

LICITACION PUBLICA – Contratos de fiducia / SOCIEDAD FIDUCIARIA – Selección por licitación pública / SOCIEDADES FIDUCIARIAS – Sistema licitatorio / CONTRATOS FIDUCIARIOS – Selección por vía de licitación

El texto del inciso 5º del ordinal 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1983 es preciso y claro al disponer que la selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en la ley 80.

La hermenéutica de este canon legal no permite a su intérprete establecer excepciones a la regla licitatoria formulada de modo general, comprensiva de todos los procesos de selección de sociedades fiduciarias por entidades estatales, de modo que cualquier exclusión que pretenda hacerse a este precepto resulta arbitraria, puesto que no hay lugar a distinguir cuando la ley no distingue (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Con otras palabras, la fórmula adoptada por el legislador conforme a la cual toda selección de sociedad fiduciaria debe hacerse por la vía licitatoria habrá de aplicarse a todos los casos que abarca, incluido el supuesto de bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional.

F.F. Inciso 5º del ordinal 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993

FIDUCIA - Selección por licitación pública / CONTRATOS FIDUCIARIOS - Selección por licitación pública / LICITACION PUBLICA - Fiducia

De otro lado, como el intérprete debe primordialmente atender a la fórmula de que el legislador se ha valido (Gény) no debe perderse de vista que este inciso 5º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 configura -a efectos de la determinación del modo de selección del contratista- una disposición relativa a un asunto especial, que es menester preferir a la que tenga carácter general. Conforme al criterio de la especialidad si el legislador adopta una disposición especial sobre una materia, es su deseo exceptuarla de la regulación general, canon sintetizado en el viejo aforismo *lex specialis derogat generalis* adoptado positivamente por el derecho colombiano (ley 57 de 1887 art. 5 y ley 153 de 1887, art. 3º). En este caso, es evidente que la regla de selección especial es la contenida en el inciso 5º del ordinal 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1983, que sustrae de la contratación directa a todos los contratos relativos a fiducias y la somete a una regulación diversa o contraria: la selección por el camino de la licitación.

Nota de relatoría: Ver BOBBIO, Norberto, Teoría General del Derecho, Ed. Temis, 1987, p. 195:

El texto del inciso 5º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 es claro y preciso, en tanto a juicio de la Sala no acusa equívoco alguno en su interpretación. Con todo, aún admitiendo que su coexistencia con el literal i) del numeral 1º del artículo 24 de la ley 80 ofreciera hipotéticamente algún grado de ambigüedad -o si se quiere- incompatibilidad, si se recurre al espíritu de la ley 80, para determinar su alcance a partir del elemento histórico (*voluntas legislatoris*), esto es, de la historia fidedigna de su establecimiento, se tiene que la intención del legislador fue siempre la de someter a los contratos fiduciarios al proceso de selección por vía de licitación.

Síguese de todo lo anterior que merced a la ilegalidad manifiesta de la expresión “*incluso contratos fiduciarios*” contenida en el acto demandado y que fue objeto de la medida cautelar de suspensión provisional, aquella será retirada del ordenamiento jurídico, dada su evidente contradicción con el inciso 5º del ord. 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, como que autoriza la celebración de contratos

de fiducia de manera directa cuando la ley señaló que dicha selección se haría con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso.

F.F. Literal i) del numeral 1º del artículo 24 e inciso 5º del ordinal 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993;

DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL – Concepto / SEGURIDAD – concepto

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 determinada. Noción a la vez relativa y coyuntural, merced a que su contenido jurídico no es inmutable sino que necesariamente sufre constantes transformaciones.

Nota de relatoría: Ver IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Seguridad nacional, seguridad del Estado y seguridad ciudadana, una aproximación jurídica, Ed. Universidad Sergio Arboleda, primera edición, 2005; y, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 048 de 2001.

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”*). 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.

Nota de relatoría: Ver IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Seguridad nacional, seguridad del Estado y seguridad ciudadana, una aproximación jurídica, Ed. Universidad Sergio Arboleda, primera edición, 2005

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.

Una 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 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. Una 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.

Nota de relatoría: Ver 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

CONTRATACION DE BIENES Y SERVICIOS PARA LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL - Programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil

La adición de un nuevo numeral al artículo 4º del decreto 855 de 1994 el cual para los efectos del numeral 1 literal i) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, determinó cuáles son los bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional, e incluyó aquellos que demanden los programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley para la atención de las personas desmovilizadas y reinsertadas, así como las de sus respectivos grupos familiares, encuentra sustento en la concepción antes referida de las nociones de seguridad y defensa nacional.

Es evidente que dichos programas son manifestación de las mismas a la par que se acompasan con los mandatos constitucionales de proteger el orden público y asegurar la convivencia pacífica, en el marco de la obligación estatal de asegurar la paz, la seguridad y la defensa nacionales, la cual no puede verse limitada a la adquisición tan sólo de bienes y servicios relacionados con el armamento y uniformes de las fuerzas armadas, sino que bien puede suponer la adopción de medidas necesarias para hacer efectiva la desmovilización y reinsertación de personas y grupos al margen de la ley.

El mantenimiento de unas condiciones mínimas que hagan posible la convivencia social, aconseja la adopción de medidas a favor de la desintegración de grupos ilegales y su inserción a la vida democrática y de la prevención de conductas ilícitas, que atenten contra la convivencia pacífica, y así hacer frente a las fuerzas disociadoras del orden. Esta fórmula armoniza los derechos y libertades con el orden. Expresado en otras palabras, la norma reglamentaria así concebida se orienta a fortalecer el monopolio de las armas en el Estado, como condición de convivencia pacífica y democrática, materialización de la función de la fuerza pública (arts. 216 y ss CN) y principio cardinal de toda democracia constitucional. Además el texto demandado está en consonancia con los principios de derecho internacional que propugnan la solución pacífica de los conflictos (art. 2º par. 3º de la Carta de la ONU).

Una conclusión se sigue de lo anterior: la adquisición de bienes y servicios de protección de derechos humanos o del proceso de reincorporación y desmovilización de grupos armados al margen de la ley y de protección de sus familias, contrario a lo aseverado por el actor, sí constituye un asunto de seguridad y defensa nacional y por lo mismo el gobierno no incurrió en exceso de la potestad reglamentaria. La norma impugnada prevé una excepción al proceso licitatorio que encarna a juicio de la Sala un asunto evidentemente relacionado con los temas de seguridad y defensa nacional exceptuados por el legislador, lo cual no solo no contraría los mandatos constitucionales y legales, sino que además adopta las medidas para la cumplida ejecución de la ley 80. Lo que da tanto como afirmar que el texto normativo enjuiciado no sólo no riñe con el marco constitucional y legal, sino que simultáneamente entraña su desarrollo armónico.

F.F. Artículo 4 del Decreto 855 de 1994, numeral 1º literal i) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993; artículos 226 y ss Constitución Nacional; y, artículo 2º parágrafo 3º de la Carta de la ONU

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-26-000-2005-0003-00(29393)

Actor: JORGE MANUEL ORTIZ GUEVARA

Demandado: NACION-MINISTERIO DE INTERIOR Y DE JUSTICIA

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD

Decide la Sala en única instancia la demanda que, en ejercicio de la acción pública de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A., interpuso Jorge Manuel Ortiz Guevara contra el artículo 1º del decreto 3740 de 2004, expedido por el Gobierno Nacional.

1. Pretensiones y norma acusada

El presente proceso se originó en la demanda presentada el 26 de noviembre de 2004 por Jorge Manuel Ortiz Guevara en contra de la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia, quien actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones:

“1. Que es nulo por inconstitucional e ilegal todo el artículo 1º y en particular los apartes que se transcriben en negrilla y subrayas del decreto 3740 del 11 de noviembre del año 1994 expedido por el señor Presidente de la República, y que prescribe:

Decreto 3740 del 11 de noviembre de 2004:

‘ Artículo 1. Adiciónase con un nuevo numeral al artículo 4º del decreto 855 de 1994, así:

Los bienes y servicios, **incluso contratos fiduciarios** que demanden los programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley para la atención de las personas desmovilizadas y reinsertadas, así como las de sus respectivos grupos familiares, en los términos del decreto 128 de 2003 o de la norma que lo sustituya, modifique o adicione’

“2. Una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a la presente acción, se comunique a la autoridad administrativa que profirió el acto, para los efectos legales consiguientes”.

2. Hechos

Expuso el actor que, en ejercicio de la atribución prevista en el artículo 150 inciso final de la Constitución, el Congreso de la República expidió la ley 80 de 1993, la cual en su artículo 24, numeral 1, al desarrollar el principio de transparencia, prescribió claramente, entre otros requisitos para su cumplimiento, que la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación pública, salvo los casos taxativamente señalados en dicho numeral, bien por la naturaleza del contrato o por la cuantía del mismo. Que el citado artículo 24 en su numeral 1º apartado i) exceptuó del riguroso proceso de licitación pública los bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

Que bajo el anterior estatuto de contratación, Decreto 222 de 1983, las entidades públicas acudían en forma descarada a la figura de la fiducia para contratar en forma directa y eludir los controles y requisitos de publicidad, razón por la cual el artículo 32 de la ley 80 en el numeral 5º, al tratar el tema de los encargos fiduciarios y fiducia pública, dispuso tajantemente en su inciso 5º que los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en dicho estatuto y que la selección de la sociedad fiduciaria, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en dicha ley 80.

Que el párrafo 2º del artículo 24 de la ley 80 autorizó al gobierno para expedir, dentro de los 6 meses siguientes a la promulgación de la ley, un reglamento de contratación directa que garantice y desarrolle los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella. Que mediante decreto 855 de 1994 el gobierno reglamentó parcialmente la ley 80, señalando en el artículo 4º qué bienes y servicios se entienden o se requieren para la defensa y seguridad nacional, para los efectos del apartado i) del numeral 1º del artículo 24 de la ley en cita.

Que la norma acusada al adicionar un nuevo numeral al artículo 4º del decreto 855 de 1994 pretende permitir que se celebren en forma directa contratos fiduciarios para los programas de protección de derechos humanos, desmovilización y reincorporación *“en abierta y clara violación del proceso general de licitación o concurso público previsto en la ley 80 de 1993 para escoger a sus contratistas”*, y de los principios de transparencia, moralidad y publicidad de las actuaciones administrativas contractuales (art. 209 CN).

3. Normas violadas y concepto de la violación

Consideró el actor que la entidad accionada violó los artículos 4 inciso 1º, 13 y 209 inciso 1º de la Constitución Nacional y los artículos 24 numeral 1º apartado i) y 32 numeral 5º incisos 3 y 5 de la ley 80. En este caso se evidencia vulneración del principio de transparencia y publicidad en tanto las excepciones contempladas en el artículo 24 son por la naturaleza del contrato o por la cuantía del mismo, de modo que siendo la norma general el proceso de licitación o concurso, las excepciones son taxativas y restrictivas, por ende cuando en el apartado i) del numeral 1º se mencionan los bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional debe entenderse también en forma restrictiva y no extensiva a asuntos no relacionados directamente con dichos conceptos.

A su juicio, la expresión *“incluso contratos fiduciarios”*, contenida en el precepto que se demanda, viola en forma flagrante no sólo el numeral 1º del artículo 24 de la ley 80 que exige la licitación *“siempre”*, esto es, para toda clase de contratos, sino también el artículo 32 numeral 5º, incisos 3 y 5, por cuanto la norma legal ordena que la escogencia de la sociedad fiduciaria por contratar se haga mediante dicho sistema de licitación. Expresión *“contratos fiduciarios”* que comprende encargos fiduciarios, así como la fiducia pública y la fiducia mercantil, al efecto citó jurisprudencia constitucional y los antecedentes de la ley 80 en este punto. Expresó que la norma acusada comporta además violación del principio de publicidad previsto en el artículo 209 de la Carta Política.

De otro lado, según el actor al adicionar un nuevo numeral al artículo 4º del decreto 855 de 1994 se permite la contratación directa de los bienes y servicios contemplados en la norma acusada, cuando el apartado i) del numeral 1º del artículo 24 de la ley 80 exceptúa del proceso de licitación únicamente los bienes y

servicios relacionados con la defensa y seguridad nacional “y los bienes y servicios de protección de derechos humanos o del proceso de reincorporación y desmovilización de grupos armados al margen de la ley y de protección de sus familias no es un asunto de seguridad y defensa nacional”.

4. Admisión de la demanda y suspensión provisional

4.1 Por auto de 23 de junio de 2005 se admitió la demanda formulada contra el decreto 3740 de 2004, expedido por el Gobierno Nacional. La Sala decretó la suspensión provisional de la expresión “*incluso contratos fiduciarios*” contenida en la disposición demanda al encontrar que es evidente la contradicción con el inciso 5º del ord. 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, en tanto autoriza la celebración de contratos de fiducia cuando la ley señaló que dicha selección se haría con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso. Agregó que:

“Cuando la norma acusada señala que dicha contratación deberá realizarse ‘*en los términos del decreto 128 de 2003...*’, ni este decreto ni las leyes que reglamentó¹, aportan elementos que permitan concluir que para estos eventos está prevista la contratación directa de los contratos fiduciarios, pues ninguna consideración hacen sobre la materia, la cual de modificarse, para no incurrir en la restricción prevista por el inciso 5º del ord. 5º del art. 32 de la ley 80 de 1993, requeriría de expresa norma con fuerza de ley.”²

No se accedió a la solicitud de suspensión provisional de todo el artículo en tanto los conceptos “*defensa y seguridad nacional*” versus “*programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley para la atención de las personas desmovilizadas y reinsertadas, así como la de sus respectivos grupos familiares*”,

¹ El decreto 128 de 2003, por el cual se establece la política del programa de reincorporación a la sociedad y los beneficios socioeconómicos, es reglamentario de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002, en materia de reincorporación a la sociedad civil. Establece las generalidades de la política de reincorporación, las definiciones del caso (desmovilizado, reincorporado, grupo familiar, etc.), así como la definición y procedimiento que debe seguirse en los procesos de desmovilización y los diferentes beneficios para quienes se acojan a dichos programas.

² Existen casos especiales en los que la ley autorizó la celebración por entidades estatales de la fiducia mercantil. La propia ley 80 de 1993 en su artículo 41 parágrafo 2º inciso 2º consignó la posibilidad de constituir patrimonios autónomos para el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales, operación que podrá contratarse en forma directa (inciso noveno del parágrafo 2º). Así mismo, la ley 101 de 1993, artículo 30, previó la posibilidad de un contrato especial de fiducia para administrar un fondo de contribuciones parafiscales agropecuarias, y la ley 143 de 1994, artículo 13, estableció que la Unidad de Planeación Minero-Energética de que trata el artículo 12 del decreto 2119 de 1992 manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil.

no obedecen a definiciones del ordenamiento positivo que permitan una confrontación directa, por lo que se trata de un asunto que *“amerita un análisis más de fondo”* y que *“se privaría, además, de conocer las razones que justificaron la expedición por parte del gobierno nacional del acto demandado.”*³

4.2 La decisión de suspensión provisional decretada fue recurrida por la entidad accionada al estimar que la supuesta vulneración no aparece de manera evidente y clara, toda vez que para establecer su concordancia con el ordenamiento jurídico superior y de carácter especial, es necesario realizar no sólo una revisión general de las normas que regulan la contratación de bienes y servicios que demanden los programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil, lo cual de por sí ya implica un análisis de fondo, sino además una interpretación integral y sistemática de las mismas, con la finalidad de establecer el alcance de la norma.

A juicio del impugnante, es necesario efectuar un análisis de fondo sobre la modalidad de los contratos que se pueden realizar mediante el procedimiento de contratación directa, tratándose de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional, pues el apartado i) del artículo 24 de la ley 80 no excluye expresamente ninguna modalidad de contrato, como sí lo hace el literal m) del mismo artículo, respecto del procedimiento de contratación directa en actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y las sociedades de economía mixta, al excluir expresamente los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la misma ley, lo cual no sucede en el primer caso: *“En la contratación directa de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional, lo determinante es el objeto mismo del contrato y no la modalidad de contratación”*, los contratos exceptuados sin lugar a dudas constituyen aspectos relacionados con la defensa y seguridad nacional, como uno de los programas de acción de la política de defensa y seguridad democrática dentro del Plan Nacional de Desarrollo *“como fundamento y razón de ser del ordenamiento constitucional”*.

Mediante proveído de 16 de marzo de 2006, la Sala confirmó el auto recurrido y no levantó la medida cautelar decretada al estimar que, contrario a lo expuesto por el

³ La política de defensa y seguridad del Estado, vista desde un ángulo sociológico, permite acceder a un sinnúmero de situaciones que conducen a la atención del gobierno, en términos de búsqueda de una efectiva garantía de bienestar y convivencia pacífica.

recurrente, es manifiesta la infracción del precepto superior por la expresión de la norma demandada, al efecto subrayó:

“Recuérdese, también es regla hermenéutica aquella que enseña que cuando el sentido de la ley sea claro -como es la norma de la Ley 80 de 1993 que se estima vulnerada con la expresión suspendida-, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu⁴, máxime aún que en el presente caso, es conocido, que la finalidad y antecedentes de la norma refuerzan las consideraciones expuestas.⁵

Por contera, tampoco se necesita un estudio o interpretación de fondo para inferir que, al ser la norma demandada de carácter reglamentario y la otra de rango legal, prima esta última; y por ende, que la contraposición manifiesta entre las dos debe ser amparada por la suspensión provisional, en los precisos y detallados términos del artículo 238 de la Constitución Política y el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Es claro que la facultad que tiene el Gobierno Nacional para reglamentar la Ley 80 de 1993, en cuanto a los procesos de contratación directa se refiere, y en este contexto determinar los bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional, con sustracción de éstos del proceso de licitación o concurso público, según dispone el numeral 1º literal i) del artículo 24 *ejusdem*, no significa que pueda modificar el mecanismo de selección bajo el cual deban celebrarse los contratos fiduciarios, toda vez que la ley fue expresa y tajante en señalar que esa específica modalidad de contratación sólo puede ser celebrada por las entidades estatales previo el desarrollo de una licitación o concurso público.

Por lo tanto, la Sala observa, *prima facie*, que la expresión suspendida del reglamento, no contiene una definición de bienes y servicios para la seguridad nacional, sino una autorización, por vía reglamentaria, para celebrar mediante contratación directa contratos fiduciarios, situación que se opone de manera palmaria a lo expresamente regulado en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.”

En cuanto al segundo argumento del recurrente, la Sala precisó que si bien en la contratación de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional es determinante el objeto mismo del contrato, no lo es menos que cuando el legislador ha establecido unívocamente el mecanismo de selección de una modalidad contractual, éste debe ser respetado por el reglamento y, por ende, la fijación de otro diferente al previsto corresponde a la ley. En esta providencia la

⁴ Ver Artículo 27 del Código Civil.

⁵ En la discusión del proyecto de ley 149 de 1992, que dio lugar a la Ley 80 de 1993, fue evidente la intención de restringir esta modalidad de contratos para las entidades públicas con el fin de evitar abusos, para lo cual se previó, entre otros supuestos, que el mecanismo de selección para celebrarlos fuera en virtud de una licitación o concurso público. Ver BETANCUR CUARTAS, Jaime, Nuevo Estatuto de la Contratación Pública, Capítulo II, Historia de la Ley, páginas 161 y 167 a 168, 13ª edición, biblioteca Jurídica DIKE.

Sala además subrayó que es atribución exclusiva del legislador señalar los mecanismos de selección para los contratos que celebren las entidades del Estado, porque el constituyente confirió al legislador la competencia para regular el tema de la contratación estatal, campo en el cual la función del ejecutivo se limita a reglamentar las normas expedidas por aquél en orden a su correcta ejecución.

6. Contestación de la demanda

La Nación-Ministerio de Defensa Nacional expuso los antecedentes recientes y la naturaleza del programa de desmovilización y reincorporación, que tuvieron en un comienzo como marco normativo la ley 104 de 1993, el decreto 1385 de 1994, y ahora la ley 418 de 1997, la ley 782 de 2002 y el decreto 128 de 2003, reglamentario de la ley 418, donde se establecieron claramente dos etapas dentro del programa para la reincorporación a la vida civil: la desmovilización a cargo del ministerio de Defensa Nacional y la de reincorporación propiamente dicha a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia. Que el Gobierno se ha propuesto ofrecer las condiciones y garantías básicas para que los actores armados al margen de la ley se reincorporen de manera individual y colectiva a la vida civil, así la ejecución de ese programa se justifica en el diagnóstico y en las soluciones propuestas en el objetivo de seguridad democrática de las bases del Plan Nacional de Desarrollo, 2002-2006, Hacia un Estado Comunitario.

Que la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999 y por la ley 782 de 2002, establece unas disposiciones para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica. Instrumentos legales que fueron reglamentados y desarrollados por el decreto 128 de 2003 que fijó las condiciones para acceder a los beneficios socioeconómicos, una vez iniciado el proceso de reincorporación a la vida civil como consecuencia de la desmovilización voluntaria.

Que este decreto también prevé las competencias de las entidades a cargo de las cuales se encuentra la función de otorgar los beneficios *“de esta manera, por ejemplo, en materia de beneficios de protección y seguridad, el Ministro de Defensa Nacional o el Ministro del interior, según corresponda, coordinarán con el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y la Policía Nacional, las*

medidas necesarias para brindar seguridad tanto al desmovilizado o reincorporado como a su grupo familiar, en los casos en que esto último fuese necesario". De conformidad con el artículo 21 del citado decreto, los beneficios socioeconómicos sólo podrán concederse por una sola vez a cada persona y están condicionados al cumplimiento de los requisitos y obligaciones allí previstas.

Que el programa se desarrolla en dos etapas: i) Programa de atención humanitaria al desmovilizado a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, el cual comienza con la presentación de la persona ante la autoridad más cercana y termina cuando el Comité operativo para la dejación de armas decide si la persona puede o no acceder a los beneficios del programa, esta etapa implica la atención humanitaria del desmovilizado e incluye alojamiento y alimentación, transporte, vestuario, atención en salud física, psicológica y seguridad; ii) Programa de reincorporación a la vida civil de las personas alzadas en armas a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia, que tiene, entre otros, los siguientes componentes: Atención humanitaria, salud y educación formal y no formal.

En cuanto al fundamento y motivación para la expedición del decreto 3740 de 2004, señaló que *"[u]na de las más importantes motivaciones que tuvo el gobierno Nacional para agregar a la lista del artículo 4º del decreto 855 de 1994 los bienes y servicios que demandaran los programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil fue la cierta reserva con que se debía manejar el trámite de este tipo de contratación, debido precisamente a la naturaleza de este tipo de programas, su sensibilidad y su vulnerabilidad en materia de seguridad"*.

Citó en respaldo de la legalidad del acto acusado un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 1997, conforme al cual aunque disímiles los conceptos de seguridad y defensa nacional se complementan para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Los programas de desmovilización del Ministerio de Defensa Nacional y de reincorporación del Ministerio del Interior y de Justicia tienen una relación intrínseca con el mantenimiento del orden público y la defensa del territorio nacional. De modo que los conceptos de defensa y seguridad nacional deben interpretarse en un sentido amplio y en el contexto político y jurídico actual, tal como lo sugiere la Sala de Consulta del Consejo de Estado, y además enmarcarse en el Plan Nacional de Desarrollo, las leyes 418 de 1997 y 782 de 2002 y el decreto 128 de 2003: *"Entender que los únicos bienes o servicios*

útiles para la defensa y seguridad nacional son aquellos de contenido o carácter unívocamente bélico es atender a concepciones superadas e ignorar que las políticas sobre estos temas no involucran solamente al Ejército o a la Policía sino también a numerosos actores de la administración pública y el Estado Colombiano”.

7. Alegatos para fallo

Por auto de 26 de enero de 2007 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, sólo intervino la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho quien señaló que si bien el concepto de defensa y seguridad nacional no se encuentra definido expresamente en una disposición normativa, sí se desprende de un conjunto de disposiciones de diverso orden, especialmente de carácter constitucional, en tanto una de las finalidades básicas de las autoridades colombianas es la defensa de la integridad nacional y la preservación del orden público y de la convivencia pacífica, no sólo porque así lo establece el artículo 2º de la Carta, sino además porque esos elementos son condicionantes materiales para que las personas puedan gozar de sus derechos y libertades.

Reiteró que los programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil, “sin duda guardan relación directa con la defensa y seguridad nacional, en tanto dichos programas se desarrollan en orden a mantener la convivencia pacífica y para proteger a ciertos grupos de población especialmente vulnerables por el accionar de organizaciones armadas al margen de la ley, en sus derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad personal. En el primero adoptando medidas inmediatas de seguridad como blindajes arquitectónicos, esquemas móviles de protección, equipos de comunicación o reubicación temporal y, en el segundo adelantando gestiones y actividades relacionadas con la desmovilización y el desarme, así como con la reincorporación socio-económica de los alzados en armas y el seguimiento respectivo.”.

Alegó que la excepción de contratación directa para los bienes y servicios referidos no se encuentra prevista para un tipo de contrato en particular, de suerte que tampoco puede encontrarse excluida respecto de los contratos fiduciarios requeridos dentro de los mencionados programas, *“pues la exigencia prevista en la ley es que el objeto del contrato respectivo sea un bien o servicio para la*

defensa y seguridad nacional, conforme así lo establece la norma acusada". Si bien la regla general de selección en los contratos de fiducia pública es la licitación pública, lo cierto es que se presentan casos en los cuales se autoriza la contratación directa, señalados en la ley o normas especiales: *"lo determinante en este caso particular, es el objeto mismo del contrato y no la modalidad de contratación"*.

8. Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación estimó que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar parcialmente y en consecuencia se debe declarar la nulidad de la expresión *"incluso contratos fiduciarios"*. Que de conformidad con el artículo 333 Constitucional sólo al legislador le corresponde establecer limitaciones a la libertad económica, según se desprende de lo discutido en la Asamblea Nacional Constituyente. En su sentir en lo que refiere al aparte *"incluso contratos fiduciarios"*, el Gobierno incurrió *"en evidente extralimitación de funciones y abuso de poder, pues por vía reglamentaria, modificaron una disposición de rango legal y le dieron un alcance expresamente prohibido por ésta, en este caso, el inciso quinto del ordinal 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993"*, al efecto invocó los antecedentes del precepto legal que estima infringido. Lo contrario acontece con lo indicado por el resto del artículo 1º del decreto 3740 de 11 de noviembre de 2004, en tanto si bien el concepto de defensa y seguridad nacional no se encuentra definido de manera específica por una disposición, no lo es menos que existen otras de rango constitucional, que permiten inferir las fórmulas, principios y políticas de esta materia, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional.

De ahí que en su concepto los programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil guardan relación directa con la defensa y la seguridad nacional, en tanto éstos se desarrollan en orden a mantener la convivencia pacífica y con el fin de proteger a ciertos grupos de población, especialmente vulnerables por el accionar de organizaciones armadas al margen de la ley, en sus derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad personal, y por lo mismo resulta válido aceptar que los bienes y servicios que demanden tales programas, en igual medida, también guardan relación directa con la defensa de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, los que

a su vez se constituyen en los supuestos de defensa y seguridad nacional, en los términos señalados en la Constitución.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala adelantará el análisis de constitucionalidad y legalidad del artículo 1º del decreto 3740 de 2004, no obstante que dicho precepto recientemente fue derogado expresamente por el artículo 83 del decreto 066 de 2008, por el cual se reglamentó parcialmente la ley 1150 de 2007 modificatoria de la ley 80 de 1993⁶, toda vez que, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, no es necesario indagar sobre la vigencia del acto impugnado, pues tratándose de actos administrativos de carácter general no aplica la tesis de sustracción de materia.⁷

Como el problema jurídico que plantea la demanda se contrae a determinar si todo el artículo 1º del decreto 3740 de 2004 y en particular la fórmula “*incluso contratos fiduciarios*” allí contenida vulneran el marco constitucional y legal relativo al proceso de selección de contratistas, corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si la expresión “*incluso contratos fiduciarios*” contenida en la norma acusada viola lo dispuesto en los artículos 24 y 32 de la ley 80 que exigen la contratación mediante el procedimiento licitatorio, para luego evaluar el alcance de la excepción del proceso licitatorio contenida en el apartado i) del numeral 1º del artículo 24 de la ley 80 relativa a los bienes y servicios relacionados con la defensa y seguridad nacional.

Por esta vía, pues, se despacharán los dos cargos formulados que se hicieron consistir en desbordamiento de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional en materia de contratación estatal.

1. Escogencia del contratista en “contratos fiduciarios”

⁶Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, en DIARIO OFICIAL No. 46.691 de 16 de julio de 2007.

⁷ Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SALA PLENA, Sentencias de 14 de enero de 1991 Proc. S - 157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta P, 23 de julio de 1996, Proc. S - 612, C.P. Juan Alberto Polo F y 19 de noviembre de 1996 Proc A-508, C.P. Juan Alberto Polo F.

De acuerdo con la demanda el artículo 1º del decreto 3740 de 2004, al permitir que se celebre en forma directa contratos fiduciarios para los programas de protección de derechos humanos, desmovilización y reincorporación, viola los artículos 24 numeral 1º apartado i) y 32 numeral 5º incisos 3 y 5 de la ley 80, en tanto el primero citado exige la licitación para toda clase de contratos y el segundo también impone la escogencia por el sistema de licitación de las sociedades fiduciarias⁸.

Por su parte, la entidad accionada esgrime que el literal i) del numeral 1º del artículo 24 de la ley 80, al prever que se puede contratar directamente en tratándose de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional, supone que no estaba excluida ninguna tipología contractual, de modo que lo determinante en esta preceptiva es el objeto del mismo contrato y no la modalidad de contratación.

Corresponde, pues, a la Sala formular la determinación del contenido de estas fuentes formales y de este modo fijar su sentido y alcance, en orden a establecer si hubo o no desbordamiento de la atribución presidencial reglamentaria.

El texto del inciso 5º del ordinal 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1983 es preciso y claro al disponer que la selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en la ley 80.

La hermenéutica de este canon legal **no permite a su intérprete establecer excepciones** a la regla licitatoria formulada de modo general, comprensiva de todos los procesos de selección de sociedades fiduciarias por entidades estatales, de modo que cualquier exclusión que pretenda hacerse a este precepto resulta arbitraria, puesto que no hay lugar a distinguir cuando la ley no distingue (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Con otras palabras, la fórmula

⁸ Esta excepción licitatoria a los contratos fiduciarios tiene un fundamento jurídico diferente de la prevista con anterioridad por el artículo 1º del decreto constitucional 716 de 1994 que los había excluido de los requisitos establecidos en la ley 80 de 1993, reglamento autónomo que fue expedido por el Gobierno Nacional al amparo de la habilitación dada por el artículo 13 transitorio de la Carta, que a su vez lo había facultado -por un término de tres años- para dictar las disposiciones que fueren necesarias para facilitar la reinserción de grupos guerrilleros desmovilizados que se encontraran vinculados a un proceso de paz bajo su dirección.

adoptada por el legislador conforme a la cual toda selección de sociedad fiduciaria debe hacerse por la vía licitatoria habrá de aplicarse a todos los casos que abarca, incluido el supuesto de bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional.

De otro lado, como el intérprete debe primordialmente atender a la fórmula de que el legislador se ha valido (Gény) no debe perderse de vista que este inciso 5º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 configura -a efectos de la determinación del modo de selección del contratista- una disposición relativa a un asunto especial, que es menester preferir a la que tenga carácter general. Conforme al **criterio de la especialidad**⁹ si el legislador adopta una disposición especial sobre una materia, es su deseo exceptuarla de la regulación general, canon sintetizado en el viejo aforismo *lex specialis derogat generalis* adoptado positivamente por el derecho colombiano (ley 57 de 1887 art. 5 y ley 153 de 1887, art. 3º). En este caso, es evidente que la regla de selección especial es la contenida en el inciso 5º del ordinal 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1983, que sustrae de la contratación directa a todos los contratos relativos a fiducias y la somete a una regulación diversa o contraria: la selección por el camino de la licitación.

El texto del inciso 5º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 es claro y preciso, en tanto a juicio de la Sala no acusa equívoco alguno en su interpretación. Con todo, aún admitiendo que su coexistencia con el literal i) del numeral 1º del artículo 24 de la ley 80 ofreciera hipotéticamente algún grado de ambigüedad -o si se quiere- incompatibilidad, si se recurre al espíritu de la ley 80, para determinar su alcance a partir del **elemento histórico** (*voluntas legislatoris*), esto es, de la historia fidedigna de su establecimiento, se tiene que la intención del legislador fue siempre la de someter a los contratos fiduciarios al proceso de selección por vía de licitación, así se desprende del estudio de los trabajos preparatorios de la ley

⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto, Teoría General del Derecho, Ed. Temis, 1987, p. 195: "El paso de la regla general a la especial corresponde a un proceso natural de diferenciación de las categorías y a un descubrimiento gradual por parte del legislador de esta diferenciación. Dada o descubierta la diferenciación, persistir en la regla general comportaría dar igual tratamiento a personas que pertenecen a categorías diversas, lo que implicaría una injusticia. Es este proceso de especialización gradual, llevada a cabo mediante leyes especiales, opera una de las reglas fundamentales de la justicia, las regla del *sum cuique tribuere* [N.S.: *dar a cada quien su derecho*]."

80. Así, del desarrollo del proceso legislativo dimana también la significación antes expuesta, esto es, el sometimiento a procesos licitatorios en la selección de fiducias. En efecto, la ponencia para segundo debate-Senado al proyecto de ley No. 149 de 1992 *“Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública”* a la sazón la ley 80 del año siguiente, ilustra el punto en los siguientes términos:

“El segundo aspecto discutido en la subcomisión sobre el tema del contrato estatal, fue el relativo a la fiducia. En varias sesiones tanto de la subcomisión como de las comisiones cuartas de Cámara y Senado reunidas, con gran atención los señores congresistas expusieron sus puntos de vista, que llevaron en principio a conservar el encargo fiduciario y a prohibir el contrato mercantil de fiducia en el sector público. Pero en un segundo examen hecho igualmente en sesión conjunta de las dos comisiones cuartas de Cámara y Senado, se dedicó a contemplar ambas formas contractuales como un contrato estatal, de manera expresa, para sustraerlo de la autorización genérica sobre celebración de contratos de derecho privado y someterlo de manera clara y precisa en todos sus aspectos, al presente estatuto de contratación para el sector público. Por esto para la celebración de encargo fiduciario y contrato de fiducia, el fiduciario será seleccionado mediante licitación y todos los actos y contratos necesarios para el desarrollo del encargo o del contrato de fiducia tendrán que observar los contenidos de la ley sobre contratación, las disposiciones fiscales, de contraloría, de interventoría y de control interno que sean pertinentes”¹⁰(subrayas y negrillas de la Sala)

En sentido similar se expresó la ponencia para segundo debate-Cámara, en un apartado titulado justamente *“restricción a la fiducia”*, donde se lee claramente que se quería someter el contrato de fiducia al proceso de selección vía licitación con la única excepción que pudiera derivarse por cuantías o en el evento de urgencia manifiesta, nada más. Restricción, que adicionalmente, apuntaba a subrayar que si es improcedente delegar la ordenación de gasto en otras entidades, lo es con mayor razón la de adjudicar contratos que se celebran en desarrollo del encargo o de la fiducia mercantil. Dijeron los Señores ponentes de la ley 80:

“ Las comisiones cuartas conjuntas de Senado y Cámara previo estudio de una subcomisión, estuvieron de acuerdo en la necesidad de restringir la utilización de este mecanismo de contratación [la

¹⁰ GACETA DEL CONGRESO No. 41 de noviembre 4 de 1992

fiducia] por parte de las entidades estatales, toda vez que se ha prestado en muchos casos para pretermitir las normas sobre licitación o concursos y otros requisitos de la contratación pública, apartándose así de su verdadero sentido de facilitar un adecuado y eficiente desarrollo de las funciones a cargo de las entidades estatales.

Habida cuenta de lo anterior, la subcomisión decidió proponer ante las comisiones cuartas una restricción específica exclusivamente para los llamados encargos fiduciarios, en el sentido de que su objeto consista en la administración o en el manejo de los recursos vinculados a los contratos que las citadas entidades celebren.

En un principio las comisiones conjuntas optaron por aprobar una restricción a las entidades de celebrar contratos de fiducia, limitación consignada como párrafo del artículo 32 del proyecto.

En un posterior examen de la cuestión, se decidió aprobar un texto sustitutivo del numeral 5º del artículo 32 para regular integralmente el encargo fiduciario y el contrato de fiducia mercantil, eliminando el párrafo que prohibía celebrar este último y estableciendo, en cambio, restricciones y controles entre los cuales se destaca la obligación de seleccionar a la entidad fiduciaria mediante licitación o concurso, lo cual se entiende sin perjuicio de las normas generales previstas en el estatuto en materia de cuantías y de urgencia manifiesta. **Sobre el particular debe resaltarse igualmente que teniendo en cuenta que las entidades públicas no pueden delegar la ordenación de gastos en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia mercantil**" (subrayados y negrilla fuera del texto original)

En tal virtud, la antinomia jurídica aparente que se revela al estudiar este par de preceptos pertenecientes a un mismo ordenamiento (la ley 80), se resuelve al recurrir a los diversos medios hermenéuticos arriba expuestos.

Ahora, la **potestad reglamentaria** que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente¹¹ bajo una **concepción eminentemente finalística**: "*para la cumplida ejecución de las leyes*" (art. 189.11 CN). Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al Gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, hacer real por la vía del acto administrativo el enunciado

¹¹ Dicho criterio era también el que adoptó la Constitución de 1886 en su artículo 120.3

abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (la cumplida ejecución de la ley), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley. De lo contrario la atribución reglamentaria se extralimitaría, pues pasaría de ser **desarrollo de la ley** conducente a su debida ejecución a su **inconstitucional sucedáneo**, en cuanto con su ejercicio se pretendería modificar o violar la ley que se reglamenta y de esta suerte se invadirían los predios exclusivos del legislador, al decretar normas que únicamente a este último competen¹².

Lo anterior indica que la aparente discrepancia interpretativa entre los dos preceptos de la ley 80 no podía ser zanjada normativamente vía decreto reglamentario, ya que la atribución reglamentaria no llega al punto de habilitar al Gobierno para modificar, adicionar o interpretar leyes, pues de antaño tiene establecido nuestra jurisprudencia que por medio de dicha potestad **el ejecutivo no se convierte en legislador**, sino en guardián de los mandatos del legislador¹³, de suerte que si lo hace, se arroga una facultad que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad.

No se puede desconocer que la **interpretación auténtica¹⁴ u obligatoria corresponde al legislador** esto es al autor del precepto que es el órgano competente para regular la materia, quien se vale de una ley especial para declarar o determinar en caso de duda el significado o sentido de otra precedente con la cual forman un solo cuerpo. Por manera que un decreto reglamentario no puede tener fuerza de interpretación legislativa en consideración a que con arreglo al art. 150.1 CN, los arts 14 y 25 C.C. ¹⁵, y el art. 58 CRPM, ésta compete al

¹² Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, 26 de junio de 1940, XLIX, 466.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 11 de octubre de 1912, XXI, 159, auto de 2 de noviembre de 1916, XXVI, 35.

¹⁴ Sobre la interpretación legislativa que hace la propia autoridad que ha expedido la norma ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 806 de 2001.

¹⁵ En Sentencia C 820 de 2006 la Corte declaró exequible el artículo 25 del Código Civil, salvo las expresiones "sólo" y "con autoridad", que declaró inexecutable. La misma providencia condicionó la exequibilidad en el sentido de entender que la interpretación constitucional que de la ley oscura hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio y general.

Congreso de la República¹⁶. Menos aún cuando no se reúne el presupuesto de incertidumbre en torno al significado normativo del precepto, incertidumbre que haga posible una pluralidad de interpretaciones divergentes, obstaculizando el comportamiento que debe ser uniforme entre los destinatarios del precepto.¹⁷

De otra parte, la referencia que hace el precepto acusado al decreto 128 de 2003, no alude a la modalidad contractual fiduciaria, sino a la materia objeto de reglamentación por parte de dicho acto administrativo: la desmovilización de grupos armados al margen de la ley. Por lo que la invocación aludida, no se hace para fundamentar la pretendida excepción licitatoria de los “*contratos fiduciarios*”, sino para enmarcar el entorno normativo de los programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas o grupos al margen de la ley.

Síguese de todo lo anterior que merced a la ilegalidad manifiesta de la expresión “*incluso contratos fiduciarios*” contenida en el acto demandado y que fue objeto de la medida cautelar de suspensión provisional, aquella será retirada del ordenamiento jurídico, dada su evidente contradicción con el inciso 5º del ord. 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, como que autoriza la celebración de contratos de fiducia de manera directa cuando la ley señaló que dicha selección se haría con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso.

Pasa ahora la Sala a estudiar el segundo cargo relativo al alegado exceso de la potestad reglamentaria al incluir por vía reglamentaria dentro de los bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional, de que trata el literal i) el artículo 24 de la ley 80 como uno de los casos en los que se puede contratar directamente, a los programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley para la atención de las personas desmovilizadas y reinsertadas, así como la de respectivos grupos familiares.

¹⁶ De conformidad con el artículo 48 LEAJ la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional tiene carácter obligatorio general (Sentencia C 037 de 1996)

¹⁷ BETTI, Emilio, Interpretación de la ley y de los actos jurídicos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 177.

2. La desmovilización y reincorporación a la vida civil frente a los conceptos de defensa y seguridad nacional

Una Constitución puede entenderse como un pacto social para lograr y garantizar la paz y por lo mismo tiene por objeto propiciar un marco de convivencia pacífica entre los asociados. La Carta Política Colombiana de 1991 no es la excepción. Fue concebida para superar décadas de violencia y sentar así las bases de una convivencia pacífica y pluralista.

Ahora, la situación de inseguridad anula la libertad, porque el hombre que se ve sometido a una presión que le lleva al miedo de ser agredido por los demás, constantemente y sin motivo, no es verdaderamente libre (*Haurirou*) y por lo mismo la seguridad es una garantía de los derechos y libertades, o lo que es igual, se trata de una noción que se confunde con la de paz (art. 22 CN), marco necesario para el ejercicio de los derechos. La convivencia pacífica, como fin básico del Estado, es presupuesto del régimen democrático y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos. A su vez, la legítima defensa del orden político instaurado en la Carta, es la razón de ser de la seguridad.

Es por ello que dentro de los fines esenciales del Estado están la defensa de la independencia nacional, el mantenimiento de la integridad territorial y el aseguramiento de una convivencia pacífica, como razón de ser del mismo se erigen en presupuesto *sine qua non* para la efectividad y garantía de los derechos constitucionales (arts. 2, 5, 218 CN) e instrumento con que la sociedad procura su supervivencia. La legitimidad institucional de nuestro ordenamiento descansa en buena medida en que el Estado se reserve el **poder monopolizador de la coerción material**¹⁸ (art. 216 *eiusdem*) como es apenas obvio en una constitución democrática y pluralista como la que nos rige (arts. 1 y 7 CN). De ahí que la fuerza pública deba estar subordinada al poder civil, al tener la responsabilidad constitucional y legal de la defensa del pacto social encarnado en la Constitución¹⁹

En tales condiciones, **la seguridad y la defensa nacionales** constituyen sin lugar a dudas **presupuesto material de la vigencia efectiva del orden**

¹⁸ Sobre este rasgo esencial del poder público en un Estado de Derecho ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp. 16238, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁹CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 038 de 1995, MP Martínez

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 determinada²⁰. Noción a la vez relativa y coyuntural²¹, merced a que su contenido jurídico no es inmutable sino que necesariamente sufre constantes transformaciones.²²

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”*²³). 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.

²⁰ Del Villar Moreno, Fernando Soberanía y Seguridad Nacional en México, conferencia pronunciada en I 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.

²¹ 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

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 048 de 2001.

²³ SALAZAR, A. Ibid.

No se olvide que la conservación y mantenimiento del orden público²⁴ 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 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 respecto de los derechos de los asociados entraña la multiplicación de ejércitos irregulares.

Lo dicho da base suficiente para subrayar que la estrategia de seguridad y de defensa en un país tan azotado por la violencia no se contrae exclusivamente a la adquisición de bienes y servicios bélicos (del lat. *belicus*, guerrero, perteneciente a la guerra), esto es solamente dedicados a la guerra, como es la adquisición de armas y armamento de todo tipo; de naves, artefactos navales y aeronaves destinados al servicio del ramo de defensa nacional, lo mismo que sus accesorios, repuestos y demás elementos necesarios para su operabilidad y funcionamiento; de municiones, torpedos y minas; de material blindado; de equipos con sus accesorios y repuestos para el transporte de personal y material del sector defensa; de materiales explosivos, herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento del material de guerra, defensa y seguridad nacional; de equipos y demás implementos de comunicaciones para uso de entidades que tengan asignadas funciones de conservación y manejo del orden público; de elementos necesarios para la dotación de vestuario o equipo, individual o colectivo, de la

²⁴ 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.

fuerza pública y de equipos de inteligencia que requieran el sector defensa, entre otros.

Contrario sensu, una **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**²⁵ 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 delincuencia. Una 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. Las difíciles circunstancias de orden público y la complejidad que reviste el conflicto interno, hacen necesaria la adopción de medidas de acercamiento con los grupos armados actores de la violencia, para *“restablecer la tranquilidad pública y en aras de abordar el fenómeno de la violencia, se hacen necesarios mecanismos que faciliten un acercamiento con los*

²⁵ “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.

diferentes grupos armados actores de la violencia”, como señaló la exposición de motivos de la ley 418.²⁶

En definitiva, en materia de seguridad, la consecución de objetivos de defensa y seguridad no autoriza sólo la compra de armamento como *prima facie* parecería, sino que autoriza la adopción de medidas proporcionadas y razonables al logro de ese objetivo, medidas que serán evaluadas caso por caso para determinar si realmente guardan relación y conexidad.

De ahí que la adición de un nuevo numeral al artículo 4º del decreto 855 de 1994 el cual para los efectos del numeral 1 literal i) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, determinó cuáles son los bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional, e incluyó aquellos que demanden los programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley para la atención de las personas desmovilizadas y reinsertadas, así como las de sus respectivos grupos familiares, encuentra sustento en la concepción antes referida de las nociones de seguridad y defensa nacional.

Es evidente que dichos programas son manifestación de las mismas a la par que se acompañan con los mandatos constitucionales de proteger el orden público y asegurar la convivencia pacífica, en el marco de la obligación estatal de asegurar la paz, la seguridad y la defensa nacionales, la cual no puede verse limitada – como pretende el actor- a la adquisición tan sólo de bienes y servicios relacionados con el armamento y uniformes de las fuerzas armadas, sino que bien puede suponer –como lo señala el acto acusado- la adopción de medidas necesarias para hacer efectiva la desmovilización y inserción de personas y grupos al margen de la ley.

El mantenimiento de unas condiciones mínimas que hagan posible la convivencia social, aconseja la adopción de medidas a favor de la desintegración de grupos ilegales y su inserción a la vida democrática y de la prevención de conductas ilícitas, que atenten contra la convivencia pacífica, y así hacer frente a las fuerzas disociadoras del orden. Esta fórmula armoniza los derechos y libertades con el orden. Expresado en otras palabras, la norma reglamentaria así concebida se orienta a fortalecer **el monopolio de las armas en el Estado, como condición**

²⁶ Proyecto de ley No. 75 de 1997 Senado en GACETA DEL CONGRESO No. 371 de 1997.

de convivencia pacífica y democrática, materialización de la función de la fuerza pública (arts. 216 y ss CN) y principio cardinal de toda democracia constitucional. Además el texto demandado está en consonancia con los principios de derecho internacional que propugnan la solución pacífica de los conflictos (art. 2º par. 3º de la Carta de la ONU).

Claro está, que so pretexto de reglamentar la disposición no podría hacerse extensivo a todo tipo de bienes y servicios, que terminaran por ampliar el concepto a situaciones que tornaran nugatoria la exigencia licitatoria. O lo que es igual, el anterior planteamiento no supone que cualquier tipo de contratación pueda resultar asociada a esta excepción. Esto significa que en cada caso habrá de valorarse si se ajusta o no a la prescripción legal, de suerte que la autorización para exceptuar el régimen licitatorio no implique la extensión a supuestos que no aludan a la seguridad y que tornen nugatoria la limitante legal, de modo que por esta vía cualquier tipo de contrato pudiera ser celebrado a su amparo.

Una conclusión se sigue de lo anterior: la adquisición de bienes y servicios de protección de derechos humanos o del proceso de reincorporación y desmovilización de grupos armados al margen de la ley y de protección de sus familias, contrario a lo aseverado por el actor, sí constituye un asunto de seguridad y defensa nacional y por lo mismo el gobierno no incurrió en exceso de la potestad reglamentaria. La norma impugnada prevé una excepción al proceso licitatorio que encarna a juicio de la Sala un asunto evidentemente relacionado con los temas de seguridad y defensa nacional exceptuados por el legislador, lo cual no solo no contraría los mandatos constitucionales y legales, sino que además adopta las medidas para la cumplida ejecución de la ley 80. Lo que da tanto como afirmar que el texto normativo enjuiciado no sólo no riñe con el marco constitucional y legal, sino que simultáneamente entraña su desarrollo armónico.

En tal virtud, la Sala acoge el concepto de la Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación y, en consecuencia, sólo declarará nula la expresión *“incluso contratos fiduciarios”*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- DECLÁRASE NULA la expresión “incluso contratos fiduciarios” contenida en el artículo 1º del decreto 3740 de 2004.

SEGUNDO.- NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA