

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL

Atención- Doctor Alejandro Linares

E. S. D.

Ref.- Intervención ciudadana – Expediente: RE-0000270 - Decreto Legislativo 537 de 2020, “*Por el cual se adoptan las medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica*” – Interviniente: José Alberto Gaitán Martínez y Juan David Duque Botero.

Los suscritos, **JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ**, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de Decano y en representación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y **JUAN DAVID DUQUE BOTERO**, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, por medio del presente escrito atendemos la cordial invitación extendida por la Honorable Corte Constitucional para intervenir en el trámite del análisis de constitucionalidad del Decreto Legislativo 537 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, dentro de la oportunidad legal establecida en el artículo 37 del Decreto 2067 de 1991, para solicitar la declaración de **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 8 del decreto bajo control en los siguientes términos:

1. El contenido material del Decreto 537 de 2020

El Decreto 537 de 2020 tiene por objeto adoptar medidas en materia de contratación estatal en lo que tiene que ver con la implementación de herramientas tecnológicas (artículos 1, 2, 4, 5, 6 y 9); la suspensión de procedimientos sancionatorios, de procesos de selección y la revocatoria del acto de apertura, (artículos 2 y 3); por último, los artículos 4, 5 y 6 pueden agruparse en medidas dirigidas a dar trato preferente a la utilización de los instrumentos de agregación de demanda.

El Decreto establece la celebración de audiencias públicas de los procesos de selección garantizando no solo el acceso de los proponentes, de los entes de control y de cualquier ciudadano interesado en participar a través de la utilización de medios electrónicos, sino también la intervención efectiva de los interesados. Deberá, además,

registrar toda la información que se genere en el desarrollo de las audiencias públicas dejando constancia de lo ocurrido en el acta de la audiencia.

Respecto de los procesos de selección que se encuentren en trámite, no será necesario modificar el pliego de condiciones, pero será necesario que, en los dos días hábiles previos a la realización de la audiencia, la entidad informe de la metodología y condiciones para adelantar la audiencia.

La posibilidad que establece el Decreto de adelantar las audiencias públicas de los procesos de selección en curso conlleva a garantizar de una parte el cumplimiento de los fines esenciales del Estado al asegurar el aprovisionamiento de bienes y servicios, y de otra el cumplimiento de los principios de transparencia, publicidad y debido proceso. La celebración de audiencias a través de medios electrónicos de los procedimientos administrativos sancionatorios con la garantía de acceso e intervención de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía, con la facultad adicional para el ordenador del gasto de decretar la suspensión de términos incluyendo los sancionatorios iniciados con anterioridad a la vigencia del Decreto previsto en el artículo 2º del Decreto.

El artículo 3º establece la posibilidad de suspender los procedimientos de selección de contratistas y en igual medida revocar directamente los actos de apertura, siempre que no se hayan presentado ofertas, disposición que se encuentra conforme a lo establecido en la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia.

Las medidas que establece el Decreto referentes a la utilización de instrumentos de agregación de demanda y la adquisición en grandes superficies le permite al Estado garantizar el aprovisionamiento de bienes y servicios por medios que permiten igualmente garantizar la eficiencia en el gasto público y el cumplimiento de las medidas de distanciamiento social.

Por otra parte, el Decreto permite a la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en futuro inmediato que tengan por objeto prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia, esta disposición encuentra fundamento y respaldo en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, el artículo 8º se encamina a permitir la adición ilimitada del valor del contrato solo para aquellos contratos que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia.

Por último, el Decreto bajo estudio amparó el derecho de los contratistas de las entidades a recibir la contraprestación respectiva como consecuencia de la prestación o el suministro de los bienes contratados con la implementación de mecanismos electrónicos para la recepción, trámite y pago de facturas y cuentas de cobro.

2. Los principios orientadores de la actividad contractual de las entidades públicas

El artículo 2º de la Constitución Política consagra como fines esenciales del Estado *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (...)”*, en ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que para el cumplimiento de los fines del Estado es imprescindible el aprovisionamiento de bienes y servicios, actividad que se logra gracias a la celebración de contratos por parte de las entidades del Estado:

“Para el cumplimiento de los fines del Estado es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego, el objeto de los contratos no es otro que la adquisición en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello que el estudio y la comprensión de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado Social de Derecho irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución”¹

¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C- 449 de 9 de julio de 1992. Proceso No. D-033.

Por su parte, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece en el artículo 23 los principios de transparencia, economía y responsabilidad como los principios de la contratación estatal sin prescindir de la aplicación los principios propios de la actividad administrativa.

No puede perderse de vista el artículo 209 de la Constitución que señala como fundamento de la función administrativa del Estado los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad², tal como lo puso de presente el Consejo de Estado en sentencia del 6 de mayo de 2015 con numero de radicación 30.917, la contratación estatal debe ceñirse a los postulados que rigen la función administrativa en los términos de la disposición constitucional en cita³.

Conforme a lo anterior, todos los principios que rigen la contratación estatal están orientados a garantizar el interés general mediante el cumplimiento de los fines estatales con el fin de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y la debida ejecución de los recursos públicos.

Principio de Moralidad Administrativa

Según lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, *“En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas”*. Este principio en relación con la contratación estatal propende *“por la sujeción de los deberes de corrección que exigía la correspondencia entre las actuaciones de la administración pública y el interés general, en otras palabras, que los contratos de las*

² Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz. Radicación número: 30.917.

*entidades públicas no se utilizarán con fines distintos o contrarios a los perseguidos por el Estado*⁴.

Principio de Imparcialidad

Se refiere en términos de la Ley 1437 de 2011 a *“las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”*⁵.

La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la importancia del principio de imparcialidad en relación con la actividad contractual de las entidades, al respecto, *“(...) la necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, pues tiene una doble función: una negativa, ya que señala las condiciones mínimas para el acceso a la contratación, constituyéndose en un límite a la actividad administrativa y particular. Y, tiene una función positiva, en la medida en que el interés general se convierte en una confición inexcusable que dirige la acción estatal”*⁶.

Principios de publicidad y transparencia

Otros principios cardinales en el ámbito que nos atañe son los principios de publicidad y transparencia. El primero se refiere a que todos los documentos expedidos con ocasión de un proceso de selección deben ser de público conocimiento, permitiendo un control efectivo de las actuaciones y decisiones adelantadas. El Consejo de Estado ha dicho en relación con el principio de publicidad, *“En virtud del principio de publicidad, las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones y notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios. Publicidad, significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para*

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 25 de mayo de 2016. Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00297-01.

⁵ Ley 1437 de 2001. Artículo 3, numeral 3.

*hacerlas saber a quienes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables*⁷.

Por su parte la Corte Constitucional ha señalado que el principio de publicidad *“es una garantía constitucional para la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica y el respeto de los derechos fundamentales de los asociados, que se constituye en uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del Estado Social de Derecho*⁸.

En segundo lugar, el principio de transparencia se refiere a que las actuaciones en los procesos de contratación deben ser dominio público, de manera que cualquier persona pueda conocer las actuaciones, salvo las excepciones pertinentes.

Principio de planeación

Uno de los principios rectores y que ha encontrado su desarrollo en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa es el principio de planeación, la Corte en sus sentencias se ha referido a este principio como *“el deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados, (...) con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos*⁹.

El Consejo de Estado ha resaltado respecto de las graves consecuencias que conlleva la falta de aplicación rigurosa del principio de planeación por parte de las entidades estatales, *“La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no solo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal*¹⁰.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, 14 de diciembre de 2007. Radicación número: 24715.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-711 de 2012. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: xxx

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, 5 de junio de 2008. Radicación número: 8.031.

En definitiva, los principios constitucionales y legales que orientan la actividad contractual de las entidades del Estado deben estar en cada una de las fases del proceso de selección y de las etapas contractuales.

3. De la adición de los contratos

El párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece *"En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor respectivo del contrato"*. Por regla general y en virtud del principio de planeación las entidades estatales deben estimar el valor y condiciones del contrato de conformidad con las necesidades que quiere satisfacer.

En ese sentido, la adición de los contratos es una actuación excepcional toda vez que el deber ser de las cosas, dicta que las condiciones iniciales del contrato en cumplimiento del principio de planeación deben dar cuenta real de las necesidades de las entidades.

El Consejo de Estado en sentencia del 27 de junio del 2013 estableció como elementos para la suscripción de las modificaciones contractuales: i) que conste por escrito, ii) que se suscriba dentro del plazo o vigencia del contrato, toda vez que *"un contrato cuyo plazo o condición ha operado, no es susceptible de ser adicionado,"* iii) la imposibilidad de adicionar más del 50% del valor del contrato expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes, vi) que el objeto del contrato aún exista, v) que el objeto del contrato no se altere por uno nuevo, so pena de nulidad.

De esa manera, el artículo 8º, del Decreto 537 de 2020 consagra:

"Adiciónese los siguientes incisos al párrafo del artículo 40 Ley 80 de 1993, así:

Adición y modificación de contratos estatales. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, todos los contratos celebrados por las entidades estatales

que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la entidad estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, y durante el término que dicho esta esté vigente”.

Es claro que la Pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, exige de la administración en todas sus expresiones la evolución de las instituciones jurídicas para dotar de herramientas a las entidades y en general a la Administración para atender la Emergencia sanitaria. Sin embargo, es necesario que la disposición bajo estudio, es decir, el artículo 8 del Decreto 537 de 2020 sea leído de conformidad con los principios de la función administrativa, así como los principios que orientan la actividad de las entidades estatales.

Esto por cuanto, la posibilidad de adicionar contratos ilimitadamente sin observancia y aplicación de los principios de moralidad, planeación, publicidad, transparencia e imparcialidad abre la puerta a escenarios abusivos como por ejemplo la posibilidad de adicionar contratos que no tengan relación con la mitigación y atención de la pandemia.

Por lo anterior, se sugiere a la Corte Constitucional proferir una decisión interpretativa en relación con el artículo 8 del Decreto 537 de 2020 en la que armonice el contenido de dicha disposición con los principios constitucionales y legales que orientan la contratación estatal en el sentido de sujetar la adición “ilimitada” de contratos al cumplimiento de los principios de moralidad, publicidad, transparencia, planeación e imparcialidad.

En conclusión, de manera general no se evidencia que las disposiciones incluidas en el Decreto 537 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”* contraríen el ordenamiento jurídico en el nivel constitucional o legal. Por el contrario, la mayoría de las disposiciones estudiadas permiten el cumplimiento de los fines esenciales del Estado a través del adecuado, oportuno y eficiente aprovisionamiento de bienes y servicios relacionados con la actividad contractual del Estado salvo por lo dispuesto en el artículo 8º pues su aplicación debe sujetarse al cumplimiento oportuno de los principios de transparencia, publicidad, moralidad, planeación, e imparcialidad por partes de los contratistas, las entidades estatales y todos aquellos que intervengan en el Sistema de Compras Públicas.

4. Análisis de los aspectos formales del Decreto 537 de 2020

Ley 137 de 1994 *“Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia”* establece en el artículo 8º que los decretos de excepción *“deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por las cuales se hacen necesarias”*.

Una vez revisado el Decreto 537 de 2020 se concluye que éste fue expedido con el lleno de los requisitos en mención, toda vez que la parte motiva da cuenta suficientemente del fundamento de la adopción de las medidas del Decreto, como lo es la de tomar medidas para mitigar la Pandemia COVID-19.

En segundo lugar, cuenta con la firma del Presidente de la República y la de todos sus ministros, tercero, el Decreto 537 de 2020 fue expedido dentro del término de vigencia del Estado de Emergencia de conformidad según lo dispuesto en el Decreto 417 de 2020, Decreto por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el territorio nacional con vigencia desde el 17 de marzo por el término de 30 días calendario.

Por último y en relación con lo referido en el punto tres, dado que el Decreto 537 de 2020 encuentra su fundamento en el Decreto 417 antes mencionado, se concluye que su ámbito de aplicación es todo el territorio nacional.

Por todo lo antes expuesto es posible concluir que el Decreto 537 de 2020 cumple con los requisitos formales exigidos por la ley y la Constitución para su expedición. Igualmente, no se observa contradicción entre los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10 y 11 y el ordenamiento jurídico constitucional o legal. No obstante, el artículo 8° en estudio debe sujetarse interpretación y aplicación al cumplimiento de los principios de transparencia, publicidad, moralidad, planeación e imparcialidad.

Con toda atención.

JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ

**Decano Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario**

JUAN DAVID DUQUE BOTERO

**Profesor Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario**