

SERIE
DERE-
CHO

**REFLEXIONES DEL
SISTEMA JURÍDICO
COLOMBIANO
DESDE LOS
CONTRATOS
ESTATALES Y
LA ACTIVIDAD
ADMINISTRATIVA**

ISBN
978-
958-
782-
370-
7



CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA
Editor académico

EDICIONES
USTA





**REFLEXIONES DEL SISTEMA
JURÍDICO COLOMBIANO
DESDE LOS CONTRATOS
ESTATALES Y LA ACTIVIDAD
ADMINISTRATIVA**

COLEC-

CIÓN

440

EDICIONES

USTA

**REFLEXIONES DEL
SISTEMA JURÍDICO
COLOMBIANO DESDE
LOS CONTRATOS
ESTATALES Y
LA ACTIVIDAD
ADMINISTRATIVA**

SERIE
DERECHO

Ciro Nolberto Güechá Medina
EDITOR ACADÉMICO



Güechá Medina, Ciro Nolberto

Reflexiones del sistema jurídico colombiano desde los contratos estatales y la actividad administrativa/ Ciro Nolberto Güechá Medina, Oduber Alexis Ramírez Arenas y Carolina Blanco Alvarado; Editor académico, Ciro Nolberto Güechá Medina, Bogotá: Ediciones USTA 2020. 218 páginas

Incluye referencias bibliográficas (páginas 106-110) e índices temático, onomástico y de autores

ISBN: 978-958-782-370-7
e-ISBN: 978-958-782-371-4

1. Contratos administrativos -- Legislación
 2. Contratos públicos 3. Administración de justicia -- Colombia
 4. Estado de emergencia -- Legislación -- Colombia
 5. Bienes públicos -- Colombia
- I. Universidad Santo Tomás (Colombia).

CDD 342.06

CO-BoUST



Esta obra tiene una versión de acceso abierto disponible en el Repositorio Institucional de la Universidad Santo Tomás:
<https://repository.usta.edu.co/>

© Ciro Nolberto Güechá Medina, Oduber Alexis Ramírez Arenas y Carolina Blanco Alvarado, autores, 2020

© Ciro Nolberto Güechá Medina, editor académico, 2020

© Universidad Santo Tomás, 2020

Ediciones USTA

Bogotá, D. C., Colombia

Carrera 9 n.º 51-11

Teléfono: (+571) 587 8797, ext. 2991

editorial@usantotomas.edu.co

<http://ediciones.usta.edu.co>

Juan Sebastián Solano Ramírez *corrección de estilo*

lacentraldediseno.com *diseño de colección*

lacentraldediseno.com *diagramación*

DGP Editores S.A.S. *impresión*

Hecho el depósito que establece la ley

ISBN: 978-958-782-370-7

E-ISBN: 978-958-782-371-4

Primera edición, 2020

Universidad Santo Tomás

Vigilada Mineducación

Reconocimiento personería jurídica: Resolución 3645 del 6 de agosto de 1965, Minjusticia

Acreditación Institucional de Alta Calidad Multi-campus: Resolución 01456 del 29 de enero de 2016, 6 años, Mineducación

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio, sin la autorización expresa del titular de los derechos.

CON- TENI- DO	11	Introducción
	17	Las regulaciones contractuales en el estado de emergencia por la pandemia de covid-19: normas innecesarias y poco fundamentadas CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA
	49	La declaratoria del estado de emergencia ODUBER ALEXIS RAMÍREZ ARENAS
	83	El contrato de obra pública y el impuesto al valor agregado (IVA) CAROLINA BLANCO ALVARADO
	111	Sobre los autores
	113	Índice temático
	119	Índice onomástico

Introducción

El presente libro pretende como objetivo general identificar si la Administración, a través de los contratos estatales, ha constituido un medio adecuado para el cumplimiento del sistema jurídico que rige este tipo de contratos. Esto en orden a identificar fortalezas y debilidades de la Administración en la aplicación del sistema jurídico colombiano en el escenario de la contratación estatal. Sin lugar a equívocos, dicha temática impacta de manera directa tanto en la esfera académica como en el quehacer de los servidores públicos. De esta manera, el campo de acción que se pretende abarcar con este libro irradia a la comunidad académica y al ejercicio de las funciones propias de los servidores públicos en el ámbito de la contratación estatal. En este orden de ideas, se ha querido a través de las presentes líneas proponer diferentes temáticas propias de la contratación estatal que se han consolidado frente al siguiente problema de investigación: ¿de qué manera las actuaciones de la Administración

constituyen un medio adecuado para el cumplimiento del sistema jurídico de los contratos estatales?

Toda investigación en el ámbito de la disciplina jurídica debe responder a las exigencias de las teorías y métodos de investigación para poder aspirar a la riguridad epistemológica. En este sentido, esta obra se propone gestionar, desde un proceso de investigación técnico-metódico, el método de investigación dogmático, ya que este ha pretendido explicar el marco normativo y jurisprudencial de diferentes acciones y omisiones de la Administración en cuanto a los contratos estatales y su sistema jurídico. Adicionalmente, y de conformidad con el contenido del problema planteado, la investigación supuso la aplicación del método correlacional porque tuvo como propósito contextualizar el grado de relación jurídica entre tres variables: la actividad de la Administración, la contratación estatal y el sistema jurídico de los contratos estatales. Los capítulos propuestos en el presente libro responden a investigaciones de carácter cualitativo, como quiera que han logrado una comprensión profunda sobre diferentes temáticas, siempre atendiendo al problema de investigación anteriormente referenciado. Es de importancia resaltar que este manuscrito es producto del proyecto de investigación de la convocatoria Fodein: “La actividad administrativa, elemento necesario para el cumplimiento de los fines del Estado”, gestionado en el marco de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Bogotá).

Ahora bien, en este texto se contextualizan aspectos relevantes de la declaratoria del estado de excepción de emergencia económica, social o ecológica, o constitutivo de grave calamidad pública, identificando si las medidas que tomó el presidente de la República resultan proporcionales y equitativas frente a la situación de anormalidad que la Organización Mundial de la Salud (OMS) identificó como la pandemia de la enfermedad del coronavirus (COVID-19). Como consecuencia de la declaratoria del estado de excepción por parte del Gobierno nacional por la emergencia sanitaria derivada de la COVID-19, se han dictado regulaciones normativas, entre ellas algunas relacionadas con contratos estatales, con el fin de agilizar el procedimiento administrativo para contribuir a la solución de la crisis que se presenta. En tal sentido, se han expedido los decretos legislativos 440 de marzo de 2020 y 537 de abril de 2020, los cuales contemplan regulaciones que parecieran dar mayores prerrogativas a las entidades públicas, pero que, sin embargo, ya estaban previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y en el Código de Procedimiento Administrativo (CPACA). Por tal razón, dichas normas se consideran innecesarias y poco fundamentadas, ya que así no hubieran sido expedidas, las autoridades del Estado ostentaban facultades unilaterales para superar problemas jurídicos en la temática.

Por otro lado, y en el marco del contrato estatal de prestación de servicios, dentro de tantas medidas

emitidas por la declaratoria del estado de excepción, el Gobierno colombiano, privilegiando el principio de buena administración, ha creado ciertas garantías para los contratistas de servicios profesionales y de apoyo a la gestión que, a pesar de las buenas intenciones y de privilegiar el derecho al trabajo, pueden traer algunas consecuencias contrarias al querer del Estado; motivo por el cual también se ha pretendido analizar la influencia normativa de los decretos legislativos 440 y 491 de 2020, emitidos por el presidente de la República, desde el escenario de los contratos estatales de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

Como última temática que desarrolla el presente texto de investigación, y en razón a que la carga tributaria de los contratos estatales ha sido una perspectiva que ha evidenciado poco desarrollo en el contexto de la investigación científica, se proponen algunas reflexiones sobre la práctica permanente de las entidades públicas contratantes de no establecer directrices administrativas frente al conocimiento y cálculo del impuesto al valor agregado (IVA) que aplica al contrato estatal de obra; en este sentido, en el último capítulo se analizarán las principales vicisitudes de orden legal del IVA en el marco del referenciado contrato. Para tal efecto es importante resaltar que las entidades públicas contratantes no hacen efectivo el principio de publicidad en lo referente a las obligaciones tributarias de los contratos que suscriben. Lo dispuesto genera para los contratistas del Estado la falta de conocimiento de los impuestos

que están obligados a pagar por los contratos estatales que legalizan, y como consecuencia de ello, la ausencia de conocimiento sobre el cálculo y las condiciones de aplicabilidad de la carga tributaria.

Las regulaciones contractuales en el estado de emergencia por la pandemia de covid-19: normas innecesarias y poco fundamentadas

CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA

Algunas generalidades

El estado de excepción por la emergencia económica y social producto de la covid-19 ha irradiado el escenario económico, social, político y jurídico del Estado colombiano; en este sentido, y desde la perspectiva jurídica, a través de las presentes líneas se pretende tratar ante la comunidad académica el siguiente problema de investigación: ¿En qué medida las regulaciones contenidas en los decretos legislativos dictados como consecuencia del estado de emergencia por la covid-19 constituyen novedad frente al Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) y al Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo? Lo anterior con la finalidad de determinar si los referenciados decretos legislativos son instrumentos necesarios atendiendo a la normatividad contractual estatal vigente. La respuesta al citado problema de investigación se gestionó a través

de la metodología de investigación cualitativa, aplicando el método de investigación analítico y descriptivo.

La pandemia de la covid-19 ha generado una situación de excepcionalidad que ha irradiado el escenario jurídico, lo que ha motivado en el Estado colombiano la utilización de herramientas establecidas en la ley para superar la crisis.

El Gobierno nacional colombiano declaró el estado de excepción por emergencia económica y social, de conformidad con el artículo 215 de la carta política, el cual permite al presidente de la República, con el apoyo de los ministros de despacho, declarar el referenciado estado de excepción fundamentándose principalmente en hechos sobrevinientes, inhabituales y repentinos, como los que a consecuencia de la covid-19 perturbaron de forma grave el orden económico, ecológico y social. Lo dispuesto anteriormente está en correspondencia con lo previsto en la Ley 137 de 1994, la cual es el marco normativo fundamental de los estados de excepción. Para el efecto, dicha ley desarrolla el artículo 215 constitucional, otorgando 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 superar la crisis generada por la situación de excepcionalidad derivada del coronavirus.

Es importante resaltar que el estado de emergencia 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. En otras palabras, en el sistema jurídico colombiano existe un sustento constitucional y legal para otorgar poderes excepcionales al presidente de la República con el fin de que adopte 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 (Cortés Zambrano, 2013).

Por lo dispuesto en líneas anteriores, el Gobierno colombiano 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, el cual requiere de 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, el Gobierno nacional ha expedido un sinnúmero de decretos legislativos encaminados a solucionar la crisis que se presenta, entre ellos algunos referidos a contratos estatales, que específicamente corresponden a los decretos 440 del 20 de marzo de 2020 y 537 del 12 de abril de 2020, los cuales en su contenido son sustancialmente idénticos.

La regulación contractual emitida en el estado de excepción: normas redundantes por estar previstas en el CPACA

El capítulo IV de la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (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 del CPACA 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 administrativo¹.

¹ De conformidad con el artículo 54 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), se contempla la obligación de las entidades públicas de surtir trámites 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

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 consideran auténticas para todos los efectos legales², reconociéndose la existencia del acto administrativo electrónico (CPACA, art. 57), con las limitaciones que puede generar la exigencia del artículo 166 del CPACA en el sentido de que con la demanda se debe aportar una copia del acto a demandar³.

mismo medio. de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, art. 54).

- ² El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley 794 de 2003, art. 26, establece los eventos en que un documento es auténtico, expresando que se considera como tal el que evidencia 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 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 de publicación, comunicación o notificación y que, con la regulación del Código General del Proceso, dicha copia no tiene

En concordancia con lo dispuesto en líneas anteriores, 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 (CPACA, art. 60), ya que, como lo deja ver el artículo 61 de la mencionada norma, los mensajes de datos pueden enviarse por dichos medios electrónicos; pero además es posible la realización de sesiones virtuales de comités, consejos, juntas, conferencias, llegando hasta 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 establece 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

que ser auténtica, de acuerdo a lo previsto en los artículos 243 y 246 de la Ley 1564 de 2012.

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 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 esa medida, no se necesitaba tal regulación.

Normas sobre sanciones contractuales en el estado de excepción: previstas en el CPACA

El CPACA 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 especial⁴.

El procedimiento sancionatorio puede ser rogado, es decir, a petición de una parte o la contraria se puede iniciar de manera oficiosa por la entidad administrativa;

⁴ 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”.

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 (CPACA, art. 47), 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 consignarán 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 procedentes⁵. 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 mismo en la actuación administrativa (Rodríguez Martínez, 2016).

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 que sean tres o más los investigados o sea necesario practicar pruebas en el exterior, puede ser de hasta sesenta días; circunstancia lógica por tratarse de ese número de investigados y el lugar de la práctica de las pruebas.

⁵ Con el artículo 47 del nuevo CPACA, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.

Para el efecto, se considera 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 con las necesidades probatorias y al criterio del investigador, se podría ampliar dicho periodo (CPACA, art. 48).

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 hábiles⁶, 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

⁶ El artículo 49 del CPACA expresa que el acto que contiene la decisión en el procedimiento sancionatorio pone fin a este, 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.

de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación. (CPACA, art. 49)

El artículo 50 del CPACA 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, la falta de colaboración en la investigación, la renuencia a las órdenes impartidas por las autoridades administrativas y la aceptación de los cargos (CPACA, art. 50).

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, estos comportamientos dan lugar a la aplicación de multas de hasta cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (CPACA, art. 51), con el agravante de que si no se cumple con la obligación es posible imponer multas sucesivas de entre uno y quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes mientras permanezca la omisión (CPACA, art. 51). Esta obligación se refiere al deber de colaborar con la investigación y no al pago de la multa, porque si esto fuera así se estaría contrariando lo consignado en el artículo 90 del CPACA, en cuanto a que la sanción allí prevista se da por el

incumplimiento de obligaciones previstas en un acto administrativo que no sean dinerarias.

Ahora bien, de la lectura de los decretos 417 de 2020, 440 de 2020 y 537 de 2020 se puede concluir sin lugar a equívocos que su contenido reitera 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. La nueva regulación 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 una actuación administrativa a la cual se le aplica el Código de Procedimiento Administrativo, que ya contemplaba la posibilidad que hoy se regula en el CPACA, como se hizo referencia anteriormente con el análisis del procedimiento sancionatorio; por tal razón no eran necesarias esas normas.

Normas sobre la suspensión de procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de los actos de apertura en el estado de excepción: previstas en el CPACA

Es requisito de orden legal que el acto administrativo por el cual se genera la apertura de un proceso de selección de un contrato estatal esté debidamente motivado, lo que supone que en dicho acto jurídico se deben consignar los fundamentos de hecho y de derecho que han movido a la respectiva entidad pública

contratante a proferir la decisión de surtir el trámite de contratación. Dichos fundamentos deben ser de orden técnico, jurídico y presupuestal y, además, han de estar motivados en la necesidad de la celebración del contrato, aspecto que se deriva de los estudios previos y de los pliegos de condiciones, documentos que hacen parte del trámite administrativo de contratación⁷. Todo lo anterior de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1510 de 2013, compilado por el Decreto 1082 de 2015, norma que alude al contenido que debe preverse en el acto administrativo que ordena la apertura del proceso de selección del contratista del Estado (Decreto 1510 de 2013, art. 24).

En el mismo sentido, es importante resaltar que 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. De hecho, las solicitudes previas a través del SECOP que efectúe el futuro proponente no se constituyen como fundamento de adhesión a la voluntad de la Administración, con excepción de los eventos de contratos en las asociaciones público-privadas

⁷ Luis Dávila Vinuesa (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.

de iniciativa privada en que exista interés en dar inicio al proceso de selección (Ley 1508 de 2012, art. 57). En este orden de ideas, la naturaleza jurídica del acto administrativo de apertura de un proceso de selección no es la de un acto administrativo particular, en cuanto a que no está generando derechos en beneficio de terceros, y como consecuencia de ello el cumplimiento del principio de publicidad no se materializa a través de la notificación personal, en razón a que el artículo 30 del Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993), en el numeral tercero, prevé la necesidad de efectuar avisos en aras de invitar públicamente a participar en la licitación. Es de esta manera como se da a conocer el acto que ordena la apertura de un proceso de selección de licitación pública, subasta inversa o concurso de méritos; y así se materializa el cumplimiento del principio de publicidad⁸, el cual es orientador de la gestión contractual.

En este orden de ideas, es procedente criticar la tesis del profesor Rodrigo Escobar Gil (1999), cuando afirma que el acto administrativo que ordena la apertura de la

⁸ Juan Carlos Expósito Vélez (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 que ser incluido en la información enviada a la Cámara de Comercio.

licitación es un acto particular, y como consecuencia de ello se genera una situación jurídica subjetiva entre los posibles proponentes y el Estado, lo que a su vez trae como consecuencia que no sea posible revocar el acto administrativo de apertura sin 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 participar en el trámite de escogencia del contratista (Escobar Gil, 1999). Para el efecto, se considera que el acto que ordena la apertura de un proceso de selección de un contrato estatal crea solamente una expectativa en quienes pretendan participar en dicho proceso, dando lugar solamente a la posibilidad de presentar ofertas, de manera impersonal y abstracta; pero en ningún momento crea una situación jurídica particular entre los futuros proponentes y la entidad pública contratante.

En adición a esto, por el estado de emergencia, y ante la imposibilidad de continuar con los procedimientos de escogencia de los contratistas, los decretos legislativos emitidos por el Gobierno nacional en lo referente a la regulación de contratos estatales previeron que las entidades públicas contratantes podrían suspender los procedimientos en curso; de la misma manera, se consideró procedente 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 hubieran presentado ofertas, porque de haber ocurrido tal situación el procedimiento de contratación debía continuar. Para

el efecto, es importante resaltar que con anterioridad al estado de excepción por la emergencia 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 razones expuestas a continuación.

En cuanto a la suspensión, ya existían normas y criterios jurisprudenciales que la permitían, tal y como lo determina la Ley 1150 de 2007; así mismo, Colombia Compra Eficiente ya lo había contemplado haciendo alusión a la obligación de las entidades públicas contratantes de garantizar el servicio público que se pretende con los correspondientes contratos estatales, como lo hizo en la respuesta a la consulta 4201714000002326, en que dijo: “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” (Colombia Compra Eficiente, 18 de mayo de 2017, p. 1).

En el mismo sentido, y en cuanto a la revocación del acto de apertura, el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 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, cuando dispuso:

En suma, el acto administrativo de apertura puede ser revocado directamente por la administración hasta antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir, 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. (Consejo de Estado, Sentencia 76001233100019980109301(31297))

Lo expuesto en las líneas previas 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, cuando se hace alusión a la posibilidad de revocar el acto de apertura de un proceso de selección, siempre y cuando no se hayan presentado ofertas. A pesar de lo dispuesto anteriormente, se considera que 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.

Adicional a lo ya referido, la posibilidad de revocatoria del acto de apertura se fundamenta en lo previsto en los artículos 93 y ss. del CPACA, que establecen 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”. La posibilidad de revocatoria como consecuencia del estado de emergencia se puede considerar prevista en esta norma, y como consecuencia de ello, atendiendo a la

causal segunda, ha de entenderse que por razones de servicio público se permite la revocación de un acto administrativo; es por ello que no se considera que en este caso se haya consagrado una nueva causal de revocatoria, pues ya está implicada 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; 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 en causal de legalidad.

Normas sobre la contratación de urgencia en el estado de excepción: previstas en el CPACA

El marco normativo de la contratación estatal colombiana prevé la figura de la urgencia manifiesta, la cual se ha constituido como un trámite sumario de contratación y como una excepción a la obligación de las entidades públicas contratantes de dar cumplimiento al principio de libre concurrencia en los procesos de selección para la adjudicación con contratos estatales (Pardo Posada, 2014); esta figura resulta procedente cuando las causas de los estados de excepción y las circunstancias de calamidad, fuerza mayor o desastre, que ameriten atención inmediata, generen la celebración de contratos de forma apremiante (Ley 80 de 1993, art. 42).

La referenciada urgencia manifiesta supone su materialización a través de un acto administrativo, el cual debe motivar las razones que obligan a la

Administración a utilizar dicho mecanismo de selección. La citada fundamentación es de suprema relevancia, como quiera que es objeto de control por parte de la Contraloría respectiva, quien establecerá la existencia de la situación apremiante para la declaratoria de la urgencia y la legalidad en el procedimiento administrativo de celebración del contrato (Ley 80 de 1993, art. 43), 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 (Ley 80 de 1993, art. 42).

La celebración de contratos estatales a través de la urgencia manifiesta posibilita que se haga caso omiso de actuaciones que en circunstancias normales son obligatorias dentro del procedimiento administrativo de selección de un contratista del Estado, como son la existencia de un contrato escrito (Ley 80 de 1993, art. 41) y del certificado de disponibilidad presupuestal; puesto que ante la necesidad apremiante de solucionar la circunstancia de anormalidad se puede prescindir del contrato estatal con la formalidad de escrituralidad (Dávila Vinuesa, 2001) y del certificado de disponibilidad presupuestal⁹. Es de importancia aclarar que se pueden omitir algunos requisitos del contrato de manera transitoria, porque hacia el futuro, en la primera

⁹ El párrafo del artículo 42 del Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) lo permite.

oportunidad que se presente, se deben cumplir, en aras de no desconocer los principios orientadores de la contratación estatal, 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 al requisito de legalidad y al control que corresponde¹⁰.

La Ley 80 de 1993, en los artículos 42 y 43, tipifica la herramienta jurídica de la urgencia manifiesta como una forma de contratación directa en los casos de estados de excepción, y por lo tanto en los estados de emergencia sanitaria como el de la covid-19. A pesar de lo dispuesto en líneas anteriores, los decretos legislativos dictados como consecuencia del estado de emergencia a que nos hemos venido refiriendo, contemplaron la posibilidad de contratación de urgencia para la adquisición de bienes y servicios encaminados 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.

La referenciada reglamentación establecida en los decretos de emergencia no es novedad, porque ya estaba

¹⁰ La Corte Constitucional, en Sentencia C-949 del 5 septiembre de 2001 con ponencia de la Dra. Clara Inés Vargas, reconoció que la declaratoria de urgencia manifiesta es una excepcionalidad.

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 la urgencia manifiesta, esto constituye novedad; pero si el fin de promulgarlos era dar la posibilidad de contratación directa, pues en la mayoría, por no decir en todos, los manuales de funciones de dichas entidades está prevista la contratación directa en caso de emergencia, lo que ratifica lo innecesario de consagrarla de nuevo.

Normas sobre adición de los contratos estatales en el estado de excepción: previstas en el CPACA

De conformidad con los principios orientadores de la contratación estatal, las entidades públicas contratantes están en la obligación de lograr el cumplimiento del objeto contractual de los contratos que suscriban; lo anterior con la finalidad de garantizar la prestación del servicio público que se pretende lograr a través del referenciado objeto contractual. Es por ello que las entidades públicas contratantes deben direccionar y supervisar la adecuada ejecución contractual, aspecto que sin lugar a equívocos se constituye, más que en una competencia o potestad, en una obligación a cumplir por parte de la Administración¹¹.

¹¹ Cuando el artículo 4 de la Ley 80 de 1993 hace alusión a los derechos y deberes de las entidades estatales en el contrato.

Para efectos de lo expuesto en líneas anteriores, la Administración ostenta unas prerrogativas excepcionales en aras de alcanzar el cumplimiento del contrato. Dichas prerrogativas se han denominado cláusulas excepcionales, y son principalmente la caducidad, la terminación unilateral, la modificación unilateral, la interpretación unilateral y la reversión (Ley 80 de 1993, art. 14).

Es importante aclarar que no todos los contratos estatales deben incluir en su contenido las referenciadas cláusulas. Para el efecto, si un contrato estatal ha de estipular cláusulas o potestades excepcionales de acuerdo al artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y dicho acuerdo de voluntades no consagra las mencionadas cláusulas en el contrato, se considera que quedan pactadas así no se prevean expresamente.

Quiere decir lo dicho que hay un primer grupo de contratos en los cuales 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 párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Y existe un tercer grupo de contratos en los que es facultativo entre las partes contratantes incluir en el contenido del contrato las referenciadas cláusulas, como acontece en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

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 se obliga a pactarlas o en los que no se permite.

Para resolver dicho cuestionamiento se deben confrontar dos principios de la contratación del Estado: el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de la habilitación legal; respecto al primero, las entidades públicas tienen la posibilidad de celebrar todos los contratos que estén previstos en el derecho privado (Ley 80 de 1993, art. 32), y celebrar los pactos que considere de su voluntariedad, en tanto estén conformes a la legalidad, al orden público y a las buenas costumbres, ya que este es el sentido del concepto de autonomía de la voluntad en el Estatuto General de Contratación Pública (Consejo de Estado, Sentencia 36054 de 2010).

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 les faculta; 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 (Consejo de Estado, exp. 24715 de 2007).

La confrontación de los dos principios relacionados ha sido resuelta por la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien ha limitado la autonomía de la voluntad

y ha otorgado prelación al concepto de la habilitación legal; y en este sentido ha indicado que en los contratos en que no se haya consagrado en una norma incluir cláusulas o potestades excepcionales, no es posible imponer dichas cláusulas, puesto que en asuntos de trámite administrativo de contratación, las autoridades públicas están circunscritas o restringidas por la legalidad (Consejo de Estado, Sentencia 30802 de 2006), entre otros fundamentos, porque en temas de contratación estatal 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 involucre los consignados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 o en otra disposición específica, se está afectando 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, ambos 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 para 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 4 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 de ciertas prerrogativas para su cumplimiento, que se consagran a título enunciativo en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, ya que las limitaciones se contemplaron expresamente en el parágrafo 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 aquellos 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 los 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 no opere la consagración de una cláusula o potestad excepcional.

Autorizar la inclusión de cláusulas o potestades excepcionales en los contratos en que el legislador no ha manifestado nada de forma clara beneficiaria 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 los contratos que se rigen por el derecho privado, es decir, los de régimen exceptuado, que no aplican el Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993), 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; este criterio 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 presentar ante el juez natural del contrato para que se apliquen sanciones al contratista que es incumplido, lo que perjudica la actividad de servicio público (Consejo de Estado, exp. 45310 de 2014).

En tales condiciones, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 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 mensuales legales vigentes; pero lo que ahora contemplan los decretos legislativos 440 de marzo de 2020 y 537 de abril de 2020 es que los contratos relacionados con las 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.

Atendiendo lo expresado en el párrafo anterior, la posibilidad de adicionar o modificar los contratos por más del 50 % del valor inicial ya estaba prevista con 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 haber intentado hacerlo 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 que se aplica 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 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 y que permitan una mejor gestión y mitigación de la emergencia; pero esto significa o da a entender que son los contratos ya celebrados, es decir, los que vienen de antes de la crisis, por lo que a estos se debe aplicar la regla del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en el sentido de que son susceptibles de incluir potestades excepcionales.

La norma de emergencia prevé, 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 contratos de la misma naturaleza que los celebrados previamente a la crisis y que sirvan para mitigarla o conjurarla; esto determina que no ha 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 dicha 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 (Sarmiento *et al.*, 2017).

Conclusiones

Las nuevas normas emitidas por el Gobierno nacional como consecuencia del estado de emergencia han generado normas inocuas e innecesarias, lo que permite corroborar la poca fundamentación con que cuentan y la falta de conocimiento del Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993).

El Estado colombiano ha emitido varios decretos legislativos para conjurar la crisis derivada de la covid-19 otorgando prerrogativas a las entidades públicas desde el escenario de la contratación estatal. Sin embargo, dichas prerrogativas ya estaban positivizadas en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

En algunos casos, pareciera que el contenido de los decretos legislativos emitidos por la emergencia económica y social, que irradian a la contratación estatal, son normas novedosas, como en el evento de la urgencia manifiesta, la cual desde el marco normativo de la contratación estatal colombiana ha sido un mecanismo de contratación directa que las entidades públicas contratantes han utilizado en aras de garantizar el bienestar general y el bien común.

No es procedente afirmar que como consecuencia del estado de excepción de emergencia económica y social por la pandemia, 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 para efectos de la emergencia derivada de la covid-19 se puede involucrar la referenciada causal en el numeral 2 del artículo 93 del CPACA.

Así mismo, en concordancia con lo dispuesto en líneas anteriores, la consagración de la posibilidad de modificación por más del 50 % del valor de los contratos ha de entenderse referida a todos los contratos en los cuales se pueda incluir la potestad de modificación unilateral determinada en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

Referencias

- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Ley 1437 de 2011. 18 de enero de 2011 (Colombia). D. O. 47956.
- Código de Procedimiento Civil. Ley 794 de 2003. 8 de enero de 2003 (Colombia). D. O. 45058.
- Colombia Compra Eficiente. (18 de mayo de 2017). Respuesta a consulta #4201714000002326. https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/concepto/2018/4201714000002326_-_suspension_de_procesos/4201714000002326_-_suspension_de_procesos-original.pdf
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 30802 de 2006. (C. P. Alier Hernández Enríquez; 30 de noviembre de 2006).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 24715 de 2007. (C. P. Ruth Stella Correa Palacio; 3 de diciembre de 2007).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 36054 de 2010. (C. P. Enrique Gil Botero; 14 de abril de 2010).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 45310 de 2014. (C. P. Ramiro Pazos Guerrero; 20 de febrero de 2014).
- Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 76001233100019980109301(31297). (C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 26 de noviembre de 2014).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-949 de 2001. (M. P. Clara Inés Vargas; 5 de septiembre de 2001).

- Cortés Zambrano, S. (2013) La globalización económica y los derechos humanos. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 8(2), 36-68.
- Dávila Vinueza, L. G. (2001). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Temis.
- Decreto 1510 de 2013 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. 17 de julio de 2013. D. O. 48854.
- Decreto 1082 2015 [Presidencia de la República de Colombia]. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D. O. 49523.
- Decreto 417 de 2020 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. 17 de marzo de 2020. D. O. 51259.
- Escobar Gil, R. (1999). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Legis.
- Expósito Vélez, J. C. (2005). *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*. Universidad Externado de Colombia.
- Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D. O. 41094.
- Ley 137 de 1994. Por la cual se reglamentan los estados de excepción en Colombia. 3 de junio de 1994. D. O. 41379.
- Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la

- Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. 16 de julio de 2007. D. O. 46691.
- Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. 12 de julio de 2011. D. O. 48128.
- Ley 1508 de 2012. Por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas y se dictan normas orgánicas de presupuesto. 10 de enero de 2012. D. O. 48308.
- Pardo Posada, N. (2014) Un recorrido por los derechos colectivos en la jurisprudencia argentina. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(1), 32-49. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/1338>
- Rodríguez Martínez, E. (2016). El pasaje del Estado y el derecho a la postmodernidad. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(2), 11-37.
- Sarmiento, D., Medina, S. y Plazas, R. (2017). Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios. *Via inveniendi et Iudicandi*, 12(2), 101-115.

La declaratoria del estado de emergencia y el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en el marco de la pandemia de covid-19

ODUBER ALEXIS RAMÍREZ ARENAS

Este documento puesto a consideración de la comunidad académica busca conocer los aspectos relevantes de la declaratoria del estado de excepción de emergencia económica, social o ecológica, o constitutivo de grave calamidad pública, identificando si las medidas que tomó el presidente de la República resultan proporcionales y equitativas frente a la situación de anormalidad que identificó la Organización Mundial de la Salud (OMS) como la pandemia de la covid-19.

Quizá este sea el primer estado de emergencia de gran magnitud que se haya presentado en el país y en toda la humanidad, por lo menos en el último siglo, que ha obligado a la mayoría de las naciones a realizar el cierre de sus fronteras, el confinamiento de niños, adultos y personas de la tercera edad, el aislamiento con los seres

queridos, y a todos a reinventarnos en muchos sectores, como el de la educación, el comercio, el turismo, entre otros, a fin de que los Estados, y en particular el colombiano, puedan garantizar la protección de una vida digna y el goce de una buena salud de sus habitantes.

En efecto, las nuevas tecnologías de la información y comunicación son las grandes protagonistas de la situación que la humanidad vive en la actualidad. Gracias a ellas, empleadores y trabajadores del sector público y privado; estudiantes y profesores; profesionales independientes, familias y amigos pueden desenvolverse en sus diferentes actividades, laborales, académicas y familiares, viendo la posibilidad de reinventarse una nueva forma de vida.

Estas situaciones y el buen actuar de la Administración frente a la protección de garantías y derechos de las personas en el estado de emergencia la ponen en primer plano. Hoy más que nunca se habla del Estado como protector de sus habitantes; hay necesidad de Estado y de sus medidas de policía extraordinarias para mitigar la pandemia y hacer frente a la situación de anormalidad existente en estos momentos. La pandemia ha impactado seriamente los fundamentos del derecho administrativo, que debe buscar la satisfacción del principio constitucional de la prevalencia del interés general sobre el interés particular.

Son muchos los temas que renacen con este estado de emergencia y que sin duda deberán ser abordados en espacios académicos y profesionales, como por ejemplo el derecho administrativo en el marco de los

derechos colectivos, en donde, como se ha visto, el hecho de acoger las medidas de manera individual redonda en la salud de los demás, pero también repensar en el derecho administrativo sanitario, que hoy más que nunca es determinante para salvaguardar la salubridad pública del Estado.

Además, el presente documento trata un tema de gran relevancia e interés para más de 230 000 contratistas que tiene el Estado actualmente, y es la aplicación del contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con ocasión de la covid-19, en donde se hacen algunas reflexiones frente a lo que disponen los decretos 440 y 491 de 2020 en lo pertinente a ese tema.

La metodología de investigación empleada es de carácter cualitativo, a fin de lograr un análisis sobre los motivos de la declaratoria del estado de emergencia debido a la covid-19, aunado a una de tantas medidas que ha tomado el Gobierno para salvaguardar y garantizar el empleo frente al contrato de prestación de servicios profesionales. Para ello se hace un análisis y una síntesis de cada uno de los temas, estado de emergencia y contrato de prestación de servicios, en el marco del método de investigación exploratorio.

Frente al interés del trabajo, cabe preguntarse: ¿de qué manera el Gobierno colombiano cumple con los cometidos en la expedición del decreto legislativo por el cual se declara el estado de emergencia y con las medidas tomadas en materia de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con ocasión de la covid-19?

Para el desarrollo de este manuscrito, se abordará en la primera sección la declaratoria del estado de emergencia motivada por la enfermedad del coronavirus (covid-19), en atención a los postulados constitucionales; seguidamente, en la segunda sección se estudiará la implementación de medidas necesarias para la protección de los contratistas de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de las entidades públicas.

La declaratoria del estado de emergencia motivada por la covid-19 en atención a los postulados constitucionales

El pasado 7 de enero de 2020, la epidemia por la enfermedad del nuevo coronavirus (covid-19) fue declarada como emergencia de salud pública de importancia internacional por la Organización Mundial de la Salud (OMS); y el mismo organismo la denominó como pandemia el 11 de marzo de 2020, lo cual llevó a casi todas las naciones del mundo a tomar medidas urgentes a fin de evitar la propagación de este virus en cada uno de sus territorios.

Mucho se ha especulado sobre la procedencia de este virus; unos hablan de la ingesta por humanos de murciélagos, otros dicen que es una presunta creación artificial en un laboratorio, otros creen en un arma biológica propiciada por el Gobierno norteamericano o incluso por la República Popular de China (Teorías del coronavirus..., 8 de abril de 2020); en fin, sin importar la teoría a la que se acoja, lo cierto es que este virus

ha sido la preocupación del mundo entero, a través de sus dirigentes pero también de toda la humanidad en general.

La OMS expidió un comunicado en donde calificó la covid-19 como una pandemia, esencialmente por la velocidad de propagación del virus que la causa y su escala de transmisión, en la medida en que para esa época ya había cerca de 125 000 casos de contagio en 118 países.

En efecto, se trata de una emergencia sanitaria y social mundial que requiere la toma de medidas necesarias e inmediatas por parte de los Gobiernos para garantizar la salud de los habitantes, recomendando principalmente el distanciamiento y aislamiento social, en donde las tecnologías de la información y las comunicaciones se convierten en el instrumento por excelencia para la protección de la vida de las personas.

Siguiendo las fuertes recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Estado colombiano tomó las medidas necesarias en orden a proteger la salud de los nacionales. Así, el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Salud y de la Protección Social, dio a conocer el 6 de marzo de 2020 el primer caso de brote de la enfermedad por coronavirus (covid-19) en el territorio nacional.

El 10 de marzo de 2020, a través de la Resolución 380, el Ministerio de Salud adoptó, entre otras medidas, las preventivas, sanitarias, de aislamiento y cuarentena de las personas que llegaran a Colombia, cuya procedencia fuera la República Popular de China, España, Francia e Italia.

En el marco normativo de la Ley 1753 de 2015, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 385 el día 12 de marzo de 2020, mediante la cual declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus en todo el territorio nacional, con vigencia hasta el 30 de mayo de 2020, adoptando varias medidas con el objeto de contrarrestar la propagación de este virus.

Declaración de emergencia sanitaria y/o eventos catastróficos. El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) podrá declarar la emergencia sanitaria y/o eventos catastróficos, cuando se presenten situaciones por riesgo de epidemia, epidemia declarada, insuficiencia o desabastecimiento de bienes o servicios de salud o eventos catastróficos que afecten la salud colectiva, u otros cuya magnitud supere la capacidad de adaptación de la comunidad en la que aquel se produce y que la afecten en forma masiva e indiscriminada generando la necesidad de ayuda externa.

En los casos mencionados, el MSPS determinará las acciones que se requieran para superar las circunstancias que generaron la emergencia sanitaria y/o eventos catastróficos con el fin de garantizar la existencia y disponibilidad de talento humano, bienes y servicios de salud, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional. Cuando las acciones requeridas para superar dichas circunstancias tengan que ver con bienes en salud, la regulación que se expida deberá fundamentarse en razones de urgencia extrema.

Lo dispuesto en este artículo podrá financiarse con los recursos que administra el Fosyga o la entidad que haga sus veces, o por los demás que se definan. (Ley 1753 de 2015, art. 69)

En vista de la propagación del virus en el mundo y de los primeros casos que se habían dado a conocer en el territorio colombiano, el presidente de la República expidió el 17 de marzo de 2020 el Decreto Legislativo 417 de 2020, en donde declaraba el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por el término de 30 días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública causada por la covid-19.

Es bien sabido que la misma carta de 1991 le ha dado ciertas atribuciones al presidente de la República para que, en casos de guerra exterior, conmoción interior o de emergencia económica, social y ecológica, o que constituyan grave calamidad pública, declare los llamados “estados de excepción” para que, con la firma de todos sus ministros, pueda expedir decretos legislativos a fin de conjurar la situación extraordinaria y volver las cosas al estado de normalidad (Constitución Política de la República de Colombia [Const.], 1991, arts. 212-215).

Es necesario poner en contexto el valor normativo de estos decretos legislativos con el objeto de poder determinar su alcance y contenido, así como saber qué autoridades tienen relación directa en su vigilancia y control.

En cuanto al alcance, los decretos legislativos tienen la misma fuerza vinculante de una ley, de hecho,

son considerados leyes, solo que no son expedidos por el Congreso de la República, sino por el presidente de la República cuando se está frente a un estado de excepción.

Sin embargo, y a pesar de no haberlos expedido, el Congreso de la República, como el órgano encargado principalmente de hacer las leyes según lo dispuesto en el artículo 114 de la Constitución de 1991, tiene a su cargo examinar las causas que determinaron el estado de emergencia y las medidas adoptadas, y deberá pronunciarse expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas, además de otras funciones, tales como la de determinar si le asiste o no razón al presidente de la República para prorrogar el estado de emergencia, o inclusive la de derogar, modificar o adicionar los decretos expedidos por el presidente en el marco de esa situación durante el año siguiente a tal declaratoria.

En lo que respecta al contenido del decreto, este debe estar destinado exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos (Const., 1991, art. 215, inc. 2); de acuerdo con la norma, “estos decretos deben 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” (Const., 1991, art. 215, inc. 3).

En efecto, el presidente de la República debe presentar los motivos y razones por las cuales decide expedir un decreto legislativo, denotando que estas obedecen estrictamente a garantizar el restablecimiento de las

cosas a su estado de normalidad, sin que ello implique aprovecharse de tales facultades extraordinarias para regular otras materias que no tengan relación con las circunstancias que lo llevaron a esta declaración.

Esto significa que el presidente debe demostrar de manera clara, expresa y directa la oportunidad, la necesidad y la conveniencia que llevan a la expedición del decreto legislativo, situaciones que posteriormente serán estudiadas por el Congreso de la República.

De no demostrarse estas circunstancias, el presidente de la República y los ministros serán responsables por la declaración del estado de emergencia, así como también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia (Const., 1991, art. 215, inc. 8).

En lo que respecta a la revisión de constitucionalidad del decreto legislativo por el cual se constituye el estado de excepción, la Corte Constitucional, como guardiana de la norma de normas, y autoridad encargada de revisar si el citado decreto se ajusta o no a la Constitución, declara su *exequibilidad*, en razón a que dicho acto jurídico cumple las condiciones de forma y de fondo para la declaratoria del estado de excepción de emergencia económica y social (Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2020)¹².

¹² La mencionada sentencia ya fue expedida, sin embargo, se mantiene la redacción original en virtud de la intención jurídica de su autor.

Para esto, el Gobierno envió a la Corte Constitucional, al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dictó en uso de las facultades que le da la Constitución para tal efecto (Const., 1991, art. 215, parágrafo).

Frente a los actos administrativos de carácter general que expide el Gobierno nacional en desarrollo de los decretos legislativos, aquellos tendrán un control inmediato de legalidad ante el Consejo de Estado. Estos actos administrativos deben ser enviados dentro de las 48 horas siguientes a su expedición (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [Ley 1437], 2011, art. 136).

Es procedente entonces analizar si el presidente de la República actuó dentro de los contextos y estándares de una buena administración en la expedición del Decreto Legislativo 417 de 2020, por el cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por la enfermedad del coronavirus (covid-19), a pesar de la declaratoria de constitucionalidad emitida por la Corte Constitucional.

Dentro de los presupuestos fácticos —los cuales, según la Corte Constitucional, deben responder a hechos sobrevinientes y extraordinarios que alteren el orden económico, social o ecológico (Corte Constitucional, sentencias C-670 de 2015, C-156 de 2011 y C-216 de 2011)—, el decreto legislativo los desarrolla bajo dos aspectos, el de salud pública y el de orden económico.

En el primero hace mención a las interpretaciones y consideraciones que hizo la Organización Mundial de la Salud, a las estadísticas de contagios y muertes

a nivel mundial y a las medidas preventivas que había tomado también el Gobierno nacional para evitar la propagación del virus.

En lo pertinente al nivel nacional muestra cómo el Gobierno adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del coronavirus y así poder mitigar sus efectos, las cuales se enuncian a continuación:

a. Suspender los eventos con aforo de más de 500 personas (...).

b. Ordenar a los alcaldes y gobernadores que evalúen los riesgos para la transmisibilidad del covid-19 en las actividades o eventos que impliquen la concentración de personas en un número menor a 500, en espacios cerrados o abiertos y que, en desarrollo de lo anterior, determinen si el evento o actividad debe ser suspendido.

c. Ordenar a los establecimientos comerciales y mercados que implementen las medidas higiénicas en los espacios o superficies de contagio y las medidas de salubridad que faciliten el acceso de la población a sus servicios higiénicos, así como la de sus trabajadores.

d. Prohibir el atraque, desembarque, cargue y descargue de pasajeros y mercancías de las naves de pasaje de tráfico marítimo internacional.

e. Ordenar a las administraciones de los centros residenciales, condominios y espacios similares la adopción de las medidas higiénicas en los espacios o superficies de contagio.

f. Ordenar a los jefes, representantes legales, administradores o quienes hagan sus veces a adoptar, en los centros laborales públicos y privados, las medidas de prevención y control sanitario para evitar la propagación del covid-19. Deberá impulsarse al máximo la prestación del servicio a través del teletrabajo.

g. Ordenar a los responsables de los medios de transporte públicos y privados y a quienes lo operen a adoptar las medidas higiénicas y demás que correspondan para evitar el contagio y la propagación del covid-19.

h. Ordenar a las destinatarias de las circulares que han expedido los diferentes ministerios para la prevención del contagio del covid-19, cumplir, con carácter vinculante, las recomendaciones y directrices allí impartidas.

i. Ordenar a todas las autoridades del País y particulares, de acuerdo con su naturaleza y en el ámbito de su competencia, cumplir, en lo que les corresponda, con el plan de contingencia que expida este Ministerio para responder a la emergencia sanitaria por covid-19, el cual podrá actualizarse con base en la evolución de la pandemia.

j. Ordenar a todas las estaciones de radiodifusión sonora, a los programadores de televisión y demás medios masivos de comunicación, difundir gratuitamente la situación sanitaria y las medidas de protección para la población, de acuerdo con la información que sea suministrada por este Ministerio en horarios o franjas de alta audiencia y de acuerdo con los lineamientos del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

k. Se dispondrán de las operaciones presupuestales necesarias para financiar las diferentes acciones requeridas en el marco de la emergencia sanitaria.

l. Ordenar a las EPS, entidades territoriales e IPS facilitar la afiliación de oficio al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la población colombiana y de los migrantes regulares, utilizando los canales virtuales que este Ministerio ha dispuesto.

m. Cerrar temporalmente bares y discotecas. (Decreto Legislativo 417, 2020, §1.A)

De igual manera, muestra el comportamiento de la propagación del virus en cada uno de los departamentos del país, que la probabilidad de infección era del 34,2% del total de la población colombiana, según las estimaciones de la Dirección de Epidemiología y Demografía del Ministerio de Salud y Proyección Social, así como los costos económicos que la atención médica podría demandar.

En cuanto al segundo aspecto, el de los presupuestos fácticos, el decreto establece las posibles afectaciones que dicho brote puede ocasionar en la economía del país, evidenciando que los costos pueden ser de gran magnitud, por cuanto el sistema de salud colombiano no se encuentra preparado, en lo que respecta a su infraestructura, para atender una emergencia de salud de tal magnitud, por lo que exhorta al fortalecimiento inmediato del sistema de salud.

De igual manera, muestra cómo las restricciones impartidas con el decreto van a repercutir en el desempleo de muchas personas, en la medida en que hay un porcentaje bastante alto de trabajadores cuyos ingresos dependen del trabajo diario, y del cual viven sus familias.

También, el decreto hace referencia a la caída de los precios del petróleo, la cual no era previsible en el mes de marzo de 2020 e influyó evidentemente en la economía del país; a la caída del turismo por las mismas medidas tomadas por el Gobierno frente al distanciamiento social y al cierre de aeropuertos para vuelos nacionales e internacionales y otras medidas tendentes a suavizar los efectos de la pandemia, tales como la flexibilización de los pagos de impuestos a cargo de las personas; y a la utilización de recursos financieros ordinarios, los cuales han resultado insuficientes. Por esto, el Banco de la República ha adoptado medidas extraordinarias en función de reforzar la liquidez del sistema de pagos y del mercado cambiario.

El decreto muestra seguidamente las implicaciones financieras a nivel internacional, respecto a lo cual se evidencian las diferentes medidas que se han tomado frente al manejo de la economía global, las expectativas y comportamientos del mercado, con ocasión al deterioro del mercado financiero internacional.

Como se puede evidenciar, los presupuestos fácticos presentados en el decreto obedecen a la imperiosidad de actuar inmediatamente y tomar medidas urgentes de orden sanitario y económico para hacerle frente a la pandemia que se viene propagando en todo el mundo

y que ya ha empezado a tener efectos igualmente en el territorio colombiano. Las motivaciones por parte del Gobierno dan cuenta de la realidad que se está viviendo en el momento, y de que, aunque se han utilizado los medios ordinarios para contrarrestar la situación, esta ha superado los límites que se tienen en estado de normalidad y por eso se hace necesaria la medida extraordinaria del estado de excepción de emergencia, contemplado en el artículo 215 de la Constitución de 1991, en la Ley Estatutaria 137 de 1994 y en la Sentencia C-179 de 1994, la cual declaró la constitucionalidad del proyecto de dicha ley.

Dentro del presupuesto valorativo, el decreto expone los requisitos materiales o sustantivos y el juicio de gravedad de la afectación, aduciendo que la alteración del orden económico, social o ecológico es grave, actual e inminente, y que es de público conocimiento.

En cuanto a la justificación de la declaratoria del estado de excepción, el decreto legislativo dispone que, ante la situación existente, se hace necesario adoptar medidas extraordinarias que permitan conjurar los efectos de la crisis en la que se encuentra la totalidad del territorio nacional.

En efecto, la Corte Constitucional menciona que el juicio de necesidad, con el fin de argumentar la justificación del estado de emergencia, se determina cuando “las atribuciones ordinarias con las que cuentan las autoridades estatales resultan insuficientes para hacer frente a la crisis y por ende se hace necesario recurrir a las atribuciones extraordinarias propias de un estado

de excepción constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia C-670 de 2015).

Frente a las medidas tomadas por el Gobierno nacional para combatir la grave situación, en particular las de tipo económico, menciona el decreto legislativo que se tomarán recursos que están a cargo de la nación y de las entidades territoriales, tales como el Fondo de Ahorro y Estabilización (FAE), el Sistema General de Regalías y el Fondo de Pensiones Territoriales (Fonpet), a título de préstamo.

También se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME) a fin de responder a las necesidades de atención en salud y establecer incentivos para empleadores y trabajadores en búsqueda del mantenimiento del empleo de las personas.

Se autoriza al Gobierno nacional a realizar la entrega de transferencias monetarias extraordinarias a favor de los beneficiarios de programas de contenido social, como Familias en Acción, Protección Social al Adulto Mayor (Colombia Mayor), Jóvenes en Acción, y la compensación del impuesto sobre las ventas (IVA) para los estratos más bajos, esto en pro de mitigar los efectos económicos y sociales generados por la pandemia, entre otras medidas.

Dentro del estudio de constitucionalidad del Decreto Legislativo 417 de 2020, la Corte Constitucional expidió el 24 de marzo de 2020 el Auto 232, en donde avoca el conocimiento de dicha norma y decreta la práctica de ciertas pruebas que fueron solicitadas a la presidencia de la República.

De lo anterior se colige que la toma de decisión por parte del Gobierno nacional con la expedición del decreto legislativo se da de manera correcta, en tiempos razonables, con suficiencia en las motivaciones que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia, que los elementos fácticos y jurídicos esbozados responden a la situación, y que las medidas de salud son coherentes y proporcionales con la necesidad requerida. Lo cual lleva a determinar la buena actuación por parte de la presidencia de la República y de los ministros, que constituyen el Gobierno nacional, por las respuestas oportunas en esta situación de complejidad.

En lo concerniente a las medidas de orden económico tomadas por el Gobierno, sin adentrarnos en discusiones particulares será la Corte la que decida si la toma de recursos de entidades territoriales no resulta una medida contraria al manejo de los recursos públicos y a las potestades en materia de autonomías financieras de los entes territoriales.

La Corte Constitucional consideró ajustadas a derecho las potestades extraordinarias utilizadas por el presidente de la República en el estado de excepción, y como consecuencia de ello manifestó que estas fueron gestionadas con mesura y respondiendo a criterios de equilibrio y proporcionalidad (Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2020). Para el efecto, es importante resaltar que cuando más poder se tiene, más se debe ejercer con ponderación, o como lo dice el profesor español Jaime Rodríguez Arana, que lo repite como un estribillo: “Cuanto más intensa y extensa es la

discrecionalidad, más intensa y extensa debe ser la motivación de los actos administrativos”, en este caso, del decreto legislativo.

La oportunidad y la necesidad de la declaratoria del estado de emergencia no son discutibles, y sin duda ni el Congreso ni la Corte hicieron referencia al respecto, ya que la situación es de público conocimiento. Sin embargo, frente a la formalidad del decreto pudo la Corte hacer algún reparo al respecto.

En términos de Claudia Dangond Gibsone (2020),

a la luz de los presupuestos constitucionales (artículo 215) y legales (Ley Estatutaria 137 de 1994), el Gobierno nacional tenía motivos fundados, suficientes y urgentes para invocar la facultad de declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica. Las razones presentadas en el Decreto 417 de 2020 perturban gravemente y de manera inminente el orden económico, social y ecológico y además constituyen motivo de grave calamidad pública. Pocas veces ha sido tan clara la motivación para utilizar los estados de excepción en Colombia. (p. 23)

La implementación de medidas necesarias para la protección de los contratistas de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de las entidades públicas

Como una de las tantas medidas tomadas por el presidente de la República y sus ministros en el estado de emergencia, y con el fin reglamentar aspectos en materia de contratación estatal y proteger la estabilidad laboral

de los trabajadores-colaboradores del Estado, consagrada en el artículo 25 de la Constitución Política de 1991¹³, se han expedido sendas normativas, también con fuerza de ley, con las que se ha buscado mitigar al máximo el desempleo que se pueda ocasionar con los efectos de la pandemia de covid-19.

En efecto, se han expedido los decretos 440 del 20 de marzo de 2020 y 491 del 28 de marzo de 2020, ambos decretos legislativos, es decir, con control automático por parte de la Corte Constitucional. El primero, por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la pandemia de covid-19; el segundo, también por motivos de urgencia para tomar medidas de protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, entre otros.

Es de resaltar que el estudio de este documento obedece únicamente a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, dejando por fuera los contratos de prestación de servicios administrativos y cualquier otro tipo de contrato estatal.

En ese orden de ideas, el Decreto 440 de 2020 dispone un cambio fundamental en todos los tipos de contratos celebrados por el Estado, en el marco del estado de

¹³ El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

emergencia decretado mediante el Decreto 417 de 2020, toda vez que al tenor del artículo 5 de esa norma se dispuso que las cláusulas excepcionales debían estipularse en todo tipo de contratos, sin importar que el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone que para ciertos tipos de contratos la inclusión de las mismas es obligatoria, que para otros es facultativa y que definitivamente para los de otro tipo, que constituyen la mayoría de los contratos, no se pueden pactar y que si se estipulan se entenderán como no pactadas (Decreto Legislativo 440, 2020, art. 5).

En lo que concierne al contrato de prestación de servicios, la facultad es potestativa en el sentido de que si se estipulan se entienden por pactadas, en caso contrario, no lo estarán. Esto quiere decir que frente a la obligatoriedad del Decreto 440 de 2020 en la imposición de las cláusulas excepcionales a todos los contratos, estaría modificando abiertamente, claro está, mientras dure el estado de emergencia, el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, dentro de la misma normatividad el Decreto 440 de 2020 establece que:

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, podrán adicionarse sin limitación al valor [...]. Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante el término de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica

y durante el término que dicho estado esté vigente. (Decreto Legislativo 440, 2020, art. 8)

La única limitante es la justificación de la necesidad que previamente debe hacer la entidad determinando la forma como los bienes y servicios apoyan la gestión de la emergencia.

Frente a esta disposición, también se modifica la Ley 80 de 1993, y en particular el párrafo del artículo 40, mientras persista el estado de emergencia, toda vez que están prohibidas las adiciones por más del 50% del valor inicial del contrato, sin importar de qué clase sea. Por lo demás, si los contratos no tienen relación con la mitigación del estado de emergencia seguirán las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, con la limitante de la adición hasta el 50%.

Debido a estas situaciones, surge el interrogante de saber si existe la posibilidad de que un decreto legislativo, expedido por el presidente de la República, pueda modificar los mandatos de orden legal en lo que respecta a la contratación pública.

En tratándose de un estado de emergencia, contemplado en el artículo 215 de la norma constitucional, esta disposición le otorga ciertas facultades o poderes al presidente de la República para que pueda legislar cuando se esté en algunos de los estados de excepción (guerra exterior, conmoción interior o emergencia económica, social o ecológica, o que constituyan grave calamidad pública).

En efecto, a pesar de que el artículo 150 constitucional dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes —por medio de las cuales ejerce las siguientes funciones: “1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”, y, en el último inciso de la citada norma: “competente al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”—, el decreto legislativo faculta al presidente de la República para suspender las leyes que le sean incompatibles con el estado de excepción, más que para modificarlas.

En ese orden de ideas, y siempre que la medida tomada por el Gobierno en el marco de un estado de emergencia sea proporcional, equilibrada y tenga conexidad directa con el hecho generador de la declaratoria de emergencia, se pueden suspender normas que le sean contrarias, sin que por ello se puedan suspender los *derechos humanos* ni las *libertades fundamentales*. En todo caso, dice la disposición constitucional, “se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario” (Const., 1991, art. 214, num. 2).

Referente al Decreto Legislativo 491 de 2020, el artículo 16 dispone:

Actividades que cumplen los contratistas de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio las personas naturales vinculadas a las entidades públicas mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de

apoyo a la gestión, continuarán desarrollando sus objetos y obligaciones contractuales mediante trabajo en casa y haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Aquellos contratistas cuyas obligaciones solo se puedan realizar de manera presencial, continuarán percibiendo el valor de los honorarios durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio, previa verificación por parte del supervisor de la cotización al Sistema General de Seguridad Social. Esto sin perjuicio de que una vez superados los hechos que dieron lugar a la Emergencia Sanitaria cumplan con su objeto y obligaciones en los términos pactados en sus contratos.

La declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica y la declaratoria de Emergencia Sanitaria, así como las medidas que se adopten en desarrollo de las mismas no constituyen causal para terminar o suspender unilateralmente los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión celebrados con el Estado.

Parágrafo. Para la recepción, trámite y pago de los honorarios de los contratistas, las entidades del Estado deberán habilitar mecanismos electrónicos. (Decreto Legislativo 491, 2020, p. 16)

Estas medidas garantistas a favor de los contratistas de prestación de servicios profesionales, como personas naturales, recogen el querer y las buenas intenciones presentadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en un documento titulado *La Covid-19 y el mundo del trabajo*, en donde se menciona que:

El mundo del trabajo se ve profundamente afectado por la pandemia mundial del virus. Además de ser una amenaza para la salud pública, las perturbaciones a nivel económico y social ponen en peligro los medios de vida a largo plazo y el bienestar de millones de personas. La OIT y sus mandantes —gobiernos, trabajadores y empleadores— tendrán un papel decisivo en la lucha contra el brote, pues han de velar por la seguridad de las personas y la sostenibilidad de las empresas y los puestos de trabajo. (Organización Internacional del Trabajo, s. f.)

Por esta razón, y en el entendido de ejercer una buena administración, el Gobierno colombiano ha puesto sin duda a funcionar el aparato estatal a favor de la colectividad para preservar su salud y sus vidas, mitigando el riesgo de contagio del virus, y es por ello que, en el marco del principio del Estado social de derecho, el Estado busca proteger los intereses de las personas, y en el caso que se trata, de los contratistas prestadores de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

No obstante, frente a esta disposición del Decreto 491 de 2020 surgen varios interrogantes:

1. ¿Resulta legal pagar la prestación de un servicio que no se ejecutó? Es decir, ¿cómo se fundamenta ese pago sin que a futuro los entes de control puedan venir a investigar y por ende endilgarle una responsabilidad de tipo fiscal, en el caso de las Contralorías, al supervisor del contrato o al ordenador del gasto de la entidad, o un proceso disciplinario para estos mismos funcionarios

ante el Ministerio Público? Ahora, ¿qué pasaría si la Corte Constitucional declarara la inconstitucionalidad de este artículo 16 del Decreto 491 de 2020, en lo referente al pago del contrato sin la debida prestación?

2. Frente a la prohibición de suspensión o terminación unilateral del contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por motivos referidos a la pandemia, ¿solo es para este tipo de contratos? Es decir, ¿aquí no cabe la posibilidad de que cobije los de prestación de servicios administrativos o los celebrados con personas jurídicas?

Antes de entrar a responder a los interrogantes, o por lo menos de intentar dar alguna respuesta, cabe recordar una acotación que hizo el profesor Juan Carlos Expósito Vélez (2020) frente a la redacción del artículo 16, el cual va dirigido al periodo de duración de aislamiento preventivo, lo que es diferente al estado de emergencia, esto quiere decir que todas las medidas tomadas en el marco del Decreto 491 de 2020 operarían única y exclusivamente durante el confinamiento.

Dando alcance al primer interrogante, si se estuviera en un estado de normalidad, existe la prohibición de que las entidades del Estado entren a reconocer mensualmente el pago de un contrato cuya prestación o ejecución no se dio.

Sin embargo, no debemos desconocer que existe una norma de orden legal —porque, como ya se

ha dicho, los decretos legislativos tienen fuerza de ley— que dispone sobre esa excepción de pagarle al contratista de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión el valor del contrato aun cuando este no tenga la posibilidad de ejecutarlo, esto en razón a que la no prestación del servicio no depende del contratista, claro, tampoco de la entidad contratante, pero sí de la situación de fuerza mayor que hace imposible la presencia física del contratista en un lugar determinado para el cumplimiento del contrato.

En efecto, la no ejecución del contrato no es capricho del contratista, aunque se deberá demostrar por todos los medios la imposibilidad de poder desarrollarlo debido al periodo de aislamiento preventivo; este solamente deberá, según lo dispone la norma, acreditar la cotización al Sistema General de Seguridad Social a fin de que el supervisor autorice el pago del contrato.

En este orden de ideas, se puede establecer que el fundamento del pago del contrato no ejecutado es el mandato de orden legal que ordena a las entidades públicas realizar el pago previo cumplimiento del requisito del contratista de acreditar el pago de la seguridad social.

Ahora bien, en lo pertinente a que una vez superados los hechos que dieron lugar a la emergencia sanitaria se contemple la obligación del cumplimiento del objeto y las obligaciones del contrato, resulta mucho más compleja de satisfacer esta pretensión del Decreto 491 de 2020, toda vez que pueden darse dos escenarios:

En el primero, ¿qué pasa si el contrato de prestación de servicios termina por vencimiento del plazo contractual y el confinamiento continúa? En este caso, difícilmente se pueden hacer cumplir unas obligaciones cuyo contrato ya no existe. ¿Cómo se puede obligar a alguien a que cumpla un contrato cuando este ya ha terminado? Tampoco se puede pensar en la garantía de la póliza de cumplimiento del contrato, porque esta tiene una vigencia y es el tiempo de duración del contrato.

Puede ocurrir también que, una vez desaparecidas las circunstancias que llevaron al confinamiento, el contrato aún siga vigente, pero de igual manera existe la dificultad de hacer cumplir las obligaciones pendientes, ya que el contratista debe darle continuidad al contrato.

Lo que se puede constatar es que esta posibilidad es muy difícil de llevar a la práctica, y aunque el espíritu del decreto va encaminado a la protección del trabajo del contratista de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, las dificultades que se presentarán con el cumplimiento *a posteriori* no van a permitir ser eficaces.

La segunda, que podría ser la más práctica, sin que por ello implique que sea la solución perfecta al problema, es la de aplicar las obligaciones derivadas del objeto del contrato por analogía con otras obligaciones que resulten similares o de proporciones iguales, y que efectivamente puedan ser ejecutadas con el teletrabajo, por ejemplo. Claro, esto en el entendido de que se pueda

llevar a cabo esta analogía, porque hay obligaciones cuyo cumplimiento requiere la presencia física del contratista, y entonces difícilmente podría darse tal analogía de obligaciones contractuales.

No obstante, es necesario aclarar que a lo que se puede dar alcance es a las obligaciones o actividades del contrato, mas no al objeto del contrato; en lo pertinente a esto, el Consejo de Estado ha manifestado que no se puede dar una modificación sustancial del objeto del contrato, ya que de presentarse esta situación se estaría frente a un contrato adicional (Consejo de Estado, Sentencia 3761, 2006).

Ahora bien, en cumplimiento del mandato legal del Decreto 491 de 2020, ningún ente de control puede investigar frente al pago de los contratos de prestación de servicios de esta categoría sin ejecutar, porque la obligación del supervisor del contrato y del ordenador del gasto de la entidad es precisamente la de cumplir los mandatos legales y no la de desconocerlos, lo cual sí le acarrearía por lo menos sanciones de tipo disciplinario.

En el entendido de que la Corte llegara a declarar la inconstitucionalidad del artículo 16 del Decreto 491 de 2020, en donde se establece la obligatoriedad del pago sin el cumplimiento de la prestación debida por los motivos expuestos ampliamente en líneas atrás, sin duda debería existir un acuerdo de voluntades entre el contratista y la entidad contratante a fin de que aquel pueda devolver esos dineros, situación que parece también compleja por las mismas circunstancias

del estado de emergencia, o quizá se puede pensar también en un proceso de pago por lo no debido, en el entendido de que nadie puede enriquecerse a costa del Estado. Pero se puede ver entonces que en estos dos casos se desnaturalizaría la intención primigenia del decreto legislativo.

Con respecto al segundo interrogante, sobre la prohibición de suspensión y terminación unilateral del contrato por motivos de la pandemia, es oportuno decir que esta medida es únicamente para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de personas naturales, no jurídicas, porque así lo estableció la norma, ni tampoco frente al otro de tipo de contratos de prestación de servicios, estos es, los de orden administrativo. En otras palabras, y por sustracción de materia, frente a estos últimos sí podría operar la suspensión o terminación del contrato.

Frente a este punto, se debe tener en cuenta que si el contrato se termina, aun dentro del estado de emergencia o durante el periodo de aislamiento preventivo, por cumplimiento del plazo pactado entre las partes, aquí no existe la obligación para la entidad contratante de renovar, adicionar o prorrogar el contrato, toda vez que lo que la norma dispone es que no se puede suspender o terminar por razones inherentes a la covid-19. De esta manera, en tal caso la entidad podrá darlo por terminado si lo considera necesario, resultando en todo caso indemne por su proceder.

Estos interrogantes buscan entender la intención del Estado con la declaración de estos decretos

legislativos, así como analizar los cambios que —frente al contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión— se han dado y que están operando en estos momentos a fin de que exista una seguridad jurídica tanto para la entidad contratante como para el contratista.

Conclusiones

El Decreto Legislativo 417 de 2020, que declara el estado de emergencia económica, social y ecológica o de grave calamidad pública, responde a criterios de ponderación y equilibrio por parte del Gobierno en la toma de decisiones acertadas y rápidas a fin de mitigar la propagación del coronavirus causante de la covid-19.

El cumplimiento de normas constitucionales, a través de los presupuestos fácticos nacionales e internacionales, en contextos de salud pública y de orden económico, así como los presupuestos valorativos y la justificación de la declaratoria del estado de excepción, dan prueba de que la decisión tomada por el presidente de la República fue acertada y oportuna, garantizando los derechos de los habitantes, y el respeto del derecho a la vida, a través de cada una de las medidas que se tomaron, recurriendo al principio de la prevalencia del interés general propio de un Estado social de derecho como el colombiano.

De igual manera, el modelo garantista en la protección de los derechos de los contratistas prestadores de servicios profesionales y de apoyo a la gestión muestra cómo el Estado es también el garante de otros derechos

como el de la permanencia de los trabajadores vinculados a través de este tipo de contrato con el fin de garantizar su sustento y el de sus familias en estos momentos de anormalidad, donde el principio de solidaridad se hace más latente.

Este es sin duda el propósito de la carta política de 1991, cuando le otorga al Ejecutivo ciertos poderes como la posibilidad de expedir decretos legislativos para contrarrestar los efectos nocivos del estado de excepción, garantizando en todo caso el principio de dignidad humana y la protección de derechos y libertades fundamentales de las personas.

Referencias

- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Ley 1437 de 2011. 18 de enero de 2011. D.O. 47.956.
- Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Quinta. Sentencia 3761. (C. P. Darío Quiñones Pinilla; 26 de enero de 2006).
- Constitución Política de la República de Colombia [Const.]. 1991. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-156 de 2011. (M. P. Mauricio González Cuervo; 9 de marzo de 2011).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-216 de 2011. (M. P. Juan Carlos Henao Pérez; 29 de marzo de 2011).
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-670 de 2015. (M. P. María Victoria Calle Correa; 28 de octubre de 2015).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-145 de 2020. (M. P. José Fernando Reyes Cuartas; 20 de mayo de 2020).

Dangond Gisbone, C. (2020). La declaratoria del estado de emergencia a propósito del covid-19. En J. C. Covilla (coord.), *Seis perspectivas del derecho público en tiempos del covid-19* (pp. 5-12). Tirant lo Blanch.

Decreto Legislativo 417 de 2020 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. 17 de marzo de 2020. D. O. 51259.

Decreto Legislativo 440 de 2020 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la pandemia covid-19. 20 de marzo de 2020. D. O. 51262.

Decreto Legislativo 491 de 2020 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del estado de emergencia económica. 28 de marzo de 2020. D. O. 51270.

Expósito Vélez, J. C. (2020). Impacto en la ejecución de los contratos estatales con ocasión de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica. En J. C.

Covilla (coord.), *Seis perspectivas del derecho público en tiempos del covid-19* (pp. 35-46). Tirant lo Blanch.

Ley 1753 de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. 9 de junio de 2015. D. O. 49538

Organización Internacional del Trabajo. (s. f.). La covid-19 y el mundo del trabajo. <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/lang-es/index.htm>

Teorías del coronavirus: ¿arma biológica?, ¿virus remoto con 5G? (8 de abril de 2020). *Redacción Médica*. <https://www.redaccionmedica.com/virico/noticias/teorias-del-coronavirus-arma-biologica-virus-remoto-con-5g-1369>

El contrato de obra pública y el impuesto al valor agregado (IVA)

CAROLINA BLANCO ALVARADO

Algunos antecedentes del IVA en el contrato de obra pública

El nuevo paradigma del Estado social de derecho constituido a partir de 1991 establece nuevas obligaciones para el Estado en aras de lograr la consolidación de sus fines (Saidiza Peñuela y Carvajal Martínez, 2016). Una de las formas en las que se cumplen estas obligaciones es mediante la proyección de políticas públicas y la inversión de los dineros del Estado, con la finalidad de mejorar constantemente la calidad de vida de los ciudadanos, y en especial de los grupos poblacionales que se encuentran en condición de vulnerabilidad (Tirado *et al.*, 2016).

Estas acciones se concretan en lo que se conoce como el Plan Nacional de Desarrollo (PND), en donde se establecen los puntos focales que requieren la atención

del Estado para la promoción y garantía de las condiciones mínimas de subsistencia. A su vez, estas acciones, para poder ser concretadas, requieren de una acción positiva del Estado, que se traduce en la adquisición de bienes y servicios; de ahí la existencia de la contratación pública como herramienta primigenia para la satisfacción de necesidades de la sociedad. De acuerdo con ello, el contrato administrativo se erige como uno de los mecanismos necesarios para concretar la prestación de servicios y la provisión de servicios públicos (Blanco Alvarado y Gómez Patiño, 2016).

Dentro de la tipología de los contratos estatales se encuentra el contrato de obra pública, definido como aquel que celebran las entidades públicas para la realización de trabajos de construcción y mantenimiento de bienes inmuebles de destinación pública. Dicha destinación es la que define el contrato administrativo de obra, y es la que lo diferencia de otro tipo de contratos a los que, aunque se relacionan con el desarrollo de una obra, les aplica otro tipo de normatividad (Millán *et al.*, 2017).

Los impuestos son necesarios para la financiación de la actividad estatal; es por esto que cobra una relevancia significativa contar con una administración tributaria cada vez más fortalecida que realice de manera eficiente la recaudación, la fiscalización y la cobranza de los impuestos inherentes a los contratos estatales, y en especial al contrato de estatal de obra (Rodríguez Cely, 2014).

La construcción es uno de los factores de mayor relevancia en la economía de cualquier país, en razón al número de empleos directos e indirectos que permite generar, y a la cantidad de materiales, maquinaria e insumos que se gestionan a través del contrato de obra; sin embargo, la carga tributaria en Colombia y los cambios establecidos por las leyes tributarias hacen que este sector se vea afectado y su crecimiento disminuya (Humbarita, 2015).

De conformidad con el artículo 1.º del Estatuto Tributario colombiano (Decreto 624 de 1989), la obligación tributaria se constituye en la parte esencial del vínculo jurídico entre el Estado colombiano, por medio de los diversos sujetos de la relación contractual, y los contribuyentes. Es por ello que el mismo Estado es el que ostenta la facultad de exigir de manera coactiva el cumplimiento de la obligación, la cual finaliza una vez se paga el respectivo tributo.

En este orden de ideas, la obligación tributaria se traduce en el pago del respectivo impuesto. Al respecto, se puede entender por impuesto una prestación en dinero al Estado, que este reclama por, entre otros factores, su poder coactivo, en la forma y la cuantía que determina por sí mismo y sin contraprestación al particular afectado en aras de satisfacer las necesidades colectivas, y para garantizar el funcionamiento del Estado. De lo expuesto resulta procedente inferir que los impuestos son un porcentaje de riqueza que se paga al Estado como el único legitimado para su creación y exigencia (Quiroz Villalobos, 2014).

En concordancia con lo dispuesto anteriormente, a través del presente capítulo se pretende identificar la naturaleza jurídica del impuesto del valor agregado (IVA) en el contrato estatal de obra, en orden a determinar la importancia normativa de dicho impuesto en el proceso de selección y ejecución de este tipo de contrato. La respuesta al citado problema de investigación se gestionó a través de la metodología de investigación cualitativa, atendiendo el método de investigación analítico y descriptivo.

Contextualización del impuesto al valor agregado (IVA) en el contrato estatal de obra

El impuesto del IVA es un impuesto al valor agregado al consumo; como consecuencia de ello, se constituye en un gravamen adicional aplicado en el valor de venta de ciertos bienes muebles o por la prestación de servicios.

En Colombia, el IVA es un impuesto de impacto en todo el territorio nacional, que recae sobre todas las causales que constituyen el hecho generador; y es a la vez un impuesto indirecto, ya que la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo no es directa, como quiera que en ella aparece un intermediario, quien se constituye como el sujeto pasivo jurídico o responsable. Adicionalmente, es un tributo real, ya que se genera por la adquisición de bienes y servicios, sin consideración a los sujetos de derecho que intervienen en los hechos económicos que lo generan. Es instantáneo, por cuanto al ser el hecho generador de ocurrencia instantánea la causación del impuesto

se da en forma instantánea también. De otro lado, es un tributo proporcional, por cuanto las operaciones sujetas por el impuesto se gravan con una tarifa fija, sin tener en cuenta la cuantía o magnitud de la base gravable. Para finalizar, es un tributo de carácter objetivo, por cuanto no tiene en cuenta las calidades individuales del sujeto pasivo para la identificación del gravamen; y es regresivo, ya que en el IVA no es importante la capacidad contributiva del sujeto pasivo; en este sentido, la tarifa se aplica en el momento en que se demanda el bien o el servicio (García Garzón y Fino Serrano, 2014).

En el marco del contexto jurídico del IVA existe una clasificación de los bienes y servicios para efectos del impuesto al valor agregado, con distintos efectos cada uno, así:

- Bienes y/o servicios gravados. Los servicios y/o bienes gravados con el IVA son los determinados en el Estatuto Tributario, y estos son generadores de la tarifa general del IVA del 19 % o la tarifa diferencial, según sea el caso.
- Bienes y/o servicios excluidos. Los bienes o servicios que no evidencian la carga tributaria del IVA serán aquellos que por expresa disposición de la ley no causan el impuesto. En cuanto a los bienes excluidos, el listado se encuentra enunciado en los artículos 424 a 428 del Estatuto Tributario, y en cuanto a los servicios, en el artículo 426 del citado Estatuto. Al respecto, y atendiendo la temática de nuestra investigación, es pertinente anotar que de conformidad con el sistema

jurídico colombiano los contratos estatales de obra que suscriban entidades territoriales y/o entidades descentralizadas por servicios circunscritas al orden departamental y municipal estarán excluidos del IVA (Ley 21 de 1992, art. 100), lo cual supone que la exclusión no opera para entidades del orden nacional.

La citada disposición es pertinente para señalar que debe tenerse especial cuidado con el tratamiento tributario diferente que se genera para este tipo de contratos, en razón no a su modalidad (obra), sino a la calidad de los sujetos con quienes se celebra el vínculo contractual. En este entendido, el contratista de obra debe conocer, previamente a la elaboración de su propuesta, la naturaleza jurídica de la entidad territorial y/o las entidades descentralizadas del orden departamental y municipal, para no proceder por expresa disposición de la ley a causar el respectivo impuesto (IVA) en la futura relación contractual, disminuyendo así en un porcentaje significativo su valor contable (Blanco Alvarado, 2015). Al respecto, pese a existir varios pronunciamientos de la Unidad Administrativa Especial DIAN sobre el particular, se condensa lo pertinente en el reciente Concepto 12001 de 2015, así:

Por regla general, los contratos de construcción de inmueble, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 3.º del Decreto 1372 de 1992, son gravados con el impuesto sobre las ventas,

sobre la base de los honorarios o utilidad obtenidos por el contratista. Sin embargo, la Ley 21 de 1992, en su artículo 100, consagra la exclusión del impuesto sobre las ventas para los contratos de obra pública. (Concepto Tributario 12001 de 2015)

La naturaleza jurídica del IVA en los contratos de obra permite determinar que dicho tributo es consecuencia de las actividades en donde el contratista directa o indirectamente edifica sobre bienes inmuebles. Es de relevancia anotar que dicho impuesto también es inherente a aquellas obras intrínsecas a la construcción, como las de electricidad, plomería, cañería, mampostería, drenajes, entre otras. En este sentido, no constituyen contratos de obra generadores del IVA aquellas construcciones de obras o bienes que puedan retirarse fácilmente sin afectar el respectivo inmueble.

Es importante resaltar que, atendiendo al sistema jurídico colombiano, frente a los contratos de obra, por regla general, el IVA se genera sobre la parte de los ingresos correspondiente a los honorarios obtenidos por el constructor, y en caso de no pactarse dichos honorarios se causará sobre la remuneración del servicio que corresponda a la utilidad del constructor (contratista) (Decreto 1372 de 1992, art. 3). En otras palabras, los ingresos de la construcción para efectos de IVA se pueden dimensionar en tres variables: administración, imprevistos, utilidad (que se expresan con la sigla AIU). Es así como la base gravable del IVA corresponde

a la utilidad del constructor, que se debe pactar en el respectivo contrato.

En concordancia con lo dispuesto en líneas anteriores, Moreno Zambrano *et al.* han considerado que

el IVA pagado por bienes o servicios a proveedores de obra no se puede tomar como descontable; bajo esta perspectiva es llevado como un mayor valor del costo. El IVA pagado será descontable si guarda relación directa con los honorarios y la utilidad del constructor, tales como consultoría, revisoría y papelería; es decir bienes y servicios de carácter estrictamente administrativo. (Moreno Zambrano *et al.*, 2017, p. 22)

De conformidad con lo preceptuado anteriormente, también es preciso dar espacio a unas consideraciones relacionadas con el concepto de AIU. Para el efecto, Barrera Coronado y Jiménez Bernal han considerado que si bien no existe norma que regule el tema del AIU, en la contratación estatal dicho factor está incluido en los costos indirectos del contrato de obra y que en la actualidad se ha presentado como costumbre contractual en el contexto de la contratación estatal (Barrera Coronado y Jiménez Bernal, 2012). En este sentido, Rojas López y Bohórquez Patiño (2010) consideran que dicho AIU es necesario en el sector económico de la industria de la construcción, pues es la base para el cálculo del IVA, y en este sentido dicho factor se establece al momento de formalizar los presupuestos de ejecución de obras, ya que los constructores

son gravados sobre la diferencia entre el ingreso obtenido y los costos y gastos asociados.

El referenciado AIU supone

el porcentaje de los costos directos destinados a cubrir: i) los gastos de administración (A), que comprende los gastos de dirección de obra, gastos administrativos de oficina, etc.; ii) los imprevistos (I), que corresponde a un porcentaje destinado a cubrir los gastos que surjan y que no fueron previstos, y iii) las utilidades (U), que corresponde a la remuneración propiamente dicha del contratista por su trabajo. (Moreno Zambrano *et al.*, 2017, p. 22)

Ahora bien, en el marco de los contratos estatales de obra, la determinación de los impuestos se encuentra enmarcada dentro del significado concedido al primero de estos elementos, es decir a la administración (A), en donde además de los gastos de dirección de obra y gastos administrativos de oficina, se deben encasillar también los gastos propios de la carga fiscal asumida por el contratista. Al respecto, es necesario resaltar que la fórmula AIU propia de los contratos estatales de obra no sirve de base para liquidar el impuesto sobre las ventas. Lo dispuesto anteriormente es reafirmado por la DIAN, quien por medio del Concepto Tributario 47566 de 1998 señala que

cuando no se pacten honorarios el impuesto se causará sobre la remuneración del servicio que corresponde a la utilidad del constructor. Para estos efectos, en el respectivo

contrato se señalará la parte correspondiente a los honorarios o utilidad, la cual en ningún caso podrá ser inferior a la que comercialmente corresponde a contratos iguales o similares. (Concepto Tributario 47566 de 1998)

Adicional a lo dispuesto anteriormente, la DIAN señala en otro de sus conceptos que la aplicación del IVA tiene particularidades en cada tipo de contrato de obra. A tal efecto precisó lo siguiente:

Considerando que existe un amplio grupo de actividades a las que resulta aplicable el concepto de construcción, se reitera que en cada caso deben tenerse en cuenta las circunstancias propias del negocio para efectos de la aplicación del IVA, pues en efecto, no es posible confundir una venta con instalación, con un contrato de construcción propiamente dicho. (Concepto Tributario 98765 de 2009)

De otro lado, y de conformidad con el sistema jurídico tributario colombiano, en el marco del contrato de obra se presentan dos hechos generadores del IVA. Uno de estos hechos se da cuando el contratista de la obra es quien fabrica bienes para ser destinados a la misma. Bajo los términos del artículo 421 del Estatuto Tributario, se estaría ante una venta, pues así se consideran

las incorporaciones de bienes corporales muebles a inmuebles, o a servicios no gravados, así como la transformación de bienes gravados en bienes no gravados, cuando tales bienes hayan sido contruidos, fabricados,

elaborados, procesados, por quien efectúa la incorporación o transformación. (Estatuto Tributario, art. 421)

Lo dispuesto en la referenciada norma supone para el contratista de obra que deberá proceder a facturar el IVA sobre el precio total de la respectiva venta, tal y como lo determina el Concepto Tributario 34690 del 14 de mayo de 1998, y como consecuencia de ello el contratista en mención podrá descontar el impuesto pagado en las actividades de producción, compra e importación de los bienes, materiales y elementos requeridos para obtener el bien mueble incorporado a la construcción (Concepto Tributario 34690 de 1998).

El segundo hecho generador del IVA corresponde a la prestación del servicio de construcción propiamente dicho, el cual contempla una base gravable especial, señalada en el artículo 3 del Decreto 1372 de 1992, que supone que el pago por el IVA se gestionará a través de los honorarios del constructor y que si dichos honorarios no se han establecido clara y expresamente, el valor a pagar por IVA se calculará a través de las utilidades del contratista.

Es pertinente aclarar que para efectos del IVA no se consideran contratos de obra estatal aquellas actividades de construcción que no generen alteraciones materiales en la estructura de los bienes inmuebles. Por lo tanto, si el contratista se dedica única y exclusivamente a la instalación y no a la gestión propia de la construcción, independientemente de si asume o no toda la responsabilidad por la realización de la actividad, en dicha

circunstancia el IVA se determina por el valor total de la operación y no sobre la utilidad.

En concordancia con lo dispuesto en líneas anteriores, y de conformidad con la doctrina, sin lugar a equívocos es necesario

diferenciar la construcción de una obra y la realización de reparaciones, resanes, pinturas y otras labores que atienden a la conservación de la obra ya construida. Las circunstancias de la obra señalarán si no se trata de labores de mantenimiento sino de nuevas construcciones, por ejemplo, ampliaciones o transformaciones, realizadas en inmuebles ya construidos. (Millán *et al.*, 2017, p. 45)

En consecuencia, si no se está frente a contratos de construcción, la base gravable se determina por el valor total del contrato, incluyendo materiales, gastos, mano de obra, etc.

Responsables del IVA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 437 del Estatuto Tributario, aplicable a los contratos de obra, los principales responsables del referenciado impuesto son los señalados en los literales a) y c), y en menor medida podrá constituirse como responsable el fijado en el literal b). En este sentido, los principales responsables del tributo en análisis son: “a) Los comerciantes, o quienes si serlo realicen habitualmente actos similares.

b) Los importadores habituales u ocasionales. c) Quienes presten servicios gravados” (Estatuto Tributario, art. 437).

Hechos generadores

En lo relacionado a la aplicación del impuesto al valor agregado (IVA) a contratos de obra pública, tenemos como principales hechos generadores aquellos descritos en el artículo 420 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 173 de la Ley 1919 del 2016, así:

a) La venta de bienes corporales muebles e inmuebles, con excepción de los expresamente excluidos.

[...]

c) La prestación de servicios en el territorio nacional, o desde el exterior, con excepción de los expresamente excluidos.

d) La importación de bienes corporales que no hayan sido excluidos expresamente. (Estatuto Tributario, art. 420)

Causación

De conformidad con la norma tributaria, la causación del impuesto en análisis se genera en los siguientes momentos:

a) En la fecha de la emisión de la factura o documento equivalente y a falta de estos, en el momento de la entrega.

b) En la fecha de nacionalización.

c) En la fecha del hecho que primero ocurra: facturación, terminación y pago o abono en cuenta. (Estatuto Tributario, art. 429)

Base gravable

Para los responsables por el pago del IVA la base gravable ha sido considerada de conformidad con la norma tributaria como: a) “El valor total de la operación. b) El valor total de las mercancías, más los derechos de aduana. c) El valor total de la operación” (Estatuto Tributario, art. 423).

Tarifas

A partir de la Ley 1819 del 2016, en el marco del IVA se aplica una tarifa general del 19% con algunas excepciones señaladas en el título V del Estatuto Tributario. Estas tarifas se determinan atendiendo a las bases gravables generales o especiales de dicho tributo, lo cual permite establecer la cuantía del impuesto.

La Ley 1819 de 2016, en el artículo 192, estableció el régimen de transición tributario de los contratos estatales, indicando para el efecto que la tarifa del IVA será la vigente en la fecha del acto administrativo de adjudicación, o en su defecto en la fecha de suscripción del respectivo contrato. En este orden de ideas, en el evento de adiciones, modificaciones o prórrogas contractuales, será aplicable la tarifa vigente del 19%. En otras palabras, la regla general referida a la tarifa aplicable del IVA es que esta sea la vigente al momento de la causación del hecho generador, con excepción de lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 1819 de 2016, ya que en cuanto la tarifa del IVA en contratos celebrados con entidades públicas esta será la vigente en la fecha del acto

administrativo de adjudicación, o de suscripción del respectivo contrato. Para el efecto, frente al tributo del IVA existe una reciente regulación señalada en el Decreto 1950 de 2017, que reglamenta el artículo 193 de la ley de reforma tributaria (Ley 1819 de 2016), la cual ha considerado que frente a los contratos de obra e interventoría derivados de los contratos de concesión de infraestructura de transporte, el régimen del IVA será el vigente en la fecha de la suscripción del respectivo contrato, lo cual consagra un alivio tributario para las obras de infraestructura vial, pues se mantiene en el 16% y no en el 19%.

El contrato de obra por administración delegada y el IVA

Desde el escenario de la tipología contractual, el contrato de obra por administración delegada supone el hecho de que el contratista, por cuenta y riesgo de la entidad pública contratante, gestiona la ejecución del objeto del contrato; como consecuencia de ello, el contratista asume la responsabilidad por los subcontratos que suscriba y gestione. Dicho concepto es reiterado en el Estatuto General de Contratación estatal colombiano (Ley 80 de 1993), el cual ha previsto que este tipo de contrato supone por parte de la entidad pública contratante la facultad de permitir la ejecución de un contrato de obra por el contratista, quien asume el papel de director técnico, y quien ejecutará el objeto del contrato por cuenta y riesgo de la misma entidad estatal; y en este sentido

el contratista obtendrá como remuneración los honorarios que se acuerden en el respectivo contrato. Por lo anterior, el contratista se encarga de ejecutar la obra respondiendo por su buen resultado, pero es la entidad estatal quien asume los riesgos del contrato y la financiación de la obra.

Al respecto, el artículo 34 del Decreto 836 de 1991 prevé que

en los contratos de administración delegada, el contratante contabilizará los ingresos, costos, deducciones y retenciones en la fuente realizados o efectuados por el administrador delegado, con base en la información que este le suministre al contratante, la cual deberá reposar en la contabilidad del contratante para ser exhibida cuando la administración tributaria lo exija. (Decreto 836 de 1991, art. 34)

De conformidad con el Concepto Tributario 6325 del 5 de febrero de 2014, el cual recopila los conceptos normativos y jurisprudenciales en punto a esta modalidad, se precisa frente al contrato de obra de administración delegada que este permite que el contratista preste al contratante un servicio que se circunscribe fundamentalmente a administrar la obra en nombre de quien lo contrata, y que a la vez dicho contrato se constituye en una modalidad del contrato de mandato. Por lo anterior, el servicio prestado bajo la referenciada modalidad contractual está gravado con el impuesto sobre las ventas, como quiera que no está comprendido dentro de los servicios exceptuados del gravamen.

En este sentido, la base para el cobro del impuesto es a través de los honorarios percibidos por el contratista (Concepto Tributario 6325 de 2014).

De acuerdo con esta perspectiva, y atendiendo al régimen tributario del contrato estatal de obra, frente a esta modalidad específica de contrato de obra por administración delegada se debe proceder con una adecuada interpretación de lo que se consideran gastos relacionados con la prestación directa del servicio. En este sentido, el Concepto Tributario 6325 de 2014, mencionado anteriormente, destaca lo siguiente:

Cuando en virtud de un contrato debe solicitarse reembolso de gastos realizados para el contratante y a su nombre, debe diferenciarse lo que es tal reembolso, de lo que constituye la presentación directa y propia del contrato: este si es materia de facturación por parte del contratista, mientras que la solicitud de reconocimiento y cancelación de reembolso que se haya causado puede formularse mediante otro documento [...]. (Concepto Tributario 6325 de 2014)

En consecuencia, desde el escenario del contrato de obra por administración delegada la base gravable deberá ser fijada claramente una vez se determinen dichos gastos, y así mismo al momento de seleccionar la modalidad de pago debe tenerse la claridad de que en este caso el IVA cuenta con un tratamiento diverso a un contrato de obra por precios unitarios o a precio global fijo.

El contrato de concesión de obra y el IVA

De conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de concesión es aquel que celebran

las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público; o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinado al servicio o uso público; así como también todas aquellas necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio; todo lo anterior por cuenta y riesgo del concesionario y bajo el control y vigilancia de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y en general en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. (Ley 80, 1993, art. 32)

En lo referente al contrato de concesión de obra, y de conformidad con el Concepto Unificado 00001 emitido por la DIAN el 19 de junio de 2003, dicho contrato, desde el escenario tributario, el particular se encuentra frente a varias posibilidades, a saber:

1. La del que asume la construcción y mantenimiento de una obra pública.
2. La del que asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado, relevando a este de dicha carga.

3. La del particular que obtiene una autorización para explotar un bien de uso público. (Concepto Tributario 00001 de 2003)

En cualquiera de los casos citados y establecidos por la DIAN, el concesionario recibe un pago que puede materializarse a través de diferentes prestaciones como derechos, tasas, valorizaciones, o participaciones que se le otorgan por el servicio prestado (Blanco Alvarado y Leudo Paz, 2015, p. 45).

De conformidad con la noción de ingresos no tributarios, se podría concluir que cuando el Estado colombiano opere a través de concesiones no causa IVA, atendiendo lo dispuesto en el marco normativo colombiano en el sentido de que “las tasas, peajes y contribuciones, que se perciben por el Estado o por las entidades de derecho público, directamente o a través de concesiones, no están sometidos al impuesto sobre las ventas” (Decreto 1372 de 1992, art. 10). En otras palabras, la referenciada eximente se predica de tasas, peajes y contribuciones, que no son más que servicios públicos extendidos, y en este sentido dicha eximente no aplica a los servicios prestados por el particular o contratados por el concesionario con terceros, los cuales sí se encuentran gravados con el impuesto al valor agregado IVA, caso en el cual debe tenerse especial atención en su tratamiento (Palomares García y Calonje Londoño, 2015).

A pesar de lo dispuesto anteriormente, y de conformidad con lo expresado por Almudí Cid,

no puede ignorarse que los pagos realizados por los usuarios de las infraestructuras o servicios públicos, que la Ley de Contratos del Sector Público califica como tarifas, podrán llegar a tener naturaleza tributaria en virtud de lo previsto en el artículo 2.2 a) de la Ley General Tributaria. (Almudí Cid, 2008, p. 12)

Dicho precepto establece que se entenderá la procedencia de servicios que pueden dar lugar a la exigencia de una tasa cuando se lleven a cabo por la gestión pública y su titularidad corresponda a un ente público (Ley General Tributaria [España], art 2).

Esto, de conformidad con Almudí Cid, evidencia la arbitrariedad del legislador al configurar el IVA excluyéndolo en el contrato de concesión de obra; y es en este sentido que no se alcanza a vislumbrar una diferencia que permita justificar el diverso tratamiento fiscal que el IVA otorga al concesionario en el contexto del contrato de concesión de obra (Almudí Cid, 2008, p. 12).

Para el efecto, cuando en el contrato de concesión concurren la ejecución de un contrato de obra y la explotación de la misma, dicha circunstancia en modo alguno genera un vacío normativo en la gestión tributaria entre el contrato de obra y el contrato de gestión de servicios públicos (Sänger, 2015). Al respecto, se considera que el contrato estatal de concesión de obras públicas, para efectos tributarios, debería ser considerado como un negocio jurídico tipificado de forma unitaria, ya sea como entrega de obras o como prestación de servicios. Lo dispuesto anteriormente permitiría afirmar que,

a efectos del IVA, existe una prestación única, a pesar de las dos prestaciones que el concesionario realiza para el concedente, las cuales no se pueden fraccionar, como quiera que objetivamente forman una única prestación económica indisociable, cuyo desglose resultaría innecesario y artificial.

Ahora bien, y atendiendo lo dispuesto en líneas anteriores, resulta de interés interrogarse si el contrato de concesión de obra supone la obligación del concesionario de entrega de bienes a favor del Estado o la obligación de prestación de servicios. Lo anterior partiendo de la hipótesis de que el contrato de concesión de obra genera la atribución al concesionario de la explotación de una infraestructura ejecutada (Sänger, 2015).

Al respecto, y de conformidad con lo dispuesto por Patarroyo Rengifo y Benavides Gómez,

se considera que, en un contrato de concesión de obras públicas, en el que se confiere al licitante la facultad de explotar la obra tras construirla, no dará lugar a una verdadera puesta a disposición de la Administración del inmueble objeto del contrato, hasta el momento en que expire la concesión. Será en ese momento, y no antes, cuando la Administración adquiera la plena posesión del inmueble, lo que permite llegar a la conclusión que, durante la ejecución del contrato de concesión de obra, no se produce un traslado de la propiedad de la entidad privada al ente público sino hasta la finalización del mismo. (Patarroyo Rengifo y Benavides Gómez, 2014, p. 34)

Lo anterior genera como consecuencia que el contrato de concesión de obra, para efectos del cálculo del IVA, constituye una prestación de servicios y no una entrega de bienes a favor del Estado. Dicho en otras palabras, expresadas por Almudí Cid,

la construcción no se realiza con el objeto de transmitir la facultad de disposición sobre la obra a la Administración, sino con la finalidad inmediata de afectar la obra construida a la actividad empresarial del concesionario. De este modo, incluso en el supuesto de que se llegase a considerar que administrativamente el ente público es propietario de la infraestructura desde que finaliza la ejecución del contrato, no será posible calificar la citada adquisición como una transmisión que da lugar a una entrega de bienes en el marco del IVA. (Almudí Cid, 2008, p. 12)

Conclusiones

Las fuentes, el objeto, las características, los elementos, los sujetos y demás aspectos inherentes al IVA en el contrato estatal de obra han generado un complejo análisis desde la DIAN y desde el escenario doctrinal.

Las entidades públicas contratantes, de conformidad con el principio de planeación, el cual es orientador en las etapas precontractual y de ejecución contractual, deben gestionar de manera acuciosa todos y cada uno de los riesgos en los cuales se puedan ver inmersos los contratos de obra que requieran suscribir. Para el efecto, es de resaltar que el contrato de obra pública es el que presenta mayores riesgos imprevisibles

que pueden afectar el objeto contractual, lo cual genera la iniciación de procesos litigiosos; por este motivo es importante establecer todos los riesgos al momento de celebrar un contrato de obra, bien sea que se trate de factores externos o internos, como sucede en el caso de la carga fiscal que debe asumir el contratista.

En la actualidad se ha podido evidenciar desconocimiento de la normatividad tributaria en el marco del IVA y en la aplicación correcta de este al momento de la causación del tributo en el contrato estatal de obra. Lo anterior acontece por causa de que no se ha establecido con claridad desde la fase de planeación del contrato un estimativo de los costos que se generan a título de impuestos. Es por ello que resulta pertinente que aquellas entidades que celebren contratos de obra con el Estado discriminen la variada carga tributaria existente en el contrato de obra desde que establecen la estructura de los costos del contrato de obra, así como en el documento de estudios previos y pliego de condiciones; y que dediquen en especial a la carga tributaria por el IVA, y a la forma de hacer el cálculo para el pago de dicho impuesto.

El desconocimiento de la obligación de pago del IVA y de las condiciones legales para cumplirla, que debe acatar el contratista de obra, no es causal de reconocimiento de un mayor valor en el contrato de obra, en tanto es uno de los deberes del contratista conocer la legislación vigente al respecto, y más aún tenerla en cuenta al momento de formular su propuesta económica. Sin embargo, la tecnicidad de la aplicación de este tipo

de impuestos es una carga sumamente gravosa para el contratista, principalmente por el tenor de la norma, los regímenes exceptuados de aplicación tributaria, y la condensación de actividades que implica un contrato de obra. A diferencia del contratista, la entidad contratante, como agente retenedor de los impuestos, sí conoce con certeza incluso antes del proceso licitatorio cuáles son los porcentajes sobre el valor del contrato que deben descontarse. Aún con ello, las entidades del Estado optan solamente por enunciar dentro de sus pliegos de condiciones las obligaciones de conocimiento del contratista al respecto, sin señalar cómo operan estos impuestos.

Se considera imprescindible que, dentro de los estudios previos y los pliegos de condiciones de las entidades públicas, se contemple un acápite detallado relacionado con la carga tributaria del respectivo contrato estatal de obra, indicando clara y expresamente los ítems que deben ser gravados, la modalidad y los porcentajes, así como la discriminación de estos valores.

Referencias

- Almudí Cid, J. (2008). La tributación indirecta del contrato de concesión de obras públicas a la luz de la Ley 30/2007 de contratos del sector público, y de la reciente doctrina de la Dirección General de Tributos. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, 12, 1-20.
- Barrera Coronado, C. B. y Jiménez Bernal, B. C. (2012). Los imprevistos pactados en el A1U y la justificación de su uso por el contratista en los contratos de obra. *Revista Iter Ad Veritatem*, 10, 263-293. <https://revistas>.

ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/564/384

- Blanco Alvarado, C. (2015). La influencia positiva de la CAN en la descentralización territorial colombiana. *Opinión Jurídica*, 14(27), 161-174. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1204>
- Blanco Alvarado, C. y Gómez Patiño, D. (2016). Constitución Política e integración andina desde las nociones de soberanía y democracia. En N.E. Pardo (ed.), *Perspectivas críticas del derecho constitucional colombiano* (pp. 107-126). Universidad Libre.
- Blanco Alvarado, C. y Leudo Paz, H. (2015). La cláusula de renegociación en los contratos de concesión vial. *Revista Republicana*, 19, 171-192. <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/254>
- Concepto Tributario 34690 de 1998 [Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)]. 14 de mayo de 1998.
- Concepto Tributario 47566 de 1998 [Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)]. 19 de junio de 1998.
- Concepto Tributario 00001 de 2003 [Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)]. 19 de junio de 2003.
- Concepto Tributario 6325 de 2014 [Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)]. 5 de febrero de 2014.
- Concepto Tributario 12001 de 2015 [Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)]. 2 de julio de 2015.
- Concepto Tributario 98765 de 2009 [Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)]. 15 de septiembre de 2009.

- Decreto 624 de 1989 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se expide el estatuto tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. 30 de marzo de 1989. D. O. 45.987.
- Decreto 836 de 1991 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se reglamenta la Ley 49 de 1990 y se dictan otras disposiciones. 26 de marzo de 1991. D. O. 39.759.
- Decreto 1372 de 1992 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 6.ª de 1992, el Estatuto Tributario y se dictan otras disposiciones. 20 de agosto de 1992. D. O. 40.550.
- García Garzón, M. y Fino Serrano, G. (2014). Los impuestos territoriales en Colombia y la inequidad social, ¿la voluntad de la clase dominante erigida en ley? *Revista IUSTA*, 41, 61-75. <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2471>
- Humbarita, J. (2015). Derecho constitucional hispanoamericano frente a la realidad institucional, manifiesta divergencia. *Revista IUSTA*, 43(2), 91-118.
- Ley 21 de 1992. Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropia-ciones para la vigencia fiscal del 1.º de enero al 31 de diciembre de 1993. 9 de noviembre de 1992. D. O. 40658.
- Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D. O. 41094.

- Ley 58 de 2003 [Jefatura del Estado (España)]. Ley General Tributaria. 17 de diciembre de 2003. *BOE*, 302.
- Ley 1819 de 2016. Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. 29 de diciembre de 2016. *D.O.* 50101.
- Millán, J., Blanco, C. y Guechá, C. (2017) Los procesos de selección de operadores privados del servicio público de televisión en torno a la libre competencia. En V. Moreno *et al.*, *Justicia constitucional (tomo II)* (pp. 199- 221). Universidad Santo Tomás e Ibáñez. [https:// repository.usta.edu.co/handle/11634/4249](https://repository.usta.edu.co/handle/11634/4249)
- Moreno Zambrano, J., Delgado Giraldo, D. y Bedoya Rincón, M. (2017). *Aspectos tributarios para los contratos de obra pública en Colombia* [monografía de especialización]. Universidad Javeriana.
- Palomares García, J. y Calonje Londoño, N. (2015) Tratados de libre comercio Colombia-Asia: cuestión preliminar y perfiles de negociación. *Revista IUSTA*, 43(1), 17-41.
- Patarroyo Rengifo, S. y Benavides Gómez, P. (2014). Rupturas asignificantes: revisiones críticas en torno al derecho. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(1), 7-31.
- Quiroz Villalobos, M. (2014). Acercamiento a las “oposiciones paradigmáticas” entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. *Revista IUSTA*, 41(2), 77-97.
- Rodríguez Cely, A. (2014) Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 9, (2), 135-175.

- Rojas López, M. y Bohórquez Patiño, N. (2010). Aproximación metodológica para el cálculo del AIV. *Dyna*, 77(162), 293-302. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/dyna/article/view/15895/16732>
- Saidiza Peñuela, H. y Carvajal Martínez, J. (2016). Crisis del Estado de derecho en Colombia: un análisis desde la perspectiva de la legislación penal. *Revista IUSTA*, 44(1), 17-39.
- Sänger, R. (2015) La garantía de la propiedad y el principio de proporcionalidad como límites de la carga tributaria en Alemania. *Revista IUSTA*, 42(1), 73-99.
- Tirado, M., Bedoya, J. y Blanco, A. (2016). Bioética y transhumanidad: hacia una aproximación al consumo de sustancias nootrópicas en el campo académico. En D. Carreño *et al.*, *Bioética y Docencia* (pp. 91-118). Universidad Santo Tomás e Ibáñez. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/1527>

Sobre los autores

Ciro Nolberto Güechá Medina

Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia; doctor en Derecho Administrativo por la Universidad Alfonso X El Sabio; doctor en Filosofía por la Universidad de Salamanca. Abogado por la Universidad Libre (Bogotá). Docente investigador de la Universidad Santo Tomás (Bogotá).

ORCID:

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

CORREO ELECTRÓNICO:

ciroguecha@hotmail.com

Oduber Alexis Ramírez Arenas

Doctor en Derecho Público por la Universidad de Nantes, Francia. Magíster en Investigación de Ciencias Jurídicas, Políticas, Económicas y de Gestión, mención: Derecho Público, especialidad Derecho del Medio Ambiente,

Derecho Económico, Internacional y Europeo, por la Universidad de Nantes, Francia. Abogado por la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Docente investigador de la Universidad Santo Tomás (Bogotá).

ORCID:

<https://orcid.org/0000-0002-8364-4770>

CORREO ELECTRÓNICO:

alexisramirez@usantotomas.edu.co

Carolina Blanco Alvarado

Doctora en Derecho por la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Magíster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Especialista en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad del Rosario. Abogada por la Universidad Externado de Colombia. Docente e investigadora de la Universidad Santo Tomás.

ORCID:

<https://orcid.org/0000-0002-1354-4272>

CORREO ELECTRÓNICO:

ruthblanco@usantotomas.edu.co

Índice temático

A

acto(s) 19, 21, 24-25, 27-33, 31, 38,
44, 47, 57, 58, 66, 94, 96

administrativo(s) 21, 24-25,
27-31, 33, 96

adjudicación 33, 96

Administración 11-14, 22, 28, 31,
34, 36-37, 41, 46, 58-59, 69-70,
72, 84, 89, 91, 97-99, 103-104,
108

administración(es)
delegada 97-99

aislamiento 49, 53, 70-71, 73-74,
77

preventivo 70-71, 73-74, 77

alegato(s)

anormalidad 13, 34, 49-50, 79

B

base 25, 60, 87-91, 93-95, 98-99

gravable 87, 89, 93-95, 99

bien(es) 34-35, 42-43, 54-55,

68-69, 84, 86-87, 89-90, 92-93,
95, 103-104

C

calamidad(es) 13, 33, 49, 55, 66,
69, 78

pública 13, 49, 55, 66, 69, 78

carga tributaria 14-15, 85, 87,
105-106

cláusula(s) 37, 39, 40, 41, 43,
68, 107

código de procedimiento admi-
nistrativo y de lo contencioso
administrativo 20, 22, 45,
58, 79

Colombia 6, 19, 23, 31-32, 39,
45-46, 53, 55, 64, 66, 79-80,
85-86, 108

REFLEXIONES DEL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

- Concepto Tributario 6325
de 2014 98-99, 107
- concesión(es) 97, 99-100,
101-104, 106-107
- confinamiento 49, 73, 75
- conmoción 55, 69
interior 55, 69
- constructor(es) 89-91, 93
- contagio(s) 53, 59-60, 72
- Contraloría 34-35
- contratación 11-13, 17, 23, 27-31,
33-36, 38-39, 41, 43-44, 46-47,
66-67, 69-70, 80, 84, 90, 97,
108
estatal 11-12, 33, 35-36, 39, 44,
46, 66-67, 80, 90, 97
- contratante(s) 14, 28, 30-31, 33,
36-37, 44, 74, 76-78, 97-99,
104, 106
- contratista(s) 14, 22, 27, 30, 44,
51-52, 66-67, 70-72, 78, 80
- contrato(s) 3, 5-6, 8, 11-15, 19, 23,
27-28, 30-44, 46, 49, 51, 67-80,
83-107, 109
de obra 8, 83-85, 90, 92, 97-99,
102, 104-106
de prestación de servicios 49,
51, 68, 70, 73, 75, 78
de prestación de servicios
profesionales 49, 51, 70,
73, 78
estatal 13-14, 27, 30, 34, 37, 67,
86, 99, 102, 104-106
estatales 3, 5-6, 11-15, 19,
30-31, 33-34, 36-37, 80, 84,
87, 91, 96
coronavirus 13, 18, 52-54, 58-59,
78, 81
corte(s) 35, 45, 57-58, 63-67, 73,
76, 79-80
constitucional 35, 45, 57-58,
63-65, 67, 73, 79-80
crisis 13, 18-19, 30, 35, 42-44,
56, 63
- ## D
- Decreto Legislativo 417 de 2020
55, 58, 64, 78, 80
- Decreto Legislativo 491 de 2020
70, 80
- derecho(s) 5, 6, 12, 14, 22, 27, 29,
30, 36, 38, 40, 41, 46-47, 50-51,
65, 67, 70, 72, 78-81, 83, 86, 96,
100-101, 107
administrativo 50-51
privado 38, 41
- Dirección de Impuestos
y Aduanas Nacionales) 107
- distanciamiento 22, 53, 62
- ## E
- economía 61-62, 84
- entidad(es) 13-14, 20, 23, 27-28,
30-31, 33, 36, 38, 40-42, 44,

52, 55, 61, 64-74, 76-78, 80, 84,
87-88, 96-98, 100-101, 103-106
contratante(s) 74, 76-78, 106
pública(s) 13-14, 20, 30-31, 33,
36, 38, 40, 44, 52, 66-67, 70,
74, 80, 84, 96, 104, 106
España 54, 102, 109
estado(s) 8, 13, 17-20, 23, 27,
30-36, 44, 50-58, 63, 65-70,
73, 77-79
de emergencia 8, 17-19, 30, 32,
35, 43, 46, 49-52, 54-58, 63,
65-70, 73, 77-78, 80
económica, social y ecológica
19, 46, 55, 58, 66-68, 78, 80
de excepción 13, 17-18, 20, 23,
27, 31, 33, 36, 44, 49, 56-57,
63, 65, 70, 78-79
Estatuto General
de Contratación de la
Administración Pública
(v. Ley 80 de 1993) 13
Estatuto Tributario 85, 87, 92,
94-96, 108
evento(s) 21, 28-29, 32, 40, 44,
54, 59, 96
catastróficos 54
explotación 100, 102-103

F

fiscal(es) 72, 91, 102, 105-106,
108-109

G

gobierno(s) 13-14, 18-19, 30, 43,
51-54, 57-59, 62-66, 70, 78
nacional 13, 18-19, 30, 43,
53-54, 58-59, 64-66
gravamen 86-87, 98

I

impuesto(s) 8, 14, 62, 64, 83-89,
91, 93-96, 98, 101, 105-108
al valor agregado (IVA) 8, 14,
86, 95
ingreso(s) 26, 62, 89-90, 98, 101
inmueble(s) 84, 88-89, 92-95, 103

L

ley(es) 6, 13, 17-24, 27-29, 31-47,
54-56, 58, 63, 66-70, 74, 79, 81,
85, 87-88, 95-97, 99-102, 106,
108-109
de prestación de servicios
Ley 80 de 1993 13, 17, 29, 31,
33-44, 46-47, 68-69, 97, 99, 108
libertad(es) 70, 79
licitación 29-30

M

marco(s) 12-14, 18, 33, 44, 49-51,
54, 56, 61, 67, 70, 72-73, 80, 87,
91-92, 96, 101, 104-105

REFLEXIONES DEL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

- normativo(s) 12, 18, 33, 44,
54, 101
- medio(s) 6, 11-12, 20-23, 27, 40,
46, 60, 63, 70, 72, 74, 85, 91,
109
- electrónicos 20, 22-23, 27
- ministerio(s) 53-54, 60-61, 73
- mitigación 43, 64, 68-69
- multa(s) 26
- N**
- norma (s) 8, 13, 17, 20, 22-25,
27-28, 31-33, 36, 38-40, 42-44,
47, 56-57, 64, 68-70, 73-74,
77-78, 90, 93, 95, 106
- innecesarias 8, 17
- normalidad 55, 57, 63, 73
- normatividad 17, 68, 84, 105
- O**
- obligación 20-21, 26, 31, 33, 36,
67, 74, 76-77, 85, 103, 105
- orden 11, 14, 18, 27-29, 38, 40, 53,
58, 62-63, 65-67, 69-70, 73-74,
77-78, 85-86, 88, 96
- económico 18, 58, 63, 65-66,
78
- legal 14, 27, 69, 73-74
- Organización Mundial de la
Salud (OMS) 13, 49, 52-53
- P**
- pago(s) 26, 62, 71-74, 76-77, 85,
93, 95, 99, 101, 105
- pandemia 8, 13, 17-18, 35, 44,
49-50, 52-53, 60, 62, 64, 67,
72-73, 77, 80
- persona(s) 20, 24-25, 32, 49-50,
53, 59, 62, 64, 67, 70-73, 77,
79, 100
- jurídica(s) 73
- natural(es) 24-25, 70-71, 77
- población 59-61
- poder(es) 12, 18-19, 43, 55, 59, 65,
69, 74, 79, 84-85
- potestades excepcionales 37,
39, 41, 43
- presidente 13-14, 18-19, 49, 55-58,
65-66, 69-70, 78
- de la República 13-14, 18-19,
49, 55-58, 65-66, 69-70, 78
- prestación de servicios 13-14,
34, 37, 49, 51-52, 66-68, 70-71,
73-78, 80, 84, 86, 95, 102-104
- principio(s) 14, 28-29, 33, 35-36,
38-40, 50, 72, 78-79, 104
- procedimiento(s) 13, 17, 20-27,
29-31, 34, 36, 41, 45, 58, 79
- administrativo(s) 13, 20-23,
27, 30, 34, 45, 58, 79
- sancionatorio 23, 25-27

proceso(s) 12, 21, 27-33, 44-45, 72,
77, 86, 105-106, 109, 113
propagación 52-55, 59-61, 78, 113
protección 34, 50, 52-54, 60, 64,
66-67, 75, 78-80, 113

R

regulación 20-23, 25, 27, 30,
38-39, 42-43, 55, 96, 113
revocatoria 27, 30-33, 44, 113

S

salario(s) 26, 42, 113
mínimo(s) 26, 42
salud 13, 49-55, 58-59, 61, 64-65,
72, 78, 113
sanción 24-26, 47, 113
seguridad 61, 71-72, 74, 78, 113
social 61, 71, 74
servicio(s) 13-14, 31-37, 41-43, 49,
51-52, 54, 59-60, 66-78, 80,
84, 86-89, 90-95, 98-104, 109,
112-113
público(s) 31, 33-34, 36, 41-42,
100, 109
sistema(s) 3, 5-6, 11-12, 19-20, 46,
61-62, 64, 71, 74, 87, 89, 92, 114
jurídico 3, 5-6, 11-12, 19, 87,
89, 92
sujeto(s) 85-88, 104
pasivo(s) 86-87

T

tarifas 96, 100-101, 114
tecnología(s) 50, 53, 60, 71, 114
territorio(s) 19, 46, 52-55, 58, 63,
80, 86, 95, 114
nacional 19, 46, 53-55, 58, 63,
80, 86, 95
trabajadores 50, 59, 62, 64, 67,
72, 79, 114
trabajo(s) 14, 51, 62, 67, 71-72, 75,
81, 84, 91, 114
trámite(s) 20, 22, 24-28, 30, 33,
35, 39, 71, 114

U

urgencia 33-36, 44, 55, 67, 80, 114
manifiesta 33-36, 44

V

valor(es) 8, 14, 21, 42, 44, 55,
68-69, 71, 74, 83, 86-88, 90,
93-96, 101, 105-106, 112, 114
venta(s) 64, 86, 88-89, 91-93, 95,
98, 101, 114
virus 52-55, 59, 61, 72, 81, 114

Índice onomástico

B

Barrera Coronado, Betsy Johana

90

Benavides Gómez, Paola Andrea

103

Bohórquez Patiño, Natalia

Andrea 90

Blanco Alvarado, Carolina 84,

88, 101

D

Dangond Gibsone, Claudia 66

Dávila Vinuesa, Luis 24, 38

E

Escobar Gil, Rodrigo 29, 30

Expósito Vélez, Juan Carlos

29, 73

J

Jiménez Bernal, Camilo Ernesto

90

M

Moreno Zambrano, Álvaro José

90, 91

P

Patarroyo Rengifo, Santiago 103

R

Rodríguez Arana, Jaime 65

Rojas López, Miguel David 90

COLEC-
CIÓN
440

SERIE
DERECHO

ESTA OBRA SE TERMINÓ
DE EDITAR EN DICIEMBRE
DE 2020, A LOS 440 AÑOS DE LA
FUNDACIÓN DE LA UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS DE COLOMBIA

EDICIONES
USTA



SERIE
DERE-
CHO

En este libro se busca establecer si la Administración, a través de los contratos estatales, se ha constituido en un medio adecuado para el cumplimiento del sistema jurídico que rige este tipo de contratos. Así, se pretende identificar fortalezas y debilidades de la Administración en la aplicación del sistema jurídico colombiano en el escenario de la contratación estatal.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

