

Las restricciones a la contratación estatal en época de garantías electorales

Es necesario planificar muy bien, para afrontar este régimen contractual excepcional de transición. Hay que tener presente lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

**ANA MARÍA MONCADA ZAPATA
SOCIA DE MONCADA
ABOGADOS**

Las elecciones del Congreso de la República, programadas para el domingo 11 de marzo del 2018, y de Presidente, para el domingo 27 de mayo del 2018, se someterán al régimen excepcional de transición electoral contemplado en la Ley 996 del 2005 o denominada Ley de Garantías Electorales, que propende por la igualdad de los candidatos.

Así, quedará prohibido: (i) a las entidades territoriales, en el nivel central y descentralizado, suscribir convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos a partir del 11 de noviembre del 2017 (art. 38), y (ii) a todos los entes del Estado, contratar directamente a partir del 27 de enero del 2018 y hasta la elección de Presidente (art. 33).

Dada la tensión entre la transparencia en la contienda electoral y el normal funcionamiento de la administración, se recomienda tener presente lo siguiente, a partir de lo sostenido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (SCSC) sobre la materia:

1. La restricción para contratar directamente aplicará a “todos los entes del Estado”, sin importar su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, pertenencia a una u otra rama del Poder Público o su autonomía (Rad. 1727, feb. 20/06).

2. Contratación directa, para la ley en comento, es sinónimo de cualquier proceso que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes (Rad. 1712, feb. 2/06, y Rad. 2168, sep. 2/13). De allí que:

– Las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública (EGCP) no podrán contratar directamente en aquellas causales que no permitan la concurrencia de participantes.



FOTO/Humberto Pinto

Las demás modalidades de selección (licitación, concurso, abreviada y mínima cuantía) no estarán restringidas.

– Los entes estatales exceptuados del EGCP, incluidos los mixtos, tendrán restricción respecto de contratos que prescindan de un procedimiento público de escogencia (Rad. 1724, feb. 20/06). A las empresas de servicios públicos domiciliarios, empresas industriales y comerciales del Estado, fondos, entes financieros y aseguradores, la SCSC les aconsejó adelantar la licitación pública dispuesta en el Código de Comercio, por regirse por el Derecho Privado (Rad. 1738, abr. 6/06).

Contratación directa

3. En cinco casos no estará prohibido contratar directamente: (i) defensa y seguridad del Estado; (ii) contratos de crédito público; (iii) emergencias educativas, sanitarias y desastres; (iv) 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 (v) los que deban realizar entidades sanitarias y hospitalarias.

En ocasiones, la SCSC ha sostenido que esas excepciones son “taxativas y de interpretación restrictiva” (Rad. 2212, mayo 21/14; Rad. 1974, nov. 26/09, y Rad. 1724, feb. 20/06).

4. La contratación directa para defensa y seguridad del Estado es la que más ocasiona dificultad, pues si bien, de acuerdo con la Ley 1150 del 2007, la causal solo aplica para los bienes y servicios que “necesiten reserva para su adquisición”, la SCSC se ha

contradicho, así: para rechazar que los contratos que celebren las misiones diplomáticas involucren el concepto de seguridad y defensa, sostuvo que “solamente puede interpretarse dentro de los conceptos de soberanía, de integridad del territorio nacional y orden público interior y exterior” (Rad. 1724, feb. 20/06).

“La posibilidad de prórroga, modificación, adición o cesión de los contratos suscritos antes del periodo de restricción permanece incólume”.

Pero, posteriormente, para viabilizar la contratación directa en el marco de los “diálogos de paz” (Fondo de Programas para la Paz y Agencia Colombiana para la Reintegración), señaló que los conceptos son “amplios, relativos y dinámicos” y que “todas las acciones y actividades que se requieran” para una solución negociada “configuran evidentes manifestaciones de la defensa y seguridad nacionales” (Rad. 2168, sep. 2/13).

5. La habilitación a las entidades sanitarias y hospitalarias para celebrar contratos directamente “debe entenderse circunscrita a la necesidad de conjurar situaciones de emergencia que puedan afectar la salubridad pública como elemento del orden público y social” (Rad. 1839, jul. 26/07).

Esto, para no desdibujar la prohibición tornándola amplia e indeterminada (C. Const., Sent. C-1153/05).

Convenios y prórrogas

6. La prohibición de convenios interadministrativos para “la ejecución de recursos públicos” aplicará entre el 11 de noviembre del 2017 y el 27 de enero del 2018 y abarcará “cualquier forma de disposición o ejecución de recursos públicos, como puede ser la realización de obras, la prestación de servicios,

la adjudicación o entrega de estímulos o beneficios, etc.”. No obstante, se aprobó que la Escuela Superior de Administración Pública y los concejos municipales suscribieran convenios para adelantar concursos públicos a título “gratuito”. Así, es necesario preguntarse: ¿Cómo se presta el servicio sin usar recursos públicos? (Rad. 2269, sep. 17/15). Después del 28 de enero del 2018 y hasta que se elija Presidente de la República, estará prohibida la suscripción de cualquier convenio interadministrativo (por tratarse de contratación directa).

7. La posibilidad de prórroga, modificación, adición o cesión de los contratos suscritos antes del periodo de restricción permanece incólume (Secc. Quinta, Rad. 2015-00521, nov. 19/16).

Ante este régimen contractual excepcional de transición electoral, se debe planificar la contratación. Colombia Compra Eficiente da las pautas mediante la Circular Externa 24 del 2017, y la Procuraduría General de la Nación, a través de la Circular 005 del 2017, advirtió sobre las investigaciones disciplinarias que iniciará ante el incumplimiento de las prohibiciones.

diferentes y punto.

MONCADA.

Competencias legales de la mejor calidad en el área del derecho empresarial y de los negocios.

Moncada Abogados, reconocido por Chambers & Partners e IFLR 1000, como referente nacional en las áreas de derecho público, financiero y corporativo.

Ranked In CHAMBERS LEXIS AMERICA - 2016 - Leading Individual

IFLR 1000 2016 Recognized Firm

WWW.MONCADAABOGADOS.COM.CO