición pero particularmente concerniente a la imposibilidad de modificar la nómina de las Empresas Sociales del Estado en época preelectoral. En los conceptos 1985 del 4 de febrero de 2010, y 1985 adición del 18 de febrero de 2010, la Sala detuvo su análisis en la no viabilidad de proveer vacancias definitivas causadas por el reconocimiento de pensión de jubilación o de vejez de servidores que hagan parte de las nóminas de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y tampoco de cargos creados por primera vez. En el concepto 2011 de 10 de junio de 2010, la Sala tuvo oportunidad de referirse nuevamente a esta prohibición junto con la del artículo 33 sobre contratación pública, aclarando que tales restricciones son aplicables a las entidades territoriales no solamente para las elecciones de carácter territorial sino también para las de carácter nacional y enlistando algunas entidades a las que se aplican dichas restricciones.

² Al respecto ver Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1724 de 20 de febrero de 2006. En el concepto 1727 del 20 de febrero de 2006, la Sala advirtió que la restricción a la contratación directa se aplicaba a las empresas oficiales y mixtas de servicios públicos domiciliarios. En el concepto 1738 del 6 de abril de 2006, aclaró que la aplicación de esta restricción también cobija a las empresas industriales y comerciales del Estado y establecimientos de crédito de naturaleza pública, salvo cuando la celebración de un convenio interadministrativo sea ordenada, para ambas partes, por el legislador. Los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros y las entidades aseguradoras, cuya naturaleza sea pública o de economía mixta no pueden realizar contratación directa ni celebrar convenios interadministrativos sin vulnerar las restricciones previstas en la ley de garantías, ni los Fondos Mixtos de Promoción de la Cultura y de las Artes pueden contratar directamente ni celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, salvo cuando sea obligatorio para las dos partes en virtud de un mandato legal.

³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1845 de 4 de septiembre de 2007.

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos 1717 y 1720 de 17 de febrero de 2006. La Sala señaló, entre otros asuntos, que la ley previó las restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; así, las consagradas en los artículos 32 y 33, operan de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial, y el artículo 38, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley, incluida la del Presidente de la República.

⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2166 de 24 de julio de 2013, la Sala tuvo oportunidad de referirse el término de aplicación a los diferentes entes del Estado de las prohibiciones y restricciones previstas en la ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales.

⁶ Sobre el tema ver los siguientes conceptos del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1993 de 25 de marzo de 2010, en relación con la excepción a las prohibiciones temporales para vinculaciones en las nóminas de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva. Sobre las excepciones en materia de contratación pública ver los conceptos 1706 de 15 de diciembre de 2005, 1712 y 1712 aclaración de 2 de febrero de 2006, 1736 de 6 de abril de 2006, 1720 de 17 de febrero de 2006. En relación con el cumplimiento de fallos judiciales como excepción a las restricciones de la ley 996 de 2005, ver el concepto 1863 de 15 de noviembre de 2007. Sobre algunos eventos en que no proceden las excepciones ver los conceptos 1725 de 20 de febrero de 2006 y 1731 de 14 de marzo de 2006.

En esta ocasión, se pide a la Sala se pronuncie, específicamente, en relación con la excepción referida a la seguridad y defensa del Estado frente a los procesos de contratación directa que, eventualmente, tendrían que adelantar durante la campaña presidencial el Fondo de Programas para la Paz y la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, en cumplimiento de las funciones que les fueron legalmente asignadas.

Para resolver el problema jurídico que se le plantea a la Sala, se estudiarán los siguientes aspectos: (i) el contexto general de la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, ley 996 de 2005, (ii) las restricciones en materia de contratación pública durante la campaña presidencial, (iii) la excepción a la prohibición de contratación directa por motivos de defensa y seguridad del Estado, (iv) el objeto, funciones y régimen de contratación del Fondo de Programas para la Paz y de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, a la luz de la excepción del artículo 33 de la ley 966 de 2005 referida a defensa y seguridad del Estado.

1. El contexto general de la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, ley 996 de 2005

El Congreso de la República a través del acto legislativo 02 de 27 de diciembre de 2004 reformó los artículos 127, 152, 197 y 204 de la Constitución Política. Con la reforma eliminó la prohibición constitucional absoluta de reelección del Presidente de la República y la permitió sólo para un nuevo periodo. De igual manera accedió a la reelección del Vicepresidente de la República, y le prohibió a este ser candidato presidencial para el periodo consecutivo, cuando el Presidente de la República en ejercicio, se postule para ser reelegido.⁷

El acto legislativo 02 de 2004⁸, además de permitir la reelección presidencial inmediata por un único periodo adicional del Presidente de la República en ejercicio, situación novedosa en nuestra organización institucional, ordenó la expedición de una ley de garantías electorales tendiente a asegurar la igualdad de los candidatos y la transparencia de las elecciones presidenciales en las que participe el mencionado servidor. En este sentido, adicionó el artículo 152 de la

⁷ El texto original de la Constitución de 1991, indicaba: "Artículo 197. No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio (...)". La Constitución de 1886 también prohibía la reelección inmediata del presidente de la República, en el artículo 127, así: "El ciudadano que haya sido elegido Presidente de la República no podrá ser reelegido para el periodo inmediato, si hubiere ejercido la Presidencia dentro de los diez y ocho meses inmediatamente precedentes a la nueva elección. El ciudadano que hubiere sido llamado a ejercer la Presidencia y la hubiere ejercido dentro de los seis últimos meses precedentes al día de la elección del nuevo Presidente, tampoco podrá ser elegido para este empleo". Posteriormente, este artículo fue reformado con el objeto de extremar la prohibición de la reelección inmediata y, a partir del acto legislativo N° 3 de 1910, el texto de la norma sobre la no reelección inmediata quedó del siguiente tenor: "El Presidente de la República no es reelegible en ningún caso para el periodo inmediato. No podrá ser elegido Presidente de la República ni designado el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la presidencia dentro del mismo año inmediatamente anterior a la elección...". Esta norma rigió hasta la expedición de la Constitución de 1991.

⁸ Acto legislativo 02 de 2004. "Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones." (...) "Art. 2. El artículo 197 de la Constitución Política quedará así: Artículo 197. Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos periodos [...]. Parágrafo Transitorio. Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo solo podrá ser elegido para un nuevo periodo presidencial." // "Art. 4º. Adicionase al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un parágrafo transitorio así: / f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley. / Parágrafo Transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentaran, antes del primero de marzo de 2005 un proyecto de Ley Estatutaria [...] El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del proyecto de Ley Estatutaria por parte de la Corte Constitucional....". Diario oficial número 45774 de diciembre 27 de 2004.

Constitución Política con un literal f) para incluir dicha regulación con carácter de estatutaria y señaló en su párrafo transitorio los temas que la ley debía comprender, así: 1) garantías a la oposición, 2) participación en política de servidores públicos, 3) derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, 4) financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, 5) derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato, y 6) normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República. El párrafo transitorio dispuso también que el proyecto tuviera un mensaje de urgencia y fuera revisado en la mitad del tiempo por la Corte Constitucional.

Cabe anotar que la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del acto legislativo número 02 de 2004, declaró su exequibilidad en consideración a que la norma se expidió en concordancia con las disposiciones constitucionales que regulan la aprobación de los actos reformativos de la Constitución y, además, no constituyó una sustitución de los pilares fundamentales de la Carta Política.⁹

Así, el Congreso de la República, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 del acto legislativo 02 de 2004, tramitó el proyecto de ley estatutaria número 216 de 2005 Senado y 235 de la Cámara, mediante el cual se *“reglamenta la elección de Presidente de la República de conformidad con el artículo 152 literal f de la Constitución Política de Colombia”*. Este proyecto, previo examen de constitucionalidad¹⁰, se convirtió en la ley 996 de 2005, comúnmente conocida como ley de garantías electorales.¹¹

La ley 996 de 2005 fue concebida como el instrumento jurídico que busca garantizar las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos y cuya aplicación procede en las campañas electorales a la Presidencia de la República. Bajo esta filosofía, contempló una serie de disposiciones especiales aplicables a los eventos en que en las elecciones presidenciales participen como candidatos quienes estén en ejercicio de los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República, aunque también se ocupó de los procesos electorales para cargos de elección popular; desarrolló la participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición y para el caso estableció algunas prohibiciones y restricciones contenidas en el artículo 30¹², que se dirige al Presidente y Vicepresidente de la República en ejercicio cuando alguno aspire como candidato a la elección presidencial; en el artículo 32¹³, previsto para toda la rama ejecutiva

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005. Expediente D-5645.

¹⁰ Corte constitucional. Sentencia C-1153 de 11 de noviembre de 2005. Expediente PE-024.

¹¹ Ley 996 de 2005 (noviembre 24), *“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.”* D. O. No. 46.102 de 24 de noviembre de 2005.

¹² *“Artículo 30. Prohibiciones al Presidente durante la campaña presidencial. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de votación en primera vuelta, y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, el candidato que ejerce la Presidencia o la Vicepresidencia de la República no podrá:*

1. Asistir a actos de inauguración de obras públicas.//2. Entregar personalmente recursos o bienes estatales, o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario público o producto de donaciones de terceros al Gobierno Nacional.//3. Referirse a los demás candidatos o movimientos políticos en sus disertaciones o presentaciones públicas, como Jefe de Estado o de gobierno, excepto en situaciones que hagan referencia a asuntos de seguridad nacional, seguridad de los candidatos o sus campañas políticas, soberanía, emergencias o desastres.//4. Utilizar o incluir la imagen, símbolos o consignas de su campaña presidencial en la publicidad del gobierno.//5. Utilizar bienes del Estado, diferentes a los propios de sus funciones y aquellos destinados a su seguridad personal, en actividades de su campaña presidencial.”//Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005; el resto del artículo fue declarado EXEQUIBLE en el entendido que las prohibiciones a que se refiere se hacen efectivas para el Presidente o el Vicepresidente de la República desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º.

¹³ *“Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección*

del poder público; en el artículo 33¹⁴, cuyos destinatarios son todos los entes del Estado; y en el artículo 38 parágrafo¹⁵, que rige para las entidades territoriales.

Así las cosas, para resolver el interrogante de esta consulta, es necesario analizar los elementos normativos de la restricción prevista en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, relacionada con la prohibición de la contratación directa durante la campaña presidencial y el sentido general de la excepción a esa limitación referida a motivos de defensa y seguridad del Estado para poder interpretarla a la luz de las funciones que tienen el Fondo de Programas para la Paz, en materia de financiación de los gastos generados por los diálogos de paz; y la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, ante una eventual proceso de desmovilización.

2. Las restricciones en materia de contratación pública durante la campaña presidencial

En concordancia con el alcance general que trazó el legislador desde la exposición de motivos del proyecto de ley 216 Senado, en la que 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 previsiones suficientes que eviten cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja*

presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente”. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005, en el entendido que para el Presidente o el Vicepresidente de la República dicha restricción se aplica desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005, en el entendido de que la Registraduría adoptará un procedimiento ágil y eficaz para la selección del personal supernumerario.

“Parágrafo transitorio. INEXEQUIBLE. El Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, adoptará el procedimiento descrito en el parágrafo que antecede, durante la realización del censo poblacional, para efectos del personal supernumerario que se contrate para estos efectos”. Corte Constitucional Sentencia C-1153 de 2005.

¹⁴ *“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.”* Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005; el resto del artículo fue declarado EXEQUIBLE, condicionado a que se entienda que para el Presidente o el Vicepresidente de la República se aplique desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º.

¹⁵ *“Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. (...) 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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.//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 de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.//No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.//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”.* Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005.

*injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección,*¹⁶ se fijó el objeto de ley 996 de 2005¹⁷ y se contemplaron una serie de prohibiciones y restricciones dentro de las cuales se encuentra la proscripción de la contratación directa durante la campaña electoral a la cual alude la consulta.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la contratación pública es uno de los principales instrumentos del Estado para el cumplimiento de sus fines y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados¹⁸, y una actividad transversal que permite a todas las entidades estatales el cumplimiento de su misión y funciones, advierte la Sala que no solo para periodos electorales o preelectorales se ha considerado necesario proscribir cualquier forma de contratación que busque favorecer partidos o candidatos políticos, sino que, ordinariamente, esta práctica se sanciona, por una parte, con la declaratoria de nulidad absoluta que hace la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de los contratos que así se celebren (arts. 44 y 45 de la Ley 80 de 1993), y por otra, con sanciones de tipo disciplinario, patrimonial y penal para quienes así contraten.

Resulta importante entonces recordar, que lo que se impone en la gestión contractual, como regla general, son los procesos de selección de carácter abierto, públicos, imparciales, transparentes y objetivos, razón por la cual el legislador ha previsto que la contratación directa sea un mecanismo de selección de carácter excepcional. En ese sentido, solo es posible acudir a la modalidad de contratación directa, bajo las causales establecidas en los diferentes literales del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007¹⁹, y a partir del 15 de agosto de

¹⁶ Gaceta del Congreso No 71 de marzo 2 de 2005, pág. 14.

¹⁷ Ley 996 de 2005. "Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición".

¹⁸ Ley 80 de 1993.- Artículo 3. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales (...)."

¹⁹ Numeral 4, Artículo 2, Ley 1150 de 2007. "4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

a) Urgencia manifiesta;

b) Contratación de empréstitos;

c) Modificado por el art. 92, Ley 1474 de 2011, Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.

Modificado por el art. 95, Ley 1474 de 2011. En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;

d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;

e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicione, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;

2013 se deberá atender las reglas dispuestas en el capítulo IV del decreto 1510 de 2013.²⁰

No obstante estas previsiones legales, la ley 996 de 2005 fue mucho más allá y en procura de la igualdad entre los candidatos, extremó las garantías en materia de contratación, al punto de impedir de por sí la utilización del mecanismo de contratación directa, de forma que no exista siquiera sospecha de que por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos.

Dispuso entonces el mencionado artículo 33 de la ley 996 de 2005 sobre las restricciones a la contratación pública, lo siguiente:

*“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.~~²¹ (Aparte tachado, declarado inexecutable).

Ahora bien, de la lectura detenida del artículo 33 de la ley 996 de 2005 se destacan las siguientes notas especiales de la restricción:

(i) Los límites temporales de la restricción

La ley 996 de 2005, como se ha señalado en otros pronunciamientos de esta Sala, a partir de su expedición y durante el período electoral que regula, suspende temporalmente las normas ordinarias y especiales de contratación, de manera que el régimen que prevalece sobre la materia es el consagrado en esta, dado su carácter de ley estatutaria²².

Como se observa el término que estableció el artículo 33 de la ley 996 de 2005 para que sea aplicable la restricción a la contratación pública a todos los entes del Estado fue de cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta.

No obstante, la Corte Constitucional al ejercer el control previo y automático de

g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

(...)

²⁰ Decreto 1510 de 2013. “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”. Capítulo IV. Contratación Directa. (...) “Artículo 161. Vigencia. El presente decreto rige a partir del 15 de agosto de 2013”

²¹ El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de noviembre 11 de 2005.

²² Al respecto ver el concepto 1725 de 20 de febrero de 2006 del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

constitucionalidad sobre el entonces proyecto de ley estatutaria número 216 Senado y 235 de la Cámara que devino en la ley 996 de 2005, declaró la constitucionalidad del artículo 33 en el entendido de que la prohibición a que se refiere esta disposición se hace efectiva, únicamente, para el Presidente o el Vicepresidente de la República desde que manifiestan el interés de presentarse como candidatos, esto es, seis meses antes de la votación en primera vuelta, según el artículo 9 *ibídem*.²³

Esta limitación temporal a la contratación directa durante la campaña presidencial (de cuatro meses para todos los entes del Estado, lapso extendido a seis meses para el Presidente o el Vicepresidente en virtud del condicionamiento de la Corte Constitucional) requiere que los órganos y entidades que tengan capacidad contractual planifiquen su gestión contractual con suficiente antelación a los periodos de elección presidencial, de forma que no se vea afectada la función administrativa en razón de la restricción impuesta por la ley estatutaria.

(ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición

El artículo 33 de la ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, señalando que son “*todos los entes del Estado*” expresión que envuelve a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos.

El vocablo “*todos*” que utilizó el legislador, comprende, en consecuencia, sin distinción del “*régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía*”²⁴, a la totalidad de los entes del Estado. Es decir, la prohibición cobija a cualquier ente público que eventualmente pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a las elecciones presidenciales.

(iii) El objeto de la prohibición

El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión “*queda prohibida la contratación directa*”.

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007, a partir del 15 de agosto de 2013 se deberá atender a las reglas dispuestas en el capítulo IV del decreto 1510 de 2013), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública²⁵.

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado “*contratación directa*” es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cual otro que prescinda de un

²³ Al respecto ver el concepto 2166 de 24 de julio de 2013 del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

²⁴ Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil.

²⁵ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-.

proceso de licitación pública o concurso ²⁶. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata de la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

Así mismo, recuerda la Sala que la contratación que realicen bajo las restricciones previstas en la ley 996 de 2005, las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deberán, en virtud del artículo 13 de ley 1150 de 2007, aplicar en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

(iv) Las excepciones aplicables a la restricción de contratación pública

Ahora bien, las únicas excepciones a las disposiciones previstas en la Ley de Garantías se encuentran numeradas taxativamente en el último inciso del artículo 33 de la ley 996 de 2005, dentro de las que se encuentran:

1. Lo referente a la defensa y seguridad del Estado;
2. Los contratos de crédito público;
3. Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres;
4. 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,
5. Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

En ejercicio del control constitucional previo sobre la ley estatutaria 996 de 2005, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153 de noviembre 11 de 2005, al analizar el artículo 32, vinculándolo con las excepciones previstas en el artículo 33 sobre prohibición en la contratación pública 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.”*

Destacó igualmente la Corte la importancia del cumplimiento de los fines del Estado al señalar que las excepciones de la restricción protegen diversos tipos de urgencias que tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, pues limitaciones desproporcionadas podrían llevarlo a insalvables encrucijadas por su inactividad ante situaciones urgentes, en procura de la igualdad entre los candidatos como garantía electoral²⁷.

El proyecto inicial de la ley 996 de 2005, Ley Estatutaria de Garantías Electorales, contenía en el artículo 33 una excepción adicional relacionada con *“aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración”*, esta expresión fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional al considerar que:

²⁶ Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de noviembre 11 de 2005.

"[...] 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."²⁸

Por lo tanto, solamente son cinco (5) los eventos tipificados en la ley a los cuales podrán acudir las entidades públicas para adelantar sus procedimientos de selección directa en periodos previos a la contienda electoral por la Presidencia.

En esa medida, será responsabilidad del respectivo ente del Estado, examinar en cada caso la naturaleza de las actividades que adelanta y determinar si las mismas encajan en las circunstancias previstas por el legislador en el segundo inciso del artículo 33 de la ley 996 de 2005 para poder adelantar las contrataciones que la entidad requiera de manera directa.

En este caso se pide a la Sala se pronuncie sobre la primera de las excepciones a la prohibición de contratación directa que señala la ley 996 de 2005, que se configura por el hecho de que la contratación se refiera al campo de *"la defensa y seguridad del Estado"*, asunto del cual se ocupará enseguida.

3. La excepción a la prohibición de contratación directa por motivos de defensa y seguridad del Estado en campaña presidencial

Como se ha venido indicando, la ley estatutaria 996 de 2005 estableció en el artículo 33 restricciones a la contratación directa por parte de todos los entes del Estado durante los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales y hasta la realización de la segunda vuelta si fuere el caso, señalando algunas excepciones a dichas restricciones. La primera excepción enunciada se refiere a la *"defensa y seguridad del Estado"*.

Corresponde a la Sala determinar los alcances del concepto *"seguridad y defensa del Estado"*, con el fin de establecer parámetros que permitan identificar los eventos en los cuales se aplica esta excepción a la prohibición de contratación directa por parte de todos los entes del Estado. Se advierte que la Sala se ha pronunciado en anteriores oportunidades relacionando los conceptos de seguridad y defensa del Estado con la noción de orden público social, tanto externo como interno y el concepto de respeto al orden instituido²⁹.

En esta ocasión se revisará nuevamente el alcance y contenido de los conceptos de defensa y seguridad nacionales, frente al ámbito de aplicación de lo contratación pública de dos entidades creadas para afrontar algunas circunstancias producto de los diálogos de paz que se han entablado entre el Gobierno Nacional y los miembros representantes de las Fuerzas Armadas

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Al respecto, revisar los conceptos 1712 y 1712 aclaración de 2 de febrero de 2006 y 1720 de 17 de febrero de 2006.

Revolucionarias de Colombia, (FARC) con el objeto de “alcanzar un Acuerdo Final para la terminación del conflicto que contribuya a la construcción de una paz estable y duradera”³⁰ por lo que se requiere del análisis de nuevos elementos que han aparecido en el escenario jurídico nacional.

Al respecto, vale la pena traer a colación los conceptos de seguridad y defensa nacionales que desarrolló la Sección Tercera del Consejo de Estado³¹, en los siguientes términos:

*“[...] En tales condiciones, la seguridad y la defensa nacionales constituyen sin lugar a dudas **presupuesto material de la vigencia efectiva del orden constitucional**. Sin embargo no existe norma alguna que defina estos vocablos. Se trata de conceptos que tienen distintas significaciones, en tanto varias nociones los informan. En el caso de la seguridad, además, esta acusa cierto grado de relatividad según la “intensidad en los antagonismos”, se trata igualmente de un “concepto dinámico” que impone la actualización de mecanismos para su efectividad y que encuentra significado en los objetivos que se propone alcanzar el Estado en una época determinada³². Noción a la vez relativa y coyuntural³³, merced a que su contenido jurídico no es inmutable sino que necesariamente sufre constantes transformaciones.³⁴*

En tanto “noción ambigua” es difícil de definir la seguridad, pues depende del entorno de cada país (en Canadá por ejemplo suele ser asociada a “estabilidad económica”³⁵). Con todo, y aunque se trate de una noción en constante cambio según cada país, conviene agregar que se trata del concepto base sobre el que se construye la estrategia para proteger a los ciudadanos.

*El criterio conforme al cual la seguridad es apenas un conjunto de dispositivos para la guerra, está actualmente superado. La seguridad como garantía de los derechos y libertades, como **presupuesto para la coexistencia pacífica entre el poder y la libertad** (Hauriou) supone otras lecturas que posibiliten que los infractores de la ley se reincorporen a la vida civil.*

En efecto, la paz en tanto valor (preámbulo constitucional), fin esencial del Estado (art. 2 CN), derecho (art. 22 CN) y deber social (95.6 CN), tiene en la rama ejecutiva su principal responsable (189.4, 303 y 315.2). De allí que en un Estado democrático, el gobierno puede adoptar diversos tipos de medidas que pueden oscilar entre la utilización de acciones coercitivas y las soluciones políticas.

No se olvide que la conservación y mantenimiento del orden público³⁶ como atribución presidencial (art. 189.4 CN) es la finalidad misma de la “seguridad” como garante de la convivencia pacífica de la comunidad, lo mismo que todos y cada uno de los derechos de los asociados. Y por ello el sistema constitucional permite el diseño de disímiles herramientas para enfrentar las amenazas contra la institucionalidad y no todas deben revestir el carácter militar, sino que permiten

³⁰ Resolución número 339 de 19 de septiembre de 2012 “Por la cual se autoriza la instalación y desarrollo de una mesa de diálogo, se designan delegados del Gobierno Nacional y se dictan otras disposiciones”

³¹ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de marzo de 2008, Radicación Número: 11001-03-26-000-2005-00003-00 (29393), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³² “DEL VILLAR MORENO, Fernando. Soberanía y Seguridad Nacional en México, conferencia pronunciada en el Colegio de la Defensa Nacional el 7 de marzo de 1991, citado por IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Seguridad nacional, seguridad del Estado y seguridad ciudadana, una aproximación jurídica, Ed. Universidad Sergio Arboleda, primera edición, 2005, p. 52y ss”.

³³ “SALAZAR, Ana María, Seguridad Nacional hoy, el reto de las democracias, Nuevo Siglo Aguilar, México, 2002, p. 82 a 85, citado por IBÁÑEZ NAJAR, J. op. Cit. P. 58”

³⁴ “CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 048 de 2001”.

³⁵ SALAZAR, A. Ibid.

³⁶ “Sobre el alcance de la expresión orden público Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 6 julio de 2007, Exp. 17253, C.P. Ruth Stella Correa Palacio”.

al gobernante buscar otras vías alternativas. Al fin y al cabo, la tarea de gobernar supone buscar las más diversas estrategias para asegurar las condiciones para vivir en la normalidad.

Medidas como las soluciones negociadas (vgr. desmovilización y reinserción) no sólo ratifican que **la paz ocupa un papel preponderante en el orden constitucional** sino que a la par configuran evidentes manifestaciones de la defensa y la seguridad nacionales. Se trata de instrumentos que tienen vinculación directa con el concepto de seguridad en su acepción no armamentista, con las que además se pretende lograr que el monopolio legítimo de la coacción de la fuerza en el territorio colombiano recaiga exclusivamente en la fuerza pública (art. 216 CN) y de esta suerte evitar los peligros que para la convivencia pacífica y la defensa y respeto de los derechos de los asociados entraña la multiplicación de ejércitos irregulares”.³⁷ (Negrillas del texto original).

Precisó también la aludida Sección de esta Corporación que los conceptos de seguridad y defensa nacionales son amplios y comprenden no solo la compra de armamento, sino otras facetas de la política pública en orden a garantizar la convivencia pacífica de los ciudadanos. Al respecto puntualizó:

“[U]na **visión sistémica de la seguridad y defensa nacionales** impone la articulación dinámica de diversos elementos (no sólo bélicos) con el entorno de violencia que agobia a la sociedad colombiana desde hace mucho tiempo. Asegurar la convivencia pacífica, base y razón de ser de la defensa y seguridad nacional, supone para el Estado la adopción de medidas que no siempre comportan la acción militar directa. En otros términos, la acción estatal en punto de seguridad no tiene que forzosa e ineludiblemente recaer en el empleo de las armas, ni en la estrategia militar o en el despliegue de fuerzas combatientes, sino que también puede haber otros medios eficaces para garantizar la defensa y seguridad nacionales. La **prerrogativa legítima del ejercicio de la coacción**³⁸ exige la utilización de varios instrumentos, que no se reducen necesariamente al uso de las armas. La seguridad no sólo se defiende sino que se robustece si, por ejemplo, se materializa efectivamente una política de sometimiento de grupos que pretenden hacer de la seguridad un fin ilegítimo de su accionar delincencial. Un conclusión se impone: la seguridad no es sólo una cuestión de medios bélicos, sino que ante todo es un asunto político, de ahí su lugar privilegiado en el texto político fundamental: la Constitución.

Dicho de otra manera, el diseño de estrategias de seguridad y defensa nacional en un entorno signado por convivencia pacífica evidentemente amenazada y perturbada por la acción de grupos ilegales, supone recurrir no solamente a estrategias estrictamente armamentistas, sino que también impone la formulación de ciertas políticas que constituyen del mismo modo manifestación de la seguridad y defensa nacionales. [...]”

De acuerdo con la anterior jurisprudencia es posible señalar lo siguiente:

(i) La seguridad y la defensa nacionales son presupuestos materiales de la soberanía nacional, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, y contribuyen a garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos, obligaciones y libertades públicas.

³⁷ Ídem.

³⁸ “Si el poder político resulta, en términos lockianos, de la renuncia o abdicación de la suma de poderes individuales (derechos naturales), es al Estado y sólo a él a quien compete en términos del pacto político (en nuestro caso, la Constitución de 1991) la protección de la vida, honra y bienes de las personas (artículo 2 de la Constitución Política).”: ‘Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte’, en VVAA Ideas políticas, filosofía y derecho, Liber amicorum en homenaje a Alirio Gómez Lobo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2006, p. 319.

(ii) Se trata de conceptos amplios, relativos y dinámicos, cuya concreción depende de los objetivos que se propone alcanzar el Estado en una época determinada, de manera que son susceptibles de actualización y sufren constantes transformaciones y cambios.

(iii) La conservación y mantenimiento del orden público es la finalidad misma de la "seguridad" y encuentra en el Gobierno Nacional (art. 189.4 CP) su principal responsable y garante, razón por la cual puede adoptar medidas y adelantar acciones coercitivas o militares y soluciones no armamentistas sino políticas negociadas (por ejemplo desmovilización y reinserción), para alcanzar la paz, que es un valor (preámbulo constitucional), un fin esencial del Estado (art. 2 CP), un derecho (art. 22 CP) y un deber social (95.6 CP).

(iv) Estos conceptos no están relacionados únicamente con los dispositivos o actividades bélicas o armamentistas, sino que abarcan todas aquellas estrategias y acciones que permitan la garantía de los derechos y libertades y, por ende, la coexistencia pacífica de los habitantes de la Nación, inclusive aquellas que permitan que los infractores de la ley se reincorporen a la vida civil.

(v) La política de seguridad y defensa nacionales, supone para el Estado no solo la adopción de estrategias y acciones militares directas, sino también soluciones negociadas y, por tanto, estas últimas y todas las acciones y actividades que requieran, también configuran evidentes manifestaciones de la defensa y la seguridad nacionales.

Como se puede concluir de este análisis, los conceptos de seguridad y defensa nacionales son conceptos jurídicos indeterminados, su alcance no se limita al campo de lo bélico sino que incluye asuntos encaminados, directamente o por conexidad, al mantenimiento del orden público, la convivencia pacífica de la comunidad y la vigencia de los derechos y libertades de las personas.

Dentro del marco conceptual expuesto, resulta relevante revisar la naturaleza y objeto del Fondo de Programas para la Paz y de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, con el objeto de determinar si la gestión administrativa que dichas entidades realizan en ejercicio de sus funciones encajan en el objetivo de procurar la materialización de la convivencia pacífica y en esa medida se ajustan a la excepción de defensa y seguridad del Estado que contempla el artículo 33 de la ley 996 de 2005.

4. Naturaleza, objeto, funciones y régimen de contratación del Fondo de Programas para la Paz y de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas

Con el fin de establecer si la situación consultada se ajusta a la excepción relacionada con los aspectos de defensa y seguridad del Estado que consagra el artículo 33 de la ley 996 de 2005, es forzoso precisar los objetivos fijados por la ley, las competencias asignadas y el régimen de contratación previsto tanto para el Fondo de Programas para la Paz y la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas como entidades que participan en los procesos de desmovilización y reinserción a la vida civil, pues aunque, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, la *"dirección del proceso de paz corresponde exclusivamente al Presidente de la República como responsable de la preservación del orden público en toda la*

Nación. (...)”³⁹, cada una de las entidades y organismos que participan en nombre del gobierno en los diálogos de paz, asumen compromisos que por disposición legal están en el deber de cumplir oportunamente.

4.1 Fondo de Programas para la Paz

(i) Naturaleza y objeto

Por medio de la ley 368 de 1997⁴⁰ se creó el Fondo de Programas Especiales para la Paz como una cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sin personería jurídica, administrada como un sistema separado de cuentas (artículo 9), cuyo objeto es la financiación de programas de paz encaminados a fomentar la reincorporación a la vida civil de grupos alzados en armas, que demuestren su voluntad de incorporarse a la vida civil mediante su desmovilización y la dejación de armas. También tiene por objeto la financiación de las acciones que realice el Consejo Nacional de Paz así como los programas de paz encaminados a fomentar la reincorporación a la vida civil de los grupos alzados en armas, de acuerdo con la política de paz existente⁴¹(artículo10).

(ii) Funciones

En desarrollo de su objeto el Fondo para la Paz tiene a cargo, entre otras, la función de diseñar y desarrollar los planes, programas y estrategias dirigidas a la generación de comisiones y al logro y mantenimiento de la paz, de conformidad con las directrices que señale el Presidente de la República; y financiar y cofinanciar los planes, programas, estrategias e iniciativas por la paz (artículo 11 *ibídem*).

La dirección del Fondo está a cargo de un Director, agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción. El Director del Fondo también es el ordenador del gasto, en virtud de la delegación que le otorga el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (artículo 13 *ibídem*).

A su vez, el decreto 2429 de 30 de septiembre de 1997, reglamentó el funcionamiento del fondo de programas especiales para la paz y en su artículo 1º señaló como funciones específicas del mismo las de: 1) Diseñar, desarrollar, financiar y cofinanciar planes, programas y estrategias que generen condiciones, para el logro y mantenimiento de la paz. 2) Administrar y ejecutar los recursos de los planes y programas de paz, que se adelanten en desarrollo de las funciones

³⁹ Constitución Política de Colombia. “Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado. // Ley 241 de 1995. “Artículo 6º “La dirección de todo proceso de paz corresponde exclusivamente al Presidente de la República como responsable de la preservación del orden público en toda la Nación. Quienes a nombre del Gobierno participen en los diálogos y acuerdos de paz, lo harán de conformidad con las instrucciones que él les imparta.// El Presidente de la República podrá autorizar la participación de representantes de diversos sectores de la sociedad civil en las conversaciones y diálogos a que hace referencia este Capítulo, cuando a su juicio puedan colaborar en el desarrollo del proceso de paz”.

⁴⁰ Ley 368 de 5 de mayo 1997. “Por la cual se crea la Red de Solidaridad Social, el Fondo de Programas Especiales para la Paz, y el Fondo del Plan Nacional de Desarrollo Alternativo -Fondo Plante-, y se dictan otras disposiciones”.

⁴¹ Este nuevo objetivo del Fondo fue adicionado al artículo 10 de la ley 368 de 1997 en el párrafo del artículo 14 de la ley 434 de 3 de febrero de 1998 “Por la cual se crea el Consejo Nacional de Paz, se otorgan funciones y se dictan otras disposiciones”.

asignadas a la Oficina del Alto Comisionado para la Paz. 3) Financiar los trámites legales necesarios para el otorgamiento de indultos, amnistías, beneficios y demás garantías jurídicas a los miembros de grupos alzados en armas que se encuentren en proceso de paz con el Gobierno Nacional y demuestren su voluntad de reincorporarse a la vida civil. 4) Financiar y cofinanciar la realización de actividades que generen condiciones para entablar conversaciones, diálogos y firma de acuerdos con grupos alzados en armas que participen en el conflicto interno armado. 5) Adelantar programas de difusión del Derecho Internacional Humanitario, de conformidad con las directrices que señale el Presidente de la República, y financiar el estudio y divulgación de las normas relacionadas con la materia. 6) Financiar los estudios que permitan un seguimiento continuo a los hechos constitutivos de violencia y su evolución, y sirvan para crear alternativas de solución en la construcción de una política de paz. 7) Fomentar la coordinación interinstitucional, la participación de las organizaciones no gubernamentales y de la comunidad en el afianzamiento de una cultura de convivencia, respecto a los derechos humanos y bienestar social. 8) Dar impulso y apoyo económico a las iniciativas de la sociedad civil a nivel nacional y regional, encaminadas al logro y mantenimiento de la paz.

(iii) Régimen de contratación

Adicionalmente, el decreto 2429 asignó al Director del Fondo la competencia para celebrar los contratos y efectuar los pagos, que se requieran para el desarrollo del objeto y funciones del Fondo (numeral 4 artículo 2).

Indicó el decreto 2429 que *“los actos, operaciones, contratos y convenios que celebre el Director del Fondo de Programas Especiales para la Paz, en virtud de la delegación conferida por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República; de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 716 de 1994, así como en desarrollo de su objeto, sólo se someterán a las normas que rigen la contratación entre particulares, sin perjuicio de la inclusión de las cláusulas excepcionales contempladas en la Ley 80 de 1993 y las que las modifiquen y adicionen”* (artículo 3).

Sin embargo, es preciso aclarar, que tal disposición expresamente hizo referencia a los procesos de paz a los cuales se refería el decreto 716 de 1994⁴². Por lo mismo, las disposiciones anteriores no cubrían las negociaciones y compromisos que se adquirieran con otros grupos al margen de la ley, diferentes a los cobijados por el mencionado decreto. Esta razón justificó que el legislador se ocupara de redefinir y ampliar la materia mediante la ley 434 de 1998. La aplicación del régimen de excepción para la ejecución de los recursos del fondo, se justificó en el Congreso de la República en los siguientes términos⁴³:

“La política de paz es más que una negociación, implica la estructuración de la política, de los planes, programas y proyectos que propicien el acercamiento entre los grupos enfrentados, que entreguen las bases para alcanzar una paz integral previendo mecanismos de inversión eficaces que privilegien criterios de equidad.”//(...)//“Con el propósito de darle celeridad a su contratación, y teniendo en cuenta la flexibilidad de acción que se necesita, bien por circunstancias de urgencia o de convivencia en el momento de la contratación, se propone que se rija por el régimen privado, sin que ello sea óbice para el desarrollo de las funciones de los órganos de control.”

⁴² Dentro de la oportunidad legal prevista en el artículo 13 transitorio de la Constitución Política, se expidió el decreto ley 716 de 1994, dirigido específicamente a *“fomentar la reincorporación a la vida civil de grupos guerrilleros que demuestren su voluntad de paz”* y, acepten *“la dejación de armas y su desmovilización”*.

⁴³ Tomado de la Gaceta No. 327 del 15 de agosto de 1997.

Así, en virtud del artículo 15 de esta ley, dispuso:

“Artículo 15.- Para todos los efectos, los contratos celebrados con cargo a la cuenta del Fondo de Programas Especiales para la Paz se regirán por las reglas del derecho privado”.

Cabe advertir, en todo caso, que conforme al artículo 13 de ley 1150 de 2007 la aplicación del régimen privado no exime a las entidades estatales de la aplicación de los principios de la función administrativa -igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad- (art. 209 C.P.), ni del régimen de control fiscal (art. 267 *ibídem*), como tampoco del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley 80 de 1993.

(iv) Conclusión

Como se observa, la ejecución de los programas a cargo del Fondo de Programas para la Paz están encaminados directamente al restablecimiento del orden público, a la construcción de una política de paz y a la búsqueda del logro y mantenimiento de la misma, en atención a uno de los fines estatales consagrados en el preámbulo⁴⁴ y en el artículo 2 de la Constitución Política. Por esta razón, es claro que llevar a cabo la contratación directa, en lo que corresponda contratar bajo esta modalidad de selección, para la continuidad de estos programas, es parte esencial de construcción de la paz, del restablecimiento del orden público y de la vigencia de los derechos y libertades de las personas y por lo mismo encaja dentro de la noción de “defensa y seguridad del Estado” a que se refiere la excepción prevista en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, Estatutaria de la Ley de Garantías Electorales.

4.2 Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas

(i) Naturaleza y objeto

El decreto 4138 de 3 de noviembre 2011⁴⁵, creó *la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas* una unidad administrativa especial, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio, denominada Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (artículo 1).

La Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas tiene como objeto *“gestionar, implementar, coordinar y evaluar, de forma articulada con las instancias competentes, los planes, programas y proyectos de la Política de Reintegración, con el fin de propender por la paz, la seguridad y la convivencia”* (artículo 4 *ibídem*).

⁴⁴ “En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y **la paz**, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo (...).”

⁴⁵ Decreto 4138 de 3 de noviembre 2011 “por el cual se crea la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas y se establecen sus objetivos y estructura”.

(ii) Funciones

Adicionalmente, son funciones de la Agencia las de: 1) Asesorar al Gobierno Nacional en la implementación de la política de desarme, desmovilización y reintegración a la vida civil de personas o grupos armados organizados al margen de la ley, que se desmovilicen voluntariamente de manera individual o colectiva. 2) Implementar, diseñar, ejecutar y evaluar en el marco de la Política de Desarme Desmovilización y Reintegración los beneficios sociales, económicos y jurídicos otorgados a la población desmovilizada de los grupos armados al margen de la ley. 3) Formular, ejecutar, evaluar y promover los planes, programas y proyectos dirigidos al fortalecimiento del proceso de reintegración de la población desmovilizada y sus familias. 4) Fortalecer el proceso de reconciliación con las comunidades receptoras de población desmovilizada que permita consolidar el proceso de reintegración. 5) Diseñar, ejecutar y evaluar el proceso de reintegración conforme a los beneficios que se pacten en mesas de negociación de procesos de paz o que para el efecto establezca el Gobierno Nacional. 6) Coordinar con las entidades estatales que, de acuerdo con sus competencias, desarrollen actividades o funciones tendientes a facilitar el desarrollo de los procesos de desarme, desmovilización y reintegración. 7) Coordinar, hacer seguimiento a las acciones de las entidades estatales, que de acuerdo a su competencia, desarrollen actividades o funciones tendientes a facilitar los procesos de reintegración de los menores desvinculados del conflicto y de los adultos que se desmovilicen voluntariamente de manera individual o colectiva. 8) Asesorar, acompañar y definir conjuntamente con el Alto Comisionado para la Paz, los temas que sobre los beneficios, sociales y económicos se dialoguen y acuerden en las mesas de negociación de paz con los grupos organizados al margen de la ley que se desmovilicen voluntariamente; adicionalmente, ejecutar y evaluar los beneficios que allí se pacten y que estén relacionados con la reintegración de la población beneficiaria. 9) Definir, concertar y evaluar el Plan Nacional de Acción, en coordinación con las entidades para que de acuerdo con su competencia funcional contribuyan al proceso de reintegración, desarrollen programas, estrategias y metas que se requieran para la inclusión a la vida civil de personas o grupos armados organizados al margen de la ley, que voluntariamente se desmovilicen. 10) Acompañar y asesorar a las entidades competentes en la definición de políticas y estrategias relacionadas con la prevención del reclutamiento y la desvinculación de niños, niñas, adolescentes y jóvenes menores de edad de grupos armados organizados al margen de la ley. 11) Apoyar a las entidades competentes en las acciones que ejecuten en materia de definición y aplicación de beneficios jurídicos para la población que se desmovilice voluntariamente. 12) Articular la implementación de la política de reintegración con las entidades territoriales, autoridades locales y diversos actores de la sociedad civil. 13) Promover alianzas con organismos de cooperación nacional e internacional para la implementación y desarrollo del proceso de reintegración en coordinación con las autoridades competentes. 14) Ejecutar recursos de cooperación técnica internacional y prestar asesoría internacional, en coordinación con la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia. 15) Consolidar el Sistema de Información para la Reintegración (SIR) para el seguimiento, monitoreo y evaluación de los participantes del proceso de reintegración y desarrollar los módulos que se requieran para el efecto. 16) Recibir y administrar los recursos, aportes y los fondos destinados a financiar el funcionamiento de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas y los planes y proyectos que se adelanten en materia de reintegración. 17) Administrar los recursos humanos, físicos y financieros a su cargo, en concordancia con los principios de la función administrativa. 18) Las

demás que correspondan de acuerdo con la naturaleza de la entidad y le sean asignados por la ley (artículo 5 *ibídem*)

Por otra parte, el artículo 21 del decreto 4138 de 2011, señaló que “[l]os gastos requeridos para la atención de las personas que se presenten al proceso de desarme y desmovilización, y que se causen hasta el momento de hacer efectivos los beneficios socioeconómicos a que haya lugar por parte de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas podrán realizarse con cargo al Fondo de Programas Especiales para la Paz en los términos señalados en las leyes 368 de 1997 y 434 de 1998”.

(iii) Régimen de contratación

Esta unidad administrativa especial adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia no escapa a las reglas que rigen la contratación de las entidades estatales y por tal razón le son aplicables todas las reglas y principios que gobiernan la materia (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y su decreto reglamentario 1510 del 17 de julio de 2013).⁴⁶

(iv) Conclusión

Una vez revisadas las funciones de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, observa esta Sala que dicha entidad tiene a su cargo competencias que pretenden dar respuesta oportuna, eficaz y acorde con los compromisos que se adquieren con las personas que individual o colectivamente se vinculen a los procesos de desmovilización. Por consiguiente, en caso de que el Presidente de la República en ejercicio decida manifestar su interés de participar como candidato en las próximas elecciones presidenciales, la Agencia podrá continuar durante el periodo preelectoral seguir aplicando las causales de contratación directa establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) y su decreto reglamentario 1510 del 17 de julio de 2013, para el cumplimiento de sus funciones, teniendo en cuenta que estas buscan la preservación del orden público y también la cristalización de avances en el logro de la paz, como derecho y deber de obligatorio cumplimiento, razones que se ajustan a la noción de “defensa y seguridad del Estado” excepción a que se refiere el artículo 33 de la ley 996 de 2005, Estatutaria de la Ley de Garantías Electorales.

Conforme a lo expuesto, la Sala **RESPONDE:**

1. *“Teniendo en cuenta que los recursos que administra el Fondo de Programas para la Paz actualmente se destinan principalmente a financiar los gastos generados por los diálogos de Paz que adelanta el Gobierno Nacional y considerando, además, que los gastos de seguridad y defensa nacional están excluidos de la prohibición de contratación directa durante la vigencia de la Ley de Garantías, por expresa disposición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, ¿es posible entender que la contratación directa que para tales efectos adelanta el Fondo de Programas Especiales para la Paz, puede seguir llevándose a*

⁴⁶ Ley 80 de 1993. “Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta Ley (...) b). El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, **las unidades administrativas especiales** y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos. (...)”

cabo en el eventual caso en que el Señor Presidente anuncie su interés de presentarse como candidato, por quedar cobijado por la excepción legalmente prevista en dicho artículo 33? ¿Podría el Fondo, contratar directamente, para financiar otro acercamiento o diálogos que eventualmente el Gobierno pueda iniciar bajo el tiempo de aplicación de la ley de garantías?

2. *No obstante la restricción contemplada en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, ¿el Fondo de Programas Especiales para la Paz del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en virtud del inciso 3° del artículo 21 del Decreto Ley 4138 de 2011 puede continuar contratando directamente los bienes y servicios requeridos para atender una eventual desmovilización masiva de integrantes de los grupos armados al margen de la Ley?"*

La ejecución de los programas a cargo del Fondo de Programas para la Paz están encaminados directamente al restablecimiento del orden público, a la construcción de una política de paz y a la búsqueda del logro y mantenimiento de la misma, en atención a uno de los fines estatales consagrados en el preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución Política. Por esta razón, es claro que llevar a cabo la contratación directa, en lo que corresponda contratar bajo esta modalidad de selección, para la continuidad de estos programas, encaja dentro de la noción de "defensa y seguridad del Estado" de la excepción a que se refiere el artículo 33 de la ley 996 de 2005, Estatutaria de la Ley de Garantías Electorales.

En consecuencia, en caso de que el Presidente de la República en ejercicio manifieste su interés en participar como candidato en las próximas elecciones presidenciales, el Fondo de Programas para la Paz puede continuar contratando directamente los programas cuya financiación esté a su cargo relacionados con la construcción de la paz, el restablecimiento del orden público y la vigencia de los derechos y libertades de las personas, en cumplimiento de las normas que rigen su actividad y al amparo de la excepción a la que se refiere el artículo 33 de la citada ley.

3. *¿Puede la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, seguir aplicando las causales de contratación directa previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) y su decreto reglamentario 1510 del 17 de julio de 2013, para, por ejemplo, adquirir los servicios profesionales y de apoyo a la gestión del personal que soporta la implementación y puesta en marcha de los procesos de desmovilización, o inmuebles para la reubicación de estas personas, bajo la consideración de que esta contratación se relaciona con seguridad nacional, no obstante encontrarse vigente la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005?"*

La excepción a la prohibición a la contratación directa prevista en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, en "lo referente a la defensa y seguridad del Estado", es aplicable a la adquisición de bienes y servicios para atender los programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de grupos alzados en armas al margen de la ley y de los miembros de los mismos, que se manejan a través de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, de conformidad con las causales de contratación directa previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) y su decreto reglamentario 1510 del 17 de julio de 2013.

Remítase al señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR **AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA**
Consejero de Estado Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala