

Los 10 mandamientos contractuales en periodo electoral

11 de Marzo del 2015

GUARDAR

COMPARTIR

COMENTARIOS

IMPRIMIR

Jorge Beltrán Pardo

Experto en compras públicas

Especial para ÁMBITO JURÍDICO

www.beltranpardo.com

Como se ha vuelto reiterativo en nuestra cultura jurídica, cada vez que hay elecciones en el país surgen las diversas interpretaciones que, como en tiempos de Moisés, se transmiten vía oral como palabra de Dios, desatendiendo que, en la actualidad, ya no solo existen escritos muy claros en la materia, sino diversas fuentes de información a las cuales se puede acceder sin dificultad distinta a que el operador jurídico decida leerlo y aplicarlo, pues bien anotaba Jean Paul Sartre “El hombre nace libre, responsable y sin excusas”.

A pesar de la álgida producción documental del año pasado con motivo de las elecciones presidenciales y de Congreso, en la presente vigencia adquieren nuevamente relevancia las restricciones en materia contractual que la Ley de Garantías Electorales (L. 996/05) ha establecido en periodo electoral, principalmente, por la “información desinformada” que sobre el particular circula.

En vista de lo anterior, con miras a evitar que los operadores jurídicos “pequen” a la hora de adoptar decisiones, a continuación presento un Decálogo Contractual de lo que se debe tener en cuenta en materia de garantías electorales en asuntos contractuales:

1. Primar el tenor literal de la ley sobre todas las cosas

No en vano, la Ley 996 es muy clara en su tenor literal de establecer la forma y las causales de cómo aplican las restricciones en materia contractual. En efecto, para los próximos comicios electorales, que corresponden a elecciones distintas a las presidenciales, no aplican las restricciones de que trata el artículo 33 de la referida norma legal, sino únicamente la atinente al parágrafo del artículo 38 de la misma disposición, que no limita toda la contratación directa, sino solamente una de las causales que a continuación procederemos a explicar, únicamente para los destinatarios indicados en la norma y para los asuntos taxativamente listados en ella.

2. No se usará la contratación interadministrativa

El párrafo del artículo 38 de la Ley 996 preceptúa para las próximas elecciones: “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”.

Esto quiere decir que no pueden celebrarse contratos ni convenios que impliquen compromiso del erario, motivo por el cual se incluyen los contratos de que trata el numeral 4º del literal c) del artículo 2º de la Ley 1150 del 2007, como los convenios a que se refiere el artículo 95 de la Ley 489 del 1998 y el Decreto 777 de 1992, así como otras que se le asimilen.

3. Serán sagrados los cuatro meses anteriores a las elecciones

Según el calendario electoral indicado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante la Resolución 13331 del 11 de septiembre del 2014, las elecciones para gobernaciones, alcaldías, concejos, asambleas y juntas administradoras locales serán el último domingo del mes de octubre, es decir, el 25 de octubre del 2015, lo que quiere decir que las restricciones aplicables en materia contractual inician a partir del 25 de junio del 2015 a las 00:00 horas.

En dicho término, los destinatarios de la norma - solamente entidades territoriales, pues no cubre a las de orden nacional, salvo que contraten con aquellas-, no podrán celebrar contratos y convenios interadministrativos ni adelantar ninguna de las actuaciones establecidas en el párrafo referido de la Ley de Garantías Electorales.

4. Honrar los contratos y convenios celebrados con anterioridad a los cuatro meses previos a las elecciones

Durante el periodo de restricciones electorales, las entidades estatales podrán ejecutar los contratos y convenios suscritos con anterioridad a dicho término, lo que implica la posibilidad de modificarlos, prorrogarlos, adicionarlos, cederlos, suscribir actas y, en general, administrarlos, conforme lo prevé la Circular 3 de Colombia Compra Eficiente. En resumen, esto significa que toda actuación tendiente a su ejecución no está prohibida por el legislador.

5. No usar la contratación pública para apoyar candidaturas o movimientos políticos

Tal como lo ha sostenido la doctrina del Consejo de Estado desde el año 2006, con ponencia de Enrique José Arboleda, y hasta el año pasado, con ponencia de Álvaro Námén, “siempre ha estado prohibida la contratación cuando se utiliza para favorecer partidos o candidatos políticos, y que por lo mismo da lugar a sanciones disciplinarias, patrimoniales y penales, e incluso los contratos que así se celebraren estarían viciados de nulidad absoluta por desvío de poder”, motivo por el cual, antes, durante y después del periodo electoral, no podrá adelantarse contratación con desviación de poder en este sentido.

6. No desear la candidatura del otro

A los destinatarios del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 les está restringido -adicional a lo anteriormente señalado- respaldar las campañas de cualquiera de los candidatos en contienda, para lo cual el legislador del 2005 prohibió:

- 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.
- Inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos.
- 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.
- Modificar la nómina de la entidad estatal, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada.

7. No matar la contratación directa permitida

Lamentablemente, la inadecuada aplicación de la ley se ha prestado para equívocos graves que conducen a la parálisis de la administración en su gestión y operación contractual. Claramente, la contratación directa de que trata el artículo 2º de la Ley 1150 y la contratación directa de entidades de regímenes especiales -excepto la contratación interadministrativa que ejecute recursos públicos- no está prohibida durante los cuatro meses anteriores a las elecciones de octubre.

En consecuencia, entre el 25 de junio y el 26 de octubre podrán realizarse contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, de arrendamiento y adquisición de inmuebles, con proveedor exclusivo, entre otros, bajo los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y la contratación estatal.

8. Usar las demás modalidades de selección de acuerdo con su objeto

De igual forma, podrán usarse las demás modalidades de selección, como licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y mínima cuantía, toda vez que, a partir de la Ley 1474 del 2011, esta última modalidad también es una convocatoria pública.

Ahora bien, el solo hecho de que una entidad pública resulte adjudicataria de un contrato estatal producto de una convocatoria pública no convierte al contrato que resulte de la misma, *per se*, en interadministrativo, pues el contrato, en ese caso, se realizaría en desarrollo de un procedimiento competitivo y no prescindiendo de la convocatoria pública.

9. No establecer requisitos innecesarios para entorpecer la contratación

Debemos superar el ostracismo que genera el miedo que paraliza y hace incurrir en responsabilidades de toda índole a los funcionarios por omisión en la gestión administrativa del ente estatal.

Expresiones como “es mejor pedirlo, para curarnos en salud” y “es que siempre lo hemos hecho así y nunca ha pasado nada” hay que extirparlas inexorablemente de la gestión pública. Evidentemente, los entes de control solamente objetarán situaciones verdaderamente irregulares, las cuales no se van a cubrir por el hecho de pedir requisitos innecesarios para la contratación, como el registro presupuestal antes del 25 de junio, pues este es solamente una operación administrativa que no perfecciona el contrato. Mucho menos por la aprobación de garantías antes del 25 de junio, que es requisito de ejecución y no de perfeccionamiento (L. 80, art. 41), así como tampoco se van a “curar en salud” los funcionarios de las entidades estatales por poner trabas o paralizar la contratación que no está restringida.

10. Planear la contratación interadministrativa que se requiera

Bien señalaba Aristóteles: “No hace falta un gobierno perfecto; se necesita uno que sea práctico”. Si definitivamente la entidad contratante requiere adelantar la contratación mediante la modalidad interadministrativa, será recomendable que dentro de su Plan Anual de Adquisiciones planee su contratación antes del 25 de junio del 2015, habida cuenta que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 no da excepciones en este sentido, y las salvedades contenidas en el artículo 33 no le resultan aplicables a dicha disposición, pues, en materia de excepciones, la interpretación es restrictiva.