

LAS REFORMAS NORMATIVAS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO: UNA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ESTADO DE EMERGENCIA

Ciro Nolberto GÜECHÁ MEDINA*

SUMARIO: I. Introducción. II. El ejercicio de función legislativa por el presidente de la República: competencia excepcional y a su vez reglada. III. Trámites de contratación por medios electrónicos: regulaciones preestablecidas en la Ley de Contratos Públicos y en el Código de Procedimiento Administrativo. IV. El procedimiento sancionatorio contractual: es un típico procedimiento administrativo previsto en la ley. V. El acto de revocatoria de la apertura y del proceso de selección del contratista: una fundamentación de servicio público. VI. La urgencia manifiesta: contratación directa en casos de estados de emergencia. VII. Modificación de los contratos del Estado: otra expresión de necesidad de servicio público. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia del COVID-19 ha generado una situación de excepcionalidad en aspectos, sanitarios, económicos, sociales, jurídicos, entre otros, la cual debe ser afrontada por los Estados utilizando los medios que tienen a su alcance para buscar conjurar la crisis.

Por tal razón, en lo que hace referencia a Colombia, el Gobierno Nacional adoptó el estado de emergencia con fundamento en el artículo 215 constitucional que permite al presidente de la República con la firma de todos los ministros declarar el estado de emergencia, cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar de forma grave el orden económico, ecológico y social, o que constituyan calamidad pública.

* Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1462-4853>.

En igual sentido, la Ley 137 de 1994, que hace referencia a los estados de excepción y desarrolla el artículo 215 constitucional, otorga la facultad al presidente de la República para que con la firma de todos los ministros decrete el estado de emergencia, con el fin de hacer frente a la excepcionalidad derivada de casos como el coronavirus.

Estado de emergencia que le concede al presidente de la República poderes exorbitantes, facultándolo para dictar decretos con fuerza de ley, encaminados a solucionar el estado de excepcionalidad que se presenta.

Es decir, que en el sistema jurídico colombiano existe un sustento constitucional y legal para otorgar poderes excepcionales al presidente de la República con el fin de adoptar todas las medidas que se necesiten para atender adecuadamente una situación tan atípica como la que ocurre actualmente, a través del otorgamiento de competencias legislativas.

Por tal razón, se expidió el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, titulado: *“Por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”*, acto que tiene la naturaleza jurídica de decreto legislativo con fuerza normativa similar a la de la ley como acto expedido por el Congreso y además, un control de constitucionalidad en los términos previstos en el artículo 241 numeral 7 de la Carta Superior de Colombia; es decir, similar al de las leyes expedidas en sentido formal.

Con fundamento en dicha declaratoria de emergencia, se han expedido un sinnúmero de decretos encaminados a solucionar la crisis que se presenta, entre ellos algunos referidos a contratos, que específicamente corresponden a los Decretos 440 de 20 de marzo de 2020 y 537 de 12 de abril de 2020; los cuales en su contenido son sustancialmente idénticos.

En este sentido, se considera procedente como problema de investigación el siguiente: *¿En qué medida se viola el principio de legalidad con las reformas normativas de los contratos públicos en el estado de emergencia?*. Lo anterior, con la finalidad de analizar las regulaciones normativas previstas en los decretos legislativos de estado de emergencia referidos a asuntos de contratos públicos, para establecer su fundamentación legal y si de alguna manera vulneran normas jurídicas de rango superior.

II. EL EJERCICIO DE FUNCIÓN LEGISLATIVA POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA: COMPETENCIA EXCEPCIONAL Y A SU VEZ REGLADA

El sistema jurídico colombiano ha previsto en el artículo 215 constitucional la facultad del presidente de la República para declarar el estado de emergencia,

económica, social y ecológica, cuando se presenten estados de emergencia como el derivado del COVID-19; norma que expresamente dice:

Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por periodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si este no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término...

Dicha norma constitucional fue desarrollada por la Ley 137 de 1994, que estableció los requisitos que se deben cumplir para declarar el estado de emergencia y para expedir los decretos con fuerza de ley que se dirijan a conjurar la crisis o evitar la ampliación de sus efectos.

En tal medida, el artículo 9 expresa: *“Uso de las facultades. Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley”*; regulación que evidencia una competencia del presidente de la República estrictamente reglada, pero a su vez limitada, como lo ha contemplado la Corte Constitucional de Colombia cuando en la sentencia C-216 de 2011 dijo:

De esta manera se dispuso por parte del constituyente de 1991 que estos instrumentos solo pueden utilizarse en situaciones extraordinarias y que por tanto su uso puede calificarse como excepcionalísimo. // El carácter excepcionalísimo de las medidas de emergencia en Colombia ha dado lugar a que se insista por parte de la Corte en sus distintos análisis, que el uso de estas herramientas es una potestad reglada que se encuentra sometida a las disposiciones constitucionales, legales y del bloque de constitucionalidad, parámetro

de constitucionalidad en el análisis de las declaratorias de los estados de excepción y de los decretos de desarrollo. // Este carácter reglado de las potestades gubernamentales para poder ejercer las facultades de excepción se debe a que una declaración de estado de emergencia por causas económicas, sociales, ecológicas o que constituyan grave calamidad pública, puede comprometer entre otros los derechos fundamentales y los principios democrático, de separación de poderes y de estructura y organización del Estado. // Por ende, la jurisprudencia constitucional ha señalado de manera sostenida, que el control de constitucionalidad que le corresponde realizar a la Corte en virtud del mandato de los artículos 215 y 241 de la Constitución Política, debe ser estricto y riguroso para evitar la eventual vulneración de los postulados y preceptos superiores a los que deben sujetarse tanto su declaratoria, como los decretos de desarrollo de las facultades de las que temporalmente se inviste al Ejecutivo, en aras de conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos.

En tales circunstancias, cuando el Presidente de la República declara el estado de emergencia, se autofaculta para legislar, puesto que los decretos legislativos que dicta tienen la misma jerarquía y fuerza normativa que las leyes expedidas por el Congreso de la República, razón que determina que el ejercicio de dicha competencia sea excepcional, es decir, distinta a la que le corresponde de forma ordinaria; pero además que no constituya la regla general sino la excepción de proferir normas con fuerza de ley. De la misma manera, debe ser estrictamente reglada, en el sentido de estar sometida en el fondo y en la forma a las regulaciones normativas superiores.

Por tal razón, la Corte Constitucional de Colombia, a partir del artículo 215 de la Carta Superior y de la Ley 137 de 1994, ha reconocido unos requisitos que se deben cumplir cuando se profieran decretos con fuerza de ley en un estado de emergencia como el derivado del COVID-19. En tal sentido, en la sentencia C-670 de 2015 prevé que se deben cumplir las siguiente exigencias: *a)* ser suscrito por el presidente de la República con la firma de todos los ministros del Despacho; *b)* ser motivado, es decir, consignar las razones que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción; *c)* una valoración de la gravedad de las causas que produjeron la declaratoria, así como de su impacto sobre los distintos órdenes relevantes; *d)* señalar las razones por las cuales las medidas ordinarias adoptadas por las autoridades estatales resultarían insuficientes para afrontar la crisis; *e)* señalar con precisión las zonas del país cobijadas por la medida de emergencia; *f)* indicar el lapso dentro del cual el presidente puede ejercer las facultades extraordinarias propias del estado de emergencia, y *g)* informar

sobre la declaratoria de este estado de excepción a los organismos internacionales.

Requisitos que exigen determinar, que con las facultades y regulaciones normativas ordinarias no es posible conjurar el estado de emergencia, sino que se deben utilizar las competencias excepcionales; pero además, que las normas que se dicten deben estar encaminadas a conjurar la crisis, lo que implica la realización de dos clases de valoraciones que la Corte Constitucional ha denominado juicio de necesidad y juicio de suficiencia.

En tal sentido, en lo referente a los decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República en lo que corresponde a contratos públicos, no cumplen los requisitos antes mencionados, puesto que los asuntos regulados ya estaban consignados en la Ley de Contratos del Estado, generando de esta manera una clara violación del principio de legalidad, como se evidencia a continuación.

III. TRÁMITES DE CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS: REGULACIONES PREESTABLECIDAS EN LA LEY DE CONTRATOS PÚBLICOS Y EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El capítulo IV de la parte primera de la Ley 1437 de 2011, consagra la implementación de medios electrónicos en el procedimiento administrativo. Debe indicarse, que la utilización de los medios electrónicos es facultativa, pues el artículo 53 de la Ley 1437 de 2011, contempla que los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse por este medio, lo que significa que no es obligatoria su aplicación; pero si una persona interviene en una actuación administrativa por este medio, es obligación de la entidad pública continuar el trámite a través de los sistemas electrónicos y para tal circunstancia, el particular debe registrar su dirección de correo electrónico, con el fin de participar en el trámite administrativo.¹

El documento electrónico ha ganado tanta importancia, que se le otorga el valor probatorio previsto en el Código Civil-Código General del Proceso y las reproducciones realizadas de un archivo electrónico, se conside-

¹ El artículo 54 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contempla la obligación de las entidades públicas de surtir el trámite administrativos a través de medios electrónicos, a menos que el interesado solicite recibir notificaciones por un medio diferente; con la excepción de la consultas y la solicitud de información, que no necesitan el registro de correo electrónico si son formuladas por vía electrónica, pudiendo ser respondidas por este mismo medio.

ran auténticas para todos los efectos legales,² reconociéndose la existencia del acto administrativo electrónico,³ con la limitaciones que puede generar la exigencia del artículo 166 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido que con la demanda se debe aportar una copia del acto a demandar.⁴

Pero para que se surta la actuación administrativa, el CPACA contempla la existencia del archivo, expediente y sede electrónica, para tratar de dar agilidad al trámite, que es lo que se busca con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,⁵ ya que como lo deja ver el artículo 61 de la mencionada norma, los mensajes de datos pueden enviarse por dicho medios electrónicos; pero además, es posible la realización de sesiones virtuales de comités, consejos, juntas, conferencias, llegando a la posibilidad de realizar votaciones.

En tal sentido, con el fin de garantizar el distanciamiento social, el artículo 1 de los decretos legislativos 440 y 537 de 2020, establecen que durante la emergencia sanitaria los procedimientos de selección de contratistas se podrán desarrollar por medios electrónicos; regulación que se adopta teniendo en cuenta que los trámites de escogencia de los contratistas de la Administración son principalmente escritos y presenciales. Sin embargo, dicha regulación no constituye ninguna novedad, porque en el Derecho Colombiano, el Código de Procedimiento Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011 como se consignó anteriormente, ya establecía que los procedimientos administrativos se pueden desarrollar por dichos medios electrónicos, cuando en la Parte Primera, Capítulo IV, artículos 53 y siguientes contempla la aplicación de los medios electrónicos a los procedimientos administrativos, siendo la contratación pública un procedimiento de tal naturaleza.

De la misma manera, los medios electrónicos en la contratación pública estaban previstos en lo regulado por la Ley 1150 de 2007 artículo 3 que

² El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la L. 794/2003, art. 26, establece los eventos en que un documento es auténtico, expresando que se considera como tal, en el caso que se presenta certeza respecto de quien lo ha elaborado, suscrito o firmado y que el documento público se presume auténtico, mientras no se demuestre lo contrario a través de la tacha de falsedad; regulaciones aplicables al documento público electrónico. Correspondiente al artículo 244 del CGP.

³ Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 57.

⁴ Por su parte el artículo 166 de la Ley 1437 de 2011, cuando se refiere a los anexos de la demanda, en el numeral primero, contempla la obligación de acompañar una copia del acto demandado o acusado, con la respectiva constancia publicación, comunicación o notificación y que con la regulación del Código General del Proceso, dicha copia no tiene que ser auténtica, de acuerdo a lo previsto en los artículos 243 y 246 de la Ley 1564 de 2012.

⁵ Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 60.

modificó la Ley de Contratos públicos de Colombia, y en el artículo 44 del Decreto 1510 de 2013, Reglamentario de la Ley de Contratos del Estado, compilado por el decreto 1082 de 2015. En tal medida no se necesitaba tal regulación.

IV. EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL: ES UN TÍPICO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVISTO EN LA LEY

La Ley 1437 de 2011 contempla un capítulo especial que hace referencia al procedimiento sancionatorio, el cual hemos querido denominar residual, pues se aplica en tanto no haya regulación expresa en el Estatuto Único Disciplinario contenido en la Ley 734 de 2002 o en norma especial.⁶

El procedimiento sancionatorio, puede ser rogado, es decir a petición de parte o por el contrario se puede iniciar de manera oficiosa por la entidad administrativa; en todo caso, debe existir una etapa inicial de averiguaciones preliminares, a través de la cual se determinará la viabilidad de adelantar un trámite para aplicar una sanción; lo que implica, que no es posible iniciar dicho procedimiento hasta tanto no se haya surtido la etapa de averiguaciones preliminares,⁷ la cual determinará el fundamento para formular los cargos al investigado, que se realizará a través de la expedición de un acto administrativo en el que se consignará de forma clara y evidente los hechos que dan lugar a la investigación, las personas naturales o jurídicas objeto de la misma, así como las normas presuntamente violadas y las sanciones o medidas que serían procedentes;⁸ es preciso indicar, que el acto administrativo se tiene que notificar personalmente a quien es investigado, sin que haya lugar a la interposición de recursos contra el mismos, en la actuación administrativa.

Una vez formulados los cargos, el investigado, tiene un término de quince días para que si lo considera pertinente presente los descargos, solicite o aporte las pruebas en pro de su defensa. El periodo probatorio no puede ser superior a treinta días, pero en el caso de ser tres o más los investigados o sea

⁶ El artículo 47 del CPACA lo expresa de la siguiente manera: “Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes”.

⁷ Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 47.

⁸ Con el artículo 47 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.

necesario practicar pruebas en el exterior, puede ser de hasta sesenta días; circunstancia lógica, por tratarse del número de investigados y el lugar de la práctica de las pruebas, que además amerita decir, que la regulación ha debido permitir a la autoridad administrativa un término mayor para casos especiales de práctica de pruebas y en esta medida indicar, que de acuerdo a las necesidades probatorias y al criterio del investigador, se podría ampliar dicho periodo.⁹

Surtida la etapa probatoria, se le otorgará al investigado un término de diez días para que presente los alegatos, que en el lenguaje jurídico tradicional se llaman de conclusión, en cuanto son previos a la decisión y en los cuales se reafirman las exculpaciones con fundamento en las pruebas practicadas.

Cumplida la etapa de alegatos, se profiere la decisión dictando un acto administrativo que tiene el carácter de definitivo en el término de treinta días hábiles,¹⁰ el cual debe contener: “1. La individualización de la persona natural o jurídica a sancionar. 2. El análisis de los hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción. 3. Las normas infringidas con los hechos probados. 4. La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación”.¹¹

El artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, consagra los criterios de graduación de las faltas y de las sanciones, que de una u otra manera se concretan en las consecuencias de la actuación, el beneficio o provecho de quien comete la falta, la reincidencia, falta de colaboración en la investigación, renuencia a las órdenes impartidas por las autoridades administrativas y la aceptación de los cargos.¹²

Existe una obligación especial de quienes son investigados dentro de un procedimiento sancionatorio, en el sentido de prestar colaboración en el trámite administrativo, suministrando la información y los documentos requeridos; en el caso de rehusarse a prestar dicha colaboración ocultando la información, impidiendo o no autorizando el ingreso a sus archivos, remitiéndola con errores evidente o de manera incompleta, dando lugar a la

⁹ Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 48.

¹⁰ El artículo 49 del CPACA expresa, que el acto que contiene la decisión en el procedimiento sancionatorio, pone fin al mismo, lo cual no es cierto, pues por tratarse de un acto definitivo contra el mismo proceden recursos en vía administrativa, los cuales se deciden dentro del trámite administrativo y de esta manera, se sigue estando dentro del procedimiento que nos ocupa, es decir el sancionatorio.

¹¹ Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 49.

¹² Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 50.

aplicación de multa de hasta cien salarios mínimos legales mensuales,¹³ con el agravante de que si no se cumple con la obligación, es posible imponer multas sucesivas entre uno y quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes mientras permanezca en la omisión;¹⁴ obligación que se refiere al deber de colaborar con la investigación y no con el pago de la multa, porque si esto fuera así, se estaría contrariando lo consignado en el artículo 90 de la Ley 1437 de 2011, en cuanto que la sanción allí prevista se da por el incumplimiento de obligaciones previstas en un acto administrativo, que no sean dinerarias.

El artículo 2 de los decretos legislativos, adició el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 denominada Estatuto Anticorrupción, en el sentido de establecer que los procedimientos sancionatorios en contratación pública se pueden desarrollar por medios electrónicos; regulación que en estricto sentido es idéntica a la anterior, en la medida que el mencionado artículo 86 consagra el trámite administrativo para aplicar sanciones en los procedimientos de contratos públicos, constituyendo por tal razón actuación administrativa a la cual se le aplica el Código de Procedimiento Administrativo, que ya contemplaba la posibilidad que hoy se regula como se hizo referencia anteriormente con el análisis del procedimiento sancionatorio en el CPACA; por tal razón no era necesaria la norma.

V. EL ACTO DE REVOCATORIA DE LA APERTURA Y DEL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA: UNA FUNDAMENTACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

El acto administrativo que permite la apertura de un proceso de selección de contratistas tiene que estar motivado por indicación de la norma; lo que implica que se consignen las razones de hecho y de derecho que han movido a la entidad del Estado a proferir la decisión de surtir el trámite de contratación, motivaciones que deben ser de carácter técnico, jurídico y presupuestal; que además, han de estar fundamentadas en la necesidad de la celebración del contrato, que se derivan de los estudios previos de planeación y de las

¹³ Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, artículo 51.

¹⁴ Aquí hay que indicar que el CPACA, establece en principio la posibilidad de sancionar hasta con cien salarios mínimos legales mensuales a quien no colabore con la investigación, pero además, permite la imposición de multas cuando haya renuencia al cumplimiento de una obligación prevista en un acto administrativo, mientras permanezca en rebeldía, lo que significa, que es posible en nuestro parecer la imposición de una nueva sanción, si el obligado permanece en rebeldía a la colaboración, en los términos del artículo 90 de la Ley 1437 de 2011.

regulaciones del pliego de condiciones que se han tenido que configurar y que hacen parte del trámite administrativo de contratación.¹⁵ Criterios que se tornan claros por lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1510 de 2013 compilado por el Decreto 1082 de 2015 que alusión al contenido que de incluir el acto administrativo que ordena la apertura del proceso de selección del contratista del Estado.¹⁶

En el mismo sentido, el acto administrativo que se profiere para dar inicio al proceso de selección del contratista es producto de una actuación en principio unilateral de la Administración, ya que es el resultado de la voluntad de la entidad pública, sin que el particular tenga mayor intervención en su expedición, ni siquiera, a través de solicitudes previas o con fundamento en adhesión a la voluntad de la Administración, con excepción de los eventos de contratos en las asociaciones público privadas de iniciativa privada en que exista interés en dar inicio al proceso de selección;¹⁷ pero además, no posee el carácter de acto administrativo de naturaleza particular, en cuanto a que no está generando derechos en beneficio de terceros y el procedimiento de publicidad no se realiza a través de la notificación personal, puesto que el artículo 30 del Estatuto Contractual, en el numeral tercero establece la necesidad de efectuar avisos invitando públicamente a participar en la licitación, es ahí donde se da a conocer el acto que ordena la apertura de la licitación y se cumple con el principio de publicidad;¹⁸ pero además, con la obligación de publicación de todos los actos del procedimiento de contratación en el SECOP, se está cumpliendo con el principio de publicidad.

Por tal razón, no comparto lo propuesto por el profesor Escobar Gil, en cuanto a que el acto administrativo que ordena la apertura de la licitación es un acto particular, que genera una situación jurídica subjetiva y que por tal circunstancia no es posible revocarlo sino con el consentimiento expreso y escrito de quienes participan en el procedimiento administrativo, puesto que nace para los interesados el derecho subjetivo y el interés legítimo de

¹⁵ Dávila Vinuesa, L. G., *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá, Temis, 2001, p. 280, es coherente con este planteamiento, llegando al punto de indicar que si al momento de dictarse el acto de apertura del proceso de selección, no existen los pliegos de condiciones, existe una violación de la ley.

¹⁶ Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1510 de 2013, artículo 24.

¹⁷ Congreso de la República de Colombia, Ley 1508 de 2012.

¹⁸ Expósito Vélez, J. C., *La configuración del contrato de la administración pública en Derecho Colombiano y Español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 451, expresa que el principio de publicidad se cumple en cuanto al proceso de selección, con la comunicación que se debe hacer a las Cámaras de comercio, respecto de la información general del procedimiento a surtir y que referido al evento del acto de apertura, si ya se profirió, de igual manera tiene ser incluido en la información enviada a la Cámara de Comercio.

participar en el trámite de escogencia del contratista;¹⁹ en la medida que el acto que ordena la apertura de la selección, crea solamente una expectativa en quienes deseen participar en el proceso, dando lugar solamente la posibilidad de presentar ofertas, de manera impersonal y abstracta; pero en ningún momento crea una situación jurídica particular que se encamine a una persona en particular.

Teniendo en cuenta el estado de emergencia y ante la imposibilidad de continuar con los procedimientos de escogencia de los contratistas, se consagró en el artículo 3o. la facultad de las entidades públicas de suspender los procedimientos en curso; de la misma manera, la revocatoria del acto de apertura del proceso de selección, con el fin de dar posibilidad de destinar los recursos a proyectos dirigidos a atender la crisis; siempre y cuando no se hayan presentado ofertas, porque de haber ocurrido tal situación, el procedimiento de contratación debe continuar.

En este caso, antes de la regulación contenida en el artículo mencionado, era posible tanto la suspensión del procedimiento de selección como la revocatoria del acto de apertura, teniendo en cuenta la necesidad de servicio público, y además por las siguientes razones:

En cuanto a la suspensión ya existían normas y criterios jurisprudenciales que lo permitían, como es el caso del artículo de la Ley 1150 de 2077; así mismo Colombia Compra Eficiente ya lo había contemplado, haciendo alusión al cuidado en que se cumpla el criterio de servicio público, como lo hizo al resolver la consulta con Radicación: Respuesta a consulta #4201714000002326, en que dijo: “2. La finalidad de la suspensión del Proceso de Contratación, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impidan escoger la oferta más favorable a la Entidad Estatal”.

En el mismo sentido y en cuanto a la revocación del acto de apertura, el artículo 68 de la Ley 80 de 1933 establece que los actos contractuales se pueden revocar en tanto no haya existido sentencia anulatoria de los mismos, criterio que fue adoptado por el Consejo de Estado desde tiempo atrás, como lo hace la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 76001233100019980109301(31297), sentencia de noviembre 26 de 2014 M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera cuando dice:

En suma, el acto administrativo de apertura puede ser revocado directamente por la administración hasta antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir,

¹⁹ Escobar Gil, R., *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999, pp. 180 y 181.

hasta antes de que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección; pero, en cada caso, debe observar las situaciones jurídicas que se han generado y las razones que conducen a adoptar la decisión, para evitar que el acto revocatorio surja viciado de nulidad.

Lo cual fue ratificado en sentencias posteriores, así como en los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y de Colombia Compra eficiente, en que se hace alusión a la posibilidad de revocar el acto de apertura de un proceso de selección de contratistas siempre y cuando no se hayan presentado ofertas; aunque en mi concepto no se ha debido establecer dicha limitante de forma genérica, porque en eventos en los cuales por alguna circunstancia no sea posible ejecutar un contrato, no se debería impedir la revocatoria del acto de apertura del proceso de escogencia del contratista.

Pero además, la posibilidad de revocatoria del acto de apertura se fundamenta en lo previsto en los artículos 93 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 que establece las causales de revocatoria las cuales corresponden a: “1. Cuando sea manifiesta su oposición a la constitución Política o a la ley. 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona”; lo que implica que la revocatoria como consecuencia del estado de emergencia se vea involucrada en lo previsto en esta norma y en mi parecer en la causal segunda que ha de entenderse que por razones de servicio público se puede revocar un acto administrativo; por tal razón, no estoy de acuerdo como lo plantean algunos, que en este caso se ha consagrado una nueva causal de revocatoria, pues la misma está inmersa en la causal segunda del artículo 93 del CPACA.

En efecto, la necesidad de servicio público determina la posibilidad de revocatoria de un acto administrativo, criterio que está inmerso en la causal segunda; pero además, si nos atenemos a la causal tercera, esta y la anterior conforman el fundamento de conveniencia u oportunidad para la entidad pública en la revocación; así como la causal primera se constituye como causal de legalidad.

VI. LA URGENCIA MANIFIESTA: CONTRATACIÓN DIRECTA EN CASOS DE ESTADOS DE EMERGENCIA

En el evento en que por causas de estados de excepción, circunstancias de calamidad, fuerza mayor o desastre, que ameriten atención inmediata, sea

imperioso la celebración de contratos de forma apremiante, sin que sea posible implementar el procedimiento normal de selección del contratista, se ha contemplado un trámite sumario de contratación que corresponde a la urgencia manifiesta.²⁰

Urgencia manifiesta que ha de ser declarada a través de acto administrativo debidamente motivado, en que se indiquen las razones que mueven a la Administración a utilizar dicho mecanismo de selección, la cuales tienen que estar debidamente fundamentadas, en la medida que la declaratoria es objeto de control por parte de la contraloría respectiva, que establecerá la existencia de la situación apremiante para la declaratoria de la urgencia y la legalidad en el procedimiento administrativo de celebración del contrato;²¹ puesto que en todo caso se busca la protección del servicio público y el interés general, por intermedio del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras para conjurar situaciones excepcionales de emergencia o que provengan de los estados de excepción.²²

La celebración contratos a través de urgencia manifiesta, posibilita que se haga caso omiso de actuaciones que en circunstancias normales son obligatorias dentro del procedimiento administrativo de pública, como son el contrato escrito²³ y la existencia de disponibilidad presupuestal previa; puesto que ante la necesidad apremiante de solucionar la circunstancia de anormalidad se puede prescindir en principio del contrato con la formalidad de escrituralidad,²⁴ y de la disponibilidad presupuestal previa.²⁵

Se pueden omitir algunos requisitos del contrato de manera transitoria, porque en la primera oportunidad que se presente, se tienen que cumplir, para que la contratación no afecte principios esenciales del procedimiento administrativo que nos ocupa; en la medida que los mismos son objeto del control correspondiente por la contraloría, ya que a pesar de ser un trámite excepcional de contratación, no se escapa a la legalidad y al control que corresponde.²⁶

²⁰ Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, artículo 42.

²¹ Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, artículo 43.

²² Congreso de Colombia, Ley 80 de 1992, artículo 42.

²³ Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, artículo 41.

²⁴ Dávila Vinuesa, L. G., *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá, Temis, 2001, p. 331.

²⁵ El párrafo del artículo 42 del Estatuto de Contratación Pública de 1993 lo permite.

²⁶ La Corte Constitucional en Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, con ponencia de la doctora Clara Inés Vargas reconoció que la declaratoria de urgencia manifiesta es una excepcionalidad.

Por tal razón, en el ordenamiento jurídico colombiano la Ley 80 de 1993 que constituye el Estatuto de Contratación Pública contempla en los artículos 42 y 43 la urgencia manifiesta como una forma de causal de contratación directa en los casos de estados de excepción y de emergencia sanitaria como la del COVID-19; sin embargo, en el artículo 7 de los decretos legislativos dictados como consecuencia del estado de emergencia a que nos hemos venido refiriendo, se contempló la posibilidad de contratación de urgencia para la adquisición de bienes y servicios en caminados a solucionar la crisis, estableciendo que con la declaratoria del Estado de Emergencia se entiende comprobado el hecho que fundamenta la urgencia manifiesta para los contratos encaminados a atender la excepcionalidad; aclarando, que es solo para los contratos relacionados con la pandemia sanitaria que se presenta.

En tal medida, esta regulación en los decretos de emergencia no es novedad, porque ya estaba prevista; pero además era innecesaria, porque si lo que se persigue es agilizar el procedimiento de contratación, esto ya sucedía. Podría pensarse que como los nuevos decretos permiten que las entidades de régimen exceptuado hagan uso de urgencia la manifiesta, esto constituye novedad; pero si la institución es para dar la posibilidad de contratación directa, pues en la mayoría por no decir todos de los manuales de funciones de dichas entidades está previsto la contratación directa en caso de emergencia, lo que ratifica lo innecesario de la consagración.

VII. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO: OTRA EXPRESIÓN DE NECESIDAD DE SERVICIO PÚBLICO

Una entidad del Estado para alcanzar el fin de lo que aspira con un acuerdo contractual, es la potestad de dirección y vigilancia sobre el contrato; en tal sentido, corresponde a la Administración verificar la ejecución del contrato y en esta circunstancia, más que una competencia o potestad, es una obligación que debe cumplir.²⁷

De la misma manera, la Administración tiene unas prerrogativas excepcionales para alcanzar el cumplimiento de la finalidad del contrato, que se concretan que las denominadas cláusulas excepcionales o como considero se tienen que identificar, potestades excepcionales, que involucran la caducidad, terminación unilateral, modificación unilateral, interpretación

²⁷ Cuando el artículo 4o. de la Ley 80 de 1993, hace alusión a los derechos y deberes de las entidades estatales en el contrato.

unilateral, reversión, reciprocidad, tratamiento de ofertas nacionales, multas, declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las garantías.²⁸

Si un contrato que ha estipular cláusulas o potestades excepcionales de acuerdo al artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se consideran pactadas así no se consagren expresamente, ya que si bien es cierto, el mentado artículo hace alusión a que en los contratos de suministro y de prestación de servicios es facultativo acordarlas, seguidamente se indica que en todos los contratos del numeral segundo del mencionado artículo 14, si no se pactan se consideran pactadas, lo cual involucra los contratos de prestación de servicios y suministro.

Quiere decir lo dicho, que hay un primer grupo de contratos donde es imperativo consignar cláusulas o potestades excepcionales; de la misma manera existe un segundo grupo de contratos en los que está prohibido pactarlas, ya sea por la naturaleza del acuerdo o por la calidad de quienes intervienen en el contrato, teniendo en cuenta lo previsto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.²⁹

En tal sentido, existen dos clases de contratos, unos que exigen incluir cláusulas o potestades excepcionales y otros que no lo permiten; pero hay un tercer grupo en los que no se ha indicado si se permite o no contemplarlas, ya que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no contempla todos los contratos en la regulación; circunstancia que permite preguntar, en qué grupo es procedente ubicarlos, si en los que obliga a pactarlas o en los que no lo permite.

Para resolver dicho cuestionamiento se deben confrontar dos principios de la contratación del Estado, que corresponden al de la autonomía de la voluntad y el de la habilitación legal; respecto al primero, las entidades públicas tienen la posibilidad de celebrar todos los contratos que estén previstos en el derecho privado³⁰ y celebrar los pactos que considere su voluntariedad, en cuanto que estén conformes a la legalidad, al orden público y a las buenas costumbres, ya que este es el sentido del concepto autonomía de la voluntad en la Ley de Contratos Públicos de Colombia.³¹

En cuanto al principio de la habilitación legal, corresponde a una manifestación del principio de legalidad, que expresa que las autoridades públicas, únicamente pueden ejecutar los actos que una norma legal los facul-

²⁸ Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, artículo 14.

²⁹ Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, artículo 14.

³⁰ Es la consagración del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

³¹ Consejo de Estado de Colombia, Exp. 36054 de 2010.

ta; es decir, que para el efecto de la actuación de contratación del Estado, únicamente es permitido acordar e incluir en los contratos los acuerdos y requisitos que autoriza la ley.³²

Constituye lo indicado, que la confrontación de los dos principios mentados, la jurisprudencia del Consejo de Estado, limitando la autonomía de la voluntad, le otorgado prelación al concepto de la habilitación legal y en esta circunstancia, ha indicado que en los contratos en que no se haya consagrado en una norma incluir cláusulas o potestades excepcionales, no es posible realizarlo, puesto que en asunto de trámite administrativo de contratación, las autoridades públicas están circunscritas o restringidas por la legalidad;³³ por esta circunstancia, he reiterado en diversas ocasiones que en temas de contratos del Estado no se puede presentar discrecionalidad administrativa.

Al someterse a la existencia de una regulación normativa que claramente autorice la consagración de cláusulas o potestades excepcionales en un contrato, que no se involucre en los consignados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 o en otra disposición específica, se está afectado el principio de la autonomía de la voluntad; De la misma manera se está rebasando el concepto de legalidad e interpretando de manera equivocada el principio de la habilitación legal previstos en la Ley 80 de 1993.

Los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993 son taxativos en autorizar la autonomía de la voluntad en los contratos públicos en Colombia, lo que implica que se presenta autorización legal para la implementación de dicho principio, y en esta circunstancia, si se realiza un pacto entre las partes de consignar cláusulas excepcionales en un contrato que no esté incluido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no se está vulnerando el principio de legalidad ni de habilitación legal, puesto que una norma ya lo previó.

Así las cosas, no es la discrecionalidad unilateral de quienes intervienen en el contrato, la que permite la utilización de la autonomía de la voluntad para consignar una cláusula o potestad excepcional, sino la autorización o habilitación que la ley ha dado y en esta medida se acata dicho principio; de la misma manera, los artículos 4o. y 14 de la Ley 80 de 1993, al hacer alusión a los derechos y deberes de las entidades del Estado en los contratos públicos y de los medios para la ejecución del objeto del contrato, son expresos en autorizar que las entidades públicas hagan uso ciertas prerrogativas para su cumplimiento, que se consagran a título enunciativo en el artículo 14 de

³² Consejo de Estado de Colombia, Exp. 24715 de 2007.

³³ Consejo de Estado de Colombia, Exp. 30802 de 2006.

la Ley 80 de 1993, ya que las limitaciones, se contemplaron expresamente en el párrafo de la misma norma.

Ha de entenderse, que el legislador buscó claramente que en tales contratos no se incluyeran, pero como no era posible enlistar todos en los que se podían incluir, únicamente lo hizo a título enunciativo y en los que no mencionó debe de comprenderse que opera el principio de autonomía de la voluntad, es decir, que se tendría que autorizar el pacto; siempre y cuando se cumplan postulados de legalidad, interés general, orden público, buenas costumbres, así como la naturaleza y especificidad de cada contrato, ya que en algunos eventos y como los acuerdos que pueden celebrar las entidades públicas son tan amplios, es posible que ocurra que no opere la consagración de una cláusula o potestad excepcional.

Considero, que autorizar la inclusión de cláusulas o potestades excepcionales en los contratos en que el legislador no ha manifestado nada de forma clara, beneficia la contratación del Estado, el interés general y ampara el servicio público, puesto que son mecanismo que posee la Administración para alcanzar el cumplimiento de los fines del contrato; esto es así, ya que en ocasiones, una decisión que jurídicamente es correcta, puede afectar el procedimiento de contratación, como sucede con la consagración de potestades excepcionales en contratos que se rigen por el derecho privado.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado, que en los contratos que se rigen por el derecho privado, es decir, los de régimen exceptuado que no aplican el Estatuto Contractual Público, no es factible consagrar cláusulas o potestades excepcionales, en cuanto que estas son de derecho público administrativo y el régimen de tales contratos es de derecho privado; criterio que argumentativamente es correcto, sin embargo, en la practicidad afecta la actividad del Estado, puesto que una entidad pública que contrate con el régimen privado queda de alguna manera limitada en la utilización de potestades excepcionales y deberá que presentar ante juez natural del contrato para que se apliquen sanciones al contratista que es incumplido, lo que en mi concepto perjudica la actividad de servicio público.³⁴

En tales condiciones, el artículo 40 de la Ley de Contratos Públicos de Colombia establece, que los contratos que celebra una entidad del Estado sometida a la regulación de dicha norma, no se pueden adicionar en más del 50% del valor inicial expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes; pero lo que ahora contempla el artículo 8 de los decretos legislativos mencionados hace referencia a que en los contratos relacionados

³⁴ Consejo de Estado de Colombia, Exp. 2010-00262 de 2014.

con la prestaciones de servicios, bienes y obras relacionadas con la atención de la crisis sanitaria, se podrán adicionar sin tener en cuenta la limitación del valor; estableciendo de todas maneras la necesidad de la adición o modificación.

Sin embargo, la posibilidad de adicionar o modificar los contratos por más del 50% del valor inicial ya estaba prevista en la consagración del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, que establece la modificación unilateral, la cual se podrá hacer por la entidad pública después de haberlo intentado de acuerdo con el contratista, en circunstancias de necesidad del servicio público como las actuales, en una proporción superior al límite previsto por el artículo 40 de la misma norma a que se hizo referencia anteriormente.

Hay otra excepción al límite mencionado, es en los casos de contratos de interventoría en que al modificarse el contrato principal, la adición de la interventoría puede superar el 50% del valor inicial.

Podría pensarse que los decretos de emergencia constituyen novedad en cuanto a que previeron la posibilidad de modificación por más del 50%; del valor inicial de los contratos celebrados que se refieren a bienes, obras o servicios, que permitan una mejor gestión y mitigación de la emergencia; lo que significa o da a entender que son los contratos ya celebrados, es decir, los que vienen antes de la crisis, por lo que a estos se debe aplicar la regla del artículo 14 de la Ley 80 en el sentido de los que son susceptibles de incluir potestades excepcionales.

La norma de emergencia dice, además, que la disposición se aplica a los contratos que se celebren como consecuencia de la emergencia sanitaria, lo que implica que la regulación se refiere a aquellos contratos de la misma naturaleza que los celebrados previamente a la crisis y que sirvan para mitigarla o conjurarla; lo que determina, que no hay existido novedad alguna porque la inclusión de la potestad excepcional se refiere a todos los contratos que se celebren y que sean susceptibles de incluir dicho cláusula o poder unilateral; no a todos de manera genérica, ya que la norma debe interpretarse de forma sistemática por la integralidad de su contenido.

VIII. CONCLUSIONES

El Estado Colombiano con una muy buena intención ha dictado decretos con fuerza de ley para conjurar la crisis derivada del COVID-19, otorgando prerrogativas a las entidades públicas.

En asuntos de contratos, las regulaciones ya estaban previstas en las normas que regulan la contratación administrativa y que, así no se hubieran dictado los decretos legislativos, se habrían podido utilizar.

En algunos casos pareciera que se trata de normas novedosas como en el evento de la urgencia manifiesta para entidades de régimen exceptuado, sin embargo, por tratarse de un mecanismo de contratación directa, en los manuales de contratos de dichas entidades, por regla general, se consagra una forma de contratación directa en caso de emergencia.

No es cierto que en el evento de revocatoria del acto de apertura de un proceso de selección de contratistas, se haya contemplado una nueva causal de revocación, ya que este caso del estado de emergencia derivada del COVID-19 de puede involucrar en el numeral 2 del artículo 93 del CPACA.

De la misma manera, la consagración de la posibilidad de modificación por más del 50% ha de entenderse respecto de todos los contratos que a los cuales se podrá incluir la potestad de modificación unilateral del artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

En síntesis, se trata de una clara violación del principio de legalidad que en un estado de emergencia como el derivado del COVID-19, no es más que otra muestra de arbitrariedad el Estado.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Colombia Compra Eficiente. (18 de mayo de 2017). *Respuesta a consulta #4201714000002326*. Recuperado de https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/concepto/2018/4201714000002326_-_suspension_de_procesos/4201714000002326_-_suspension_de_procesos-original.pdf.
- Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993: Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *D. O.* 41094.
- Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2007). Ley 1150 de 2007. *D. O.* 46691.
- Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). Ley 1437 de 2011: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *D. O.* 47956.
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2011). Ley 1474 de 2011. *D. O.* 48128.
- Congreso de la República de Colombia. (10 de enero de 2012). Ley 1508 de 2012. *D. O.* 48308.
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo,

- Sección Tercera. (30 de noviembre de 2006). *Exp. 30802 de 2006*. M. P. Alier Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (3 de diciembre de 2007). *Exp. 24715 de 2007*. M. P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Tercera. (14 de abril de 2010). *Exp. 36054 de 2010*. M. P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (20 de febrero de 2014). *Exp. 2010-00262 de 2014*. M. P. Ramiro Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (26 de noviembre de 2014). *Exp. 76001233100019980109301(31297)*. M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Corte Constitucional de Colombia. (5 de septiembre de 2001). *Sentencia C-949 de 2001*. M. P. Clara Inés Vargas.
- DÁVILA VINUEZA, L. G. , *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá, Temis, 2001.
- ESCOBAR GIL, R., *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999.
- EXPÓSITO VÉLEZ, J. C. , *La configuración del contrato de la administración pública en Derecho Colombiano y Español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Presidencia de la República de Colombia (8 de enero de 2003), Ley 794 de 2003, Código de Procedimiento Civil, *D. O.* 45058.
- Presidencia de la República de Colombia (17 de julio de 2013), Decreto 1510 de 2013, *D. O.* 48854.
- Presidencia de la República de Colombia (26 de mayo de 2015), Decreto 1082 2015, *D. O.* 49523.
- Presidencia de la República de Colombia (17 de marzo de 2020), Decreto 417 de 2020, *D. O.* 51259.