



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil catorce (2014)

Radicación interna: 2212

Número Único: 11001-03-06-000-2014-00119-00

Referencia: Artículo 33 de la Ley Estatutaria 996 de 2005. Restricción a la contratación durante la campaña presidencial. Facultad del INCODER para realizar la compraventa de predios destinados a Comunidades Étnicas

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural formula a la Sala una consulta relacionada con la facultad que tiene el INCODER para realizar la compraventa de unos predios destinados a las Comunidades Étnicas del Cauca dentro del término de vigencia de la Ley de Garantías Electorales, con base en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. Señaló el señor Ministro que el artículo 85 de la Ley 160 de 1994 asignó al INCORA la función de estudiar las necesidades de tierras de las comunidades indígenas, con el fin de dotarlas de las superficies indispensables que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo, estudiar los títulos que las comunidades presenten para establecer la existencia real de los resguardos y constituirlos, ampliarlos, sanearlos y reestructurarlos.
2. Recordó que las funciones antes enunciadas las asumió el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER- conforme al Decreto 1292 de 2003 que suprimió y ordenó la liquidación del Instituto Colombiano de Reforma Agraria –INCORA.
3. Especificó también que el Decreto 1397 de 1996 creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y le asignó al INCORA, hoy INCODER, la función de concertar la programación para períodos anuales de las acciones de constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos y conversión de reservas indígenas que se requieran.

4. Comentó que desde el año 2012, conforme al acta 19 de octubre de ese mismo año, se viene desarrollando en el Departamento del Cauca un proceso que lidera el INCODER con organizaciones campesinas, afrodescendientes e indígenas dentro del cual se acordó, entre otros asuntos que *“[a] más tardar a finales del mes de mayo de 2013, se iniciará un proceso de concertación entre el CRIC y el INCODER, que permita actualizar las actas operativas y definir las nuevas metas de dotación de tierras para la vigencia 2014. De igual manera el INCODER se compromete a gestionar recursos adicionales para la dotación de tierras de comunidades negras y campesinas del departamento del Cauca”*.

5. Que el 21 de marzo de 2013 el Consejo Regional Indígena del Cauca CRC solicitó dar prioridad a la compra de predios con destino al resguardo indígena Tumburao, y el 11 de diciembre de 2013 se acordó la adquisición de predios para una población campesina.

6. Aclaró el señor Ministro que previo a la adquisición de las tierras para la constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de los resguardos y reservas indígenas y la conversión de estas en resguardo, debe surtirse un procedimiento administrativo para la definición de la tierra que debe ser adquirida para tal fin.

7. Que una vez definido el inmueble por adquirir, el INCODER debe adelantar el procedimiento especial de adquisición de bienes que establece el capítulo VI de la Ley 160 de 1994, desarrollado en el Decreto 2666 de 1994.

8. Considera el consultante que, teniendo en cuenta que dentro de las excepciones a la restricción a la contratación pública que trae el artículo 33 de la Ley de Garantías no se encuentra la *“suscripción de contratos de compraventa para dotar de tierra a las comunidades indígenas”* y que este procedimiento no implica una licitación pública, si se llegaren a realizar las contrataciones de compraventa se podría estar incurriendo en la prohibición que contempla la ley.

9. Finalmente señaló el señor Ministro que es importante precisar si dadas las características especiales de la adquisición de predios dentro del marco normativo establecido para el INCODER, ese tipo de contrataciones pueden encuadrar en las excepciones a la Ley de Garantías, teniendo en cuenta las condiciones especiales de vulnerabilidad de dichas comunidades y que el procedimiento misional de compra de predios es ajeno a actuaciones políticas que se encaminen a favorecer a determinado candidato a la Presidencia de la República.

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

¿Puede el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– adelantar las contrataciones directas necesarias a fin de entregar los terrenos requeridos por los Resguardos Indígenas del Departamento del Cauca, dentro de los términos señalados en la Ley de Garantías, en los cuales las entidades públicas no pueden realizar contrataciones directas.”?

II. CONSIDERACIONES

A. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico por resolver consiste en determinar si la restricción en materia de contratación pública prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, se aplica a los procesos que debe adelantar el INCODER para realizar la compraventa de algunos predios destinados a las Comunidades Étnicas. O si, por el contrario, la gestión administrativa de esta entidad en relación con estos procesos de compraventa corresponde a alguna de las excepciones que contempla el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales.

B. ANÁLISIS DE LA SALA

Para resolver el problema jurídico que se le plantea, es necesario retomar el análisis de los elementos normativos que en anteriores conceptos elaboró la Sala sobre la prohibición en materia de contratación estatal en el período de elecciones presidenciales, prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005. Igualmente deberá la Sala examinar el procedimiento que adelanta el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, en adelante INCODER, para la adquisición de predios con destino a las comunidades indígenas, afrocolombianas y demás minorías étnicas que no las posean, o cuando la superficie donde estuviesen establecidas fuere insuficiente.

A partir de allí se debe establecer si el objeto de la función que adelanta el INCODER es de los que restringe esta ley, o si, *contrario sensu*, la gestión administrativa de la entidad en lo que respecta a los procesos de compraventa en la adquisición de predios para las minorías étnicas está dentro de las excepciones que contempla el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales.

1. La restricción en materia de contratación pública durante la campaña presidencial¹

En anterior oportunidad esta Sala indicó que en los antecedentes de la Ley 996 de 2005 no se encuentran referencias profundas ni debates exhaustivos sobre la restricción en materia de contratación pública. Sin embargo se advirtió que de los antecedentes de la ley se puede inferir que fue concebida como un mecanismo para brindar igualdad electoral y garantizar el equilibrio entre los candidatos de las distintas fuerzas políticas, frente a un Presidente en ejercicio que aspire a la reelección. En la exposición de motivos de la ley se afirmó:

*"[E]s 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 injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección"*².

En concordancia con el alcance general que trazó el legislador desde la exposición de motivos del proyecto de la Ley de Garantías Electorales, se fijó el objeto de Ley 996 de 2005³ 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, tema al cual alude esta consulta.

En relación con la restricción a la contratación pública, ha sido criterio de esta Sala el reconocer que la gestión contractual exige como regla general procesos de selección de carácter abierto, públicos, imparciales, transparentes y objetivos, razón por la cual el legislador previó la contratación

¹ En diversas oportunidades esta Sala se ha pronunciado sobre la aplicación y alcance de la Ley Estatutaria 996 de 24 de noviembre de 2005. En relación con la disposición que contiene la prohibición en materia de contratación pública (artículo 33), recientemente la Sala analizó los elementos normativos de la restricción en los conceptos 2168 de 2 de septiembre de 2013 y 2191 y 2191 –adicción de 3 de diciembre de 2013.

² Proyecto de ley estatutaria número 216 de 2005 Senado Gaceta del Congreso No 71 de 2 de marzo de 2005, pág. 14.

³ 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".

directa como un mecanismo de selección de carácter excepcional.⁴ Además, que no solo para periodos electorales o preelectorales es necesario proscribir cualquier forma de contratación que busque favorecer partidos políticos o candidatos, sino que, ordinariamente, esta práctica debe ser objeto de sanción.⁵

La Sala también ha recalcado que 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 la utilización del mecanismo de contratación directa en los periodos previos a la contienda electoral.

Al respecto el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 dispuso:

*"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*

⁴ 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 2007, reglamentada por el Decreto 1510 de 2013: "Disposiciones Especiales, Título I, Capítulo IV, Contratación Directa.// 1(...) Artículo 74. Declaración de urgencia manifiesta. (...)// Artículo 76. Convenios o contratos interadministrativos. (...). //Artículo 78. Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición (...)// Artículo 79. Contratación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas (...)// Artículo 80. Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes cuando existe solamente una persona que puede proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional. Estas circunstancias deben constar en el estudio previo que soporta la contratación. // Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales (...)// Artículo 82. Adquisición de bienes inmuebles. Las entidades estatales pueden adquirir bienes inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:// 1. Avaluar con una institución especializada el bien o los bienes inmuebles identificados que satisfagan las necesidades que tiene la entidad estatal.// 2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de adquisición, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública (...)// Artículo 83. Arrendamiento de bienes inmuebles (...)"

⁵ Entre otras se prevé la nulidad absoluta de los contratos que así se celebren (arts. 40 y 45 de la Ley 80 de 1993), sanción que impone la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y las sanciones de tipo disciplinario, patrimonial y penal para quienes así contraten.

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.

Ahora bien, de la lectura del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 la Sala en anteriores conceptos destacó las siguientes notas especiales de la restricción:

(i) Los límites temporales de la restricción

La Ley 996 de 2005 a partir de su expedición, y durante el período electoral, 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 estatutaria⁶.

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 vuelta⁷.

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 de 2005 señaló que los destinatarios de la restricción son *“todos los entes del Estado”*, sin distinción del *“régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra*

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1725 de 20 de febrero de 2006.

⁷ La Corte Constitucional al ejercer el control previo y automático de 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 cuando manifiestan el interés de presentarse como candidatos, esto es, seis meses antes de la votación en primera vuelta, según el artículo 9 *ibídem*. Cfr. concepto 2166 de 24 de julio de 2013 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.

15

*rama del poder público o su autonomía*⁸. Es decir, la prohibición se aplica 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 artículo 33 de la Ley 996 de 2005 estableció que “*queda prohibida la contratación directa*”, ámbito material este de la disposición.

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 ley⁹.

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 cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso¹⁰. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley, tales como, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.

Asimismo 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

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1712 de 2 de febrero de 2006.

⁹ 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-.

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos: 1712 de 2 de febrero de 2006, 2168 de 2 de septiembre de 2013 y 2191 y 2191 –adicción de 3 de diciembre de 2013.

estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

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

Las únicas excepciones a las disposiciones previstas en la Ley de Garantías se encuentran numeradas taxativamente en el inciso último del artículo 33 de la Ley 996 de 2005:

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.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 11 de noviembre de 2005, al analizar el artículo 32 y 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 electoral.¹¹

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

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

determinar si las mismas encajan en las circunstancias previstas por el legislador en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 para poder adelantar las contrataciones que la entidad requiera de manera directa.

2. Procedimiento administrativo de adquisición de predios para las comunidades indígenas, afrocolombianas y demás minorías étnicas a cargo del INCODER

En desarrollo de los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Política se expidió la Ley 160 de 1994, por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, como mecanismo de planeación, coordinación, ejecución y evaluación de las actividades dirigidas a la prestación de los servicios relacionados con el desarrollo de la economía campesina, y la promoción del acceso de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra.¹²

La Ley 160 de 1994 persigue la realización de importantes finalidades y deberes de carácter programático a cargo del Estado como la de permitirles acceder a la propiedad de la tierra a dos grupos de especial relevancia constitucional: por una parte los trabajadores agrícolas (especialmente aquellos en condiciones de pobreza y marginalidad) y por otra parte las comunidades indígenas.

Para el cumplimiento de sus objetivos la ley asignó en su artículo 12 al INCORA, hoy INCODER,¹³ la coordinación de las acciones que cumplen los organismos y entidades que integran el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino (numeral 1º) y de manera particular lo facultó para *“estudiar las necesidades de tierras de las comunidades indígenas y constituir, ampliar, sanear y reestructurar los resguardos en beneficio de las respectivas parcialidades”* (numeral 18).

De igual forma, la ley estableció una serie de mecanismos para el cumplimiento de sus fines, entre los que está la facultad de adquisición y adjudicación de tierras por el INCODER la cual quedó regulada en el

¹² Cfr. Artículo 2 de la Ley 160 de 1994.

¹³ El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -Incoder es una entidad vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que se encarga de ejecutar y coordinar las políticas de desarrollo rural integral establecidas por el Gobierno Nacional. Esta entidad surgió en el año 2003, luego de que el Gobierno Nacional ordenó, por medio del Decreto 1300 de ese mismo año, la supresión del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), del Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (INAT), del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural (DRI) y del Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura (INPA). El Instituto fue modificado mediante el Decreto 3759 de 2009.

capítulo VI, que a su vez fue reglamentado por el Decreto 2666 de 1994¹⁴. Señaló al respecto la Ley 160 de 1994:

“Artículo 31. Modificado por la Ley 1151 de 2007¹⁵, artículo 27. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, podrá adquirir mediante negociación directa o decretar la expropiación de predios, mejoras rurales y servidumbres de propiedad privada o que hagan parte del patrimonio de entidades de derecho público, con el objeto de dar cumplimiento a los fines de interés social y utilidad pública definidos en esta ley, únicamente en los siguientes casos:

a) Para las comunidades indígenas, afrocolombianas y demás minorías étnicas que no las posean, o cuando la superficie donde estuviesen establecidas fuere insuficiente;

b) Para dotar de tierras a los campesinos habitantes de regiones afectadas por calamidades públicas naturales sobrevivientes;

c) Para beneficiar a los campesinos, personas o entidades respecto de las cuales el Gobierno Nacional establezca programas especiales de dotación de tierras o zonas de manejo especial o que sean de interés ecológico.

Parágrafo. Cuando se trate de la negociación directa de predios para los fines previstos en este artículo, así como de su eventual expropiación, el Incoder se sujetará al procedimiento establecido en esta ley”.

El procedimiento para la selección de predios, la negociación directa, la determinación del precio y la forma de pago, así como las causales y el procedimiento de expropiación, quedó regulado en el artículo 32 de la Ley 160 de 1994 de la forma que sigue:

Artículo 32. Cuando se trate de los programas previstos en el artículo anterior, para la adquisición de los predios respectivos el Instituto se sujetará al siguiente procedimiento:

¹⁴ “Por el cual se reglamenta el Capítulo VI de la Ley 160 de 1994 y se establece el procedimiento para la adquisición de tierras y mejoras rurales por el INCORA”

¹⁵ La Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 2008, declaró exequible la Ley 1151 de 2007, en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional. La ley 1151 de 2007 fue derogada por el art. 276 de la Ley 1450 de 2011 salvo los arts. 11, 13, 14, 15, 19, 21, 22, 24, 25, 27, 28, 31, 39, 49, 50 excepto su tercer inciso, 62, 64, 67, los incisos primero y tercero del 69, 70, 71, 76, 80, 82, 87, 88, 89, 90, 91, 97, 98, 106, 110, 112, 115, 118, 121, 126, 127, inciso primero del 131.

1. *Con base en la programación que se señale anualmente, el Instituto practicará las diligencias que considere necesarias para la identificación, aptitud y valoración de los predios rurales correspondientes.*
2. *El precio máximo de negociación será el fijado en el avalúo comercial (...)*
3. *El INCORA [hoy INCODER] formulará oferta de compra a los propietarios del predio mediante oficio que será entregado personalmente, o en su defecto le será enviado por correo certificado a la dirección que aparezca registrada en el expediente o en el directorio telefónico (...)*
4. *El propietario dispone de un término de diez (10) días, contados a partir de la fecha en que quede perfeccionada la comunicación, para aceptarla o rechazarla (...)*
5. *Si hubiere acuerdo respecto de la oferta de compra, se celebrará un contrato de promesa de compraventa que deberá perfeccionarse mediante escritura pública en un término no superior a dos meses, contados desde la fecha de su otorgamiento.*
Se entenderá que el propietario renuncia a la negociación directa y rechaza la oferta de compra cuando no manifiesta su aceptación expresa dentro del término previsto para contestarla. (...)
6. *Agotada la etapa de negociación directa conforme a lo contemplado en el inciso anterior, mediante resolución motivada el Gerente General del Instituto ordenará adelantar la expropiación del predio y de los demás derechos reales constituidos sobre él, conforme al Procedimiento previsto en el Capítulo VII.*
(...)"

Como se puede advertir de la lectura de las disposiciones transcritas, la adquisición de los predios para las comunidades destinatarias de la norma tiene dos posibilidades. En primer lugar se constituye una etapa de negociación directa con el particular. Si el proceso de negociación directa resulta exitoso se pasa al proceso de promesa de compraventa y posterior perfeccionamiento del contrato. Si el proceso de negociación fracasa empieza la etapa expropiatoria¹⁶ la cual culmina con el traspaso del título traslativo de dominio al Estado y el pago de la indemnización al particular expropiado¹⁷.

Así, en los casos de negociación directa de la Ley 160 de 1994 se tiene que la identificación y valoración de los predios la hace el INCODER. De igual

¹⁶ La Corte Constitucional en la Sentencia C-1074 de 2002 señaló que "[l]a expropiación puede ser definida como una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa.// Dado que esta es la limitación más gravosa que puede imponerse sobre el derecho de propiedad legítimamente adquirido, la Carta ha rodeado la figura de la expropiación de un conjunto garantías. La principal de ellas es que se indemnice previamente al afectado".

¹⁷ Cfr. Artículo 33 de la Ley 160 de 1994.

forma, el instituto adelanta los trámites para hacer la oferta al propietario del predio y cumple con la obligación de pago frente al vendedor. Como se advierte, este proceso de compra de los predios obviamente no admite la posibilidad de que concurra pluralidad de oferentes ni de llevar a cabo un proceso de licitación pública.

Por tanto, si dentro de la etapa de negociación directa el INCODER logra el acuerdo de un particular para adquirir un predio con destino a las comunidades destinatarias de la Ley 160 de 1994, el negocio jurídico de compraventa de esos predios queda afectado por la prohibición temporal a la contratación directa, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, consagrada en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

Ahora bien, esta Sala ha sido enfática al señalar que las excepciones consagradas en el inciso segundo del artículo 33 son taxativas y su interpretación debe ser de carácter restrictivo. A partir de esta premisa concluye la Sala que la actividad contractual del INCODER en relación con la compraventa de los predios destinados a las Comunidades Étnicas no se ajusta a ninguna de las hipótesis exceptivas que consagra el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales.

Finalmente la Sala llama la atención acerca de que, si bien la Ley 160 de 1994 persigue la realización de importantes objetivos y deberes de carácter programático a cargo del Estado, las entidades responsables de su cumplimiento deben planear y prever con suficiente antelación las gestiones necesarias para garantizarlos de manera que no se vean afectados los derechos de las comunidades beneficiarias por circunstancias anticipables como las que dan origen a la legislación protectora de la igualdad política.

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

¿Puede el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– adelantar las contrataciones directas necesarias a fin de entregar los terrenos requeridos por los Resguardos Indígenas del Departamento del Cauca, dentro de los términos señalados en la Ley de Garantías, en los cuales las entidades públicas no pueden realizar contrataciones directas.”?

Dentro de los términos señalados en la Ley de Garantías, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– no puede adelantar las contrataciones directas para adquirir los terrenos de que trata la Ley 160 de 1994, por cuanto se trata de una hipótesis que no cabe dentro de las

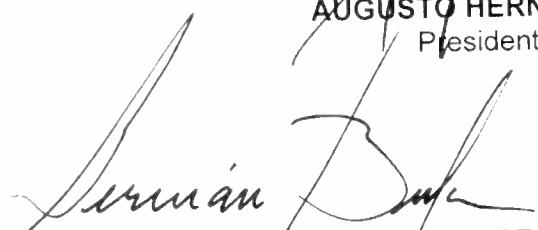
20

excepciones previstas en el inciso último del artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

Remítase al Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Magistrado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Magistrado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Magistrado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaría de la Sala

29 MAYO 2014

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO No. 20141100099371 DEL 23 DE MAYO DE 2014
MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL