

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA NORMATIVIDAD ADOPTADA EN TIEMPOS DE PANDEMIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL¹

Mónica Yurany Gamboa Gómez²

RESUMEN

La contratación estatal en Colombia se encuentra reglamentada mediante un Estatuto General de Contratación Pública que establece los lineamientos legales para la adquisición de bienes y servicios. Sin embargo, la declaratoria de Pandemia COVID – 19 realizada por la OMS en el año 2020, generó la necesidad de llevar a cabo múltiples adecuaciones normativas por parte del Gobierno Nacional, con el fin de controlar y mitigar sus efectos. Uno de los mayores cambios fue en materia de contratación estatal, donde el Estado promulgó una serie de normas que agilizaron los procesos para la adquisición de bienes y servicios que, en condiciones normales, debían ser sometidos a largos procesos y trámites.

En razón de esta situación, el presente artículo tiene por objeto analizar las nuevas normas emitidas por el Gobierno Nacional en virtud del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, declarado mediante el Decreto No. 457 de 12 de marzo de 2020, en el marco de la contratación estatal, con el fin de identificar las ventajas y desventajas que han generado para los procesos de adquisición de bienes, obras y servicios para el Estado. Este análisis se realiza mediante una metodología socio-dogmática, que propone estudiar el ordenamiento jurídico de cara con la jurisprudencia, utilizando para ello también casos concretos de contratación donde sean usadas las nuevas disposiciones, permitiendo determinar los beneficios de las normas para la mitigación y control de la pandemia, así como la implementación de nuevas medidas que regulan la contratación estatal en Colombia.

¹ artículo de reflexión

² abogada universidad santo Tomás, especialista contratación estatal universidad santo Tomás, seccional Tunja.
Email Mónica.Gamboa@usantotomas.Edu.co

PALABRAS CLAVE

Contratación Estatal, Urgencia Manifiesta, Procesos de Selección, Pandemia.

ABSTRACT

State contracting in Colombia is regulated by a General Statute of Public Procurement that establishes the legal guidelines for the acquisition of goods and services. However, the declaration of the COVID-19 Pandemic made by the WHO in 2020, generated the need to carry out multiple regulatory adjustments by the National Government, in order to control and mitigate its effects. One of the biggest changes was in the matter of state contracting, where the State promulgated a series of regulations that streamlined the processes for the acquisition of goods and services that, under normal conditions, had to be subjected to lengthy processes and procedures.

Due to this situation, the present article aims to analyze the new regulations issued by the National Government by virtue of the State of Emergency, Economic, Social and Ecological, declared by Decree No. 457 of March 12, 2020, within the framework of state contracting, in order to identify the advantages and disadvantages that they have generated for the processes of acquisition of goods, works and services for the State. This analysis is carried out through a socio-dogmatic methodology, which proposes to study the legal system in the face of jurisprudence, also using specific contracting cases where the new provisions are used, allowing to determine the benefits of the rules for mitigation and control of the pandemic, as well as the implementation of new measures that regulate state contracting in Colombia.

KEY-WORDS

State Contracting, Manifest Urgency, Selection Processes, Pandemic

[Tabla de contenido](#)

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5

III. PROBLEMA.....	6
IV. JUSTIFICACIÓN.....	6
V. OBJETIVO GENERAL:	7
VI. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:	7
VII. METODOLOGÍA	7
VIII. MARCO TEÓRICO.....	8
1. ANTECEDENTES DEL ESTADO DE EMERGENCIA GENERADO POR LA PANDEMIA COVID-19	8
2. ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL: NORMAS PERMANENTES Y ANTERIORES A LA PANDEMIA.....	10
3. NORMAS ALTERNAS PARA DAR FRENTE A LA PANDEMIA COVID-19.	16
Decreto No. 440 de 20 de marzo de 2020	17
Decreto No. 537 de 12 de abril de 2020	21
Directiva No. 016 de 22 de abril de 2020 de la Procuraduría General de la Nación	25
Circular No. 06 de 19 de marzo de 2020 de la Contraloría General de la Nación	27
4. CASOS DE INTERÉS	28
Contrato No. 1023 de 2020 suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y El Cóndor prefabricados SAS.....	28
Concurso de mérito abierto SP-CMA-001-2020 – Dto. Magdalena / Zona Bananera	32
Contrato No. 0198 de 2020 suscrito entre la Gobernación del Chocó y la Fundación Chocó saludable.....	34
IX. CONCLUSIONES: VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS NORMAS EXPEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL DURANTE COVID-19	37
REFERENCIAS	40

I. INTRODUCCIÓN

La declaración del estado de emergencia a nivel mundial por la pandemia del COVID-19 se originó en las comunicaciones oficiales de la Organización Mundial de

la Salud en enero de 2020, cuando se identificó una nueva enfermedad que amenazaba con expandirse por todo el mundo (OMS, 2020). En atención al aumento de casos y al acelerado contagio en las diferentes regiones del mundo, el 11 de marzo de 2020, la OMS declaró como PANDEMIA la enfermedad del COVID 19, y puso en alerta máxima a todos los gobiernos del mundo, emitiendo un PLAN ESTRATÉGICO DE PREPARACIÓN Y RESPUESTA (OMS, 2020).

En atención a las directrices emitidas por la OMS, el Gobierno Nacional mediante el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020, a través de la cual declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional y estableció las medidas sanitarias pertinentes con el fin de prevenir y controlar la propagación de COVID – 19, y mitigar sus efectos. Esta medida, se vio respaldada posteriormente, con la declaración de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional establecida por el Decreto No. 417 del 17 de marzo de 2020, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales.

En atención a lo anterior y teniendo en cuenta que la administración pública tiene el deber de atender con diligencia el estado de emergencia, el Gobierno Nacional detectó la necesidad de crear disposiciones en materia de contratación, que permitieran desarrollar los negocios estatales con arreglo en las disposiciones previstas en el Artículo 215 de la Constitución Política y los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993, contentivos de las situaciones de urgencia manifiesta en los que las autoridades administrativas se ven facultadas para adelantar procesos de contratación en condiciones especiales.

Bajo este entendido y con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia, las normas expedidas reforzaron la necesidad de establecer disposiciones taxativas orientadas a establecer medidas de bioseguridad, tales como, trabajo en casa para las autoridades públicas y privados que cumplan funciones públicas; notificación o comunicación de actos administrativos por medios electrónicos; firma de actos, providencias y decisiones, digital, digitalizada o escaneada; aplicación de normas

de Derecho privado para la Adquisición en el mercado internacional de equipos, bienes y elementos médicos para mitigar el COVID-19; audiencias públicas y subasta inversa a través de medios electrónicos; suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de los actos de apertura en caso de requerirse recursos para atender las situaciones relacionadas con la pandemia; compra por catálogo derivado de los Acuerdos Marco de Precios vigentes y dispuestos en la Tienda Virtual del Estado Colombiano de Colombia Compra Eficiente; y, el uso del instrumento de agregación de demanda de grandes superficies para la adquisición de bienes relacionados con la emergencia.

Finalmente, la contratación directa por urgencia manifiesta para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del Coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud. Lo anterior con la particularidad que, con ocasión de la declaratoria de estado de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de Protección Social y en los términos del artículo 42 de la ley 80 de 1993, se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales. Todas estas medidas, obedecieron a las recomendaciones de autoridades internacionales para mitigar los efectos de la pandemia, generando procedimientos mucho más ágiles y expeditos, ante la urgencia en adquirir bienes, obras o servicios, como se manifiesta en las consideraciones del decreto 440 de 2020.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las contrataciones públicas en Colombia dependen de variables como las entidades, las necesidades, las modalidades de contratación, los contratistas, las formalidades propias para cada contrato y los rigurosos procesos a los que deben ser sometidos en virtud de lo establecido a través de la Ley 80 de 1993 y sus reglamentaciones, es por ello que se debe analizar cómo éstas se han desarrollado en tiempos de pandemia, toda vez que aun en Estados de Emergencia se debe

salvaguardar los principios generales de la función pública y gestión fiscal, especialmente los principios de transparencia, responsabilidad y de selección objetiva, que deben regir en todos los procesos de contratación.

III. PROBLEMA

¿Cuáles son los beneficios y desventajas de las medidas que se han adoptado para la contratación pública en Estado de Emergencia por COVID-19, en lo que atiende especialmente a la intensificación en el uso de modalidades como la contratación directa y uso de herramientas tecnológicas para los procesos de adquisición y suministro de bienes y servicios?

IV. JUSTIFICACIÓN

En razón a esta situación, la presente investigación se sitúa en el marco normativo de contratación estatal creado con ocasión a la pandemia del COVID – 19, con base a esta situación y la legislación existente se pretende abordar el estudio con una hilo conductor que permita:

- i)* Describir las medidas transitorias de contratación en Colombia creadas en atención a la Pandemia, realizando la comparativa directa con el Estatuto General de Contratación permanente e identificar no solo las diferencias y los casos que nos interesan para el desarrollo de los objetivos.
- ii)* Aunado con el ítem anterior luego de analizar los casos específicos en donde han sido aplicadas las normas, proseguirá determinar los beneficios y desventajas de una modificación de este tenor y las implicaciones que puedan llegar a derivas positiva como negativamente la adopción de medidas en la sociedad colombiana, para finalmente,
- iii)* Determinar la pertinencia de las medidas adoptadas por parte del Gobierno Nacional, a través del análisis crítico de casos concretos, con el objetivo apreciar la manera en la cual la influencia y la aplicación

de estas políticas de Estado pudieron o no garantizar lo que en un principio se buscó.

V. OBJETIVO GENERAL:

Analizar las ventajas y desventajas de las normas expedidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia declarado en Colombia con ocasión de la pandemia derivada por el COVID-19.

VI. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Realizar un análisis normativo del Estatuto General de Contratación Pública: Decretos Nos. 440 y 537 de 2020 y su respectivo control de constitucionalidad, junto con la Directiva No. 016 de 2020 de la Procuraduría General de la Nación, con relación a la modalidad de contratación directa por urgencia manifiesta.
- Analizar la aplicación práctica de las normas adoptadas por el Gobierno Nacional en materia de contratación estatal frente a la pandemia COVID-19 en los siguientes contratos:
 1. Contrato No. 1023 de 2020, (El Cóndor Prefabricados S.A.S. – Instituto de Desarrollo Urbano – IDU).
 2. Concurso de Mérito Abierto No. SP-CMA-001-2020 (Departamento del Magdalena / Zona Bananera).
 3. Contrato No. 0198 de 2020 (Fundación Chocó Saludable – Gobernación del Chocó).

VII. METODOLOGÍA

El presente artículo es un artículo de investigación reflexivo, desarrollado mediante el método de investigación cualitativo con un enfoque analítico-descriptivo, en el que se tomará como base cada uno de los objetivos acá planteados y con ellos se plantea y determina las estrategias junto con una técnica de recolección de información documental.

Fuente: textos escritos: constitución política de Colombia, libros, publicaciones, revistas, proyectos de ley, información electrónica, sentencias, entre otros.

Técnica: Análisis documental.

El desarrollo temático será realizado a través del análisis de la Ley 80 de 1993, los Decretos Nos. 440 y 537 de 2020, junto con su respectivo control de constitucionalidad, así como de la Directiva 016 de 2020 de la Procuraduría General de la Nación, haciendo especial énfasis en el desarrollo de los procesos de contratación mediante los mecanismos dispuestos en cada una de las normas mencionadas. En efecto, el propósito del análisis casuístico será efectuado con miras a determinar si dichos mecanismos han sido efectivos y si podrían, eventualmente, permanecer aun cuando haya finalizado la declaratoria de pandemia.

En este orden de ideas, analizar la legalidad y ejecución de los procesos de contratación, verbigracia: contratación directa, originados por la necesidad manifiesta de atender la crisis, permitirá identificar las ventajas y desventajas de las medidas adoptadas para atender la emergencia en lo que respecta a la adquisición de bienes, obras y servicios, realizando el seguimiento concomitantemente con la Directiva No. 016 de 2020 emitida por la Procuraduría General de la Nación, que precisa la prevención de riesgos en los procesos de contratación y las medidas de control en el marco de la pandemia. Finalmente, las conclusiones a las que se pretende llegar en el presente documento implican la determinación de las ventajas o desventajas de las normas aquí estudiadas.

VIII. MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES DEL ESTADO DE EMERGENCIA GENERADO POR LA PANDEMIA COVID-19

Tras la declaratoria de pandemia por brote de COVID-19 en todo el planeta por parte de la Organización Mundial de la Salud – OMS, todos los países alrededor del mundo han debido adaptarse a las nuevas condiciones de vida en la que se le exige a todos los habitantes cuidarse de la propagación y contagio del virus. Todos los ámbitos de la vida social, desde las relaciones interpersonales hasta las económicas y laborales, han debido modificarse y ajustarse a las nuevas formas de relacionamiento a través de plataformas digitales a fin de evitar el contacto y respetar el distanciamiento.

Las recomendaciones dadas por la Organización Mundial de la Salud han sido de público conocimiento y han adquirido en los distintos países carácter de normas rectoras para salvaguardar el derecho a la salud de todos los habitantes. Para ello, en Colombia se han adoptado una serie de medidas a lo largo de todo el territorio nacional, que implican protocolos de bioseguridad y nuevas formas de continuar con las actividades económicas tanto en los sectores públicos como privados.

En este sentido, el Presidente de la República ha expedido Actos Administrativos con fuerza de Ley como el Decreto No. 417 de 17 de marzo de 2020, por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional; el Decreto No. 457 de 22 de marzo de la misma anualidad, por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público; y hasta la Directiva No 02 de 2020, contentiva de las medidas para atender la contingencia generada por el COVID-19 a partir del uso de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones.

A través de las disposiciones mencionadas, el ejecutivo pretende hacer frente a la Pandemia por COVID-19, dictando lineamientos claves para el mantenimiento del orden económico y social, respetando las medidas necesarias como el distanciamiento y el aislamiento preventivo obligatorio. Entre dichas medidas se encuentran los mecanismos de contingencia en relación con los posibles impactos en la salud de personas que pueda generar el COVID-19 coronavirus, atendiendo

especialmente la garantía de la prestación del servicio público y el acceso al trabajo mediante directrices como: *i)* el trabajo en casa mediado por las TICS, *ii)* la reducción de las reuniones presenciales en grupo, *iii)* el uso de canales virtuales institucionales, transmisiones en video y redes sociales, *iv)* las herramientas tecnológicas para la comunicación, *v)* los trámites a través de medios digitales, *vi)* entre otros.

En este orden de ideas, uno de los enfoques que tuvo que atender el Gobierno Nacional para la garantía del servicio público fue la adopción de medidas en materia de contratación estatal para la adquisición de bienes y servicios en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado internacional de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus – COVID19, todo lo cual se logró a través de actos administrativos como el Decreto 537 de 12 de abril de 2020, el Decreto 544 del 13 de abril de 2020 y el Decreto No. 440 del 20 de marzo de 2020.

2. ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL: NORMAS PERMANENTES Y ANTERIORES A LA PANDEMIA

De acuerdo con la Constitución Política, Colombia es un Estado social de Derecho, con fines esenciales como servir a la comunidad, promover la prosperidad, garantizar la efectividad de los preceptos constitucionales, facilitar la participación ciudadana, defender la independencia, asegurar la convivencia y mantener la vigencia de un orden justo. Para el cumplimiento de estos fines, el Estado celebra múltiples contratos con particulares, en los que se ejecutan obras y se adquieren bienes y servicios por parte del Estado, y se generan utilidades para los contratistas. (Gorbaneff, 2003)

Teniendo en cuenta los lineamientos constitucionales, se entiende que la contratación tiene un carácter esencial para el cumplimiento de los deberes del Estado con los administrados, por tanto, debe atender al interés general de la

sociedad colombiana, lo que indica que debe estar enmarcado por la constitucionalidad y la legalidad orientada al bienestar social.

Con el fin de organizar el proceso de contratación y seguir los lineamientos constitucionales, el legislador ha emitido una serie de normas que permiten fijar reglas bajo las cuales el Estado contrata la adquisición de bienes y servicios. Para seguir el orden constitucional, después de la expedición de la Carta Política en 1991, se expide una de las principales normas en contratación pública, la ley 80 de 1993, que establece los principios generales de contratación estatal y los derechos y deberes tanto del Estado como de los contratistas.

El desarrollo de esta norma busca proteger los intereses estatales, por lo que le atribuye al mismo Estado determinar las condiciones para poder ser contratista (Raquel Duran Angarita, Lilia Aracely Reyes Carvajalino, Mayra Magdalena, 2018). Adicionalmente, dentro de la misma norma se identifican una serie aportes esenciales para la contratación, como los siguientes:

- La universalidad de la norma, toda vez que acoge a todas las formas de entidades estatales, de servidores públicos y de servicios públicos.
- Generalidades aplicables a todos los casos, en cuanto a principios, deberes, derechos e interpretación.
- Presenta el Marco detallado de los tipos de contrato público y los casos en que son aplicables, dando libertad a las entidades para contratar manteniéndose siempre en el marco de la legalidad.
- Nociones aplicables para la responsabilidad y control fiscal.
- Métodos utilizables para la solución de controversias.

Estos aportes han sido claves para la tarea misma de la contratación en Colombia, toda vez que orientan a las entidades públicas en la adquisición de bienes y servicios, indicando cuales son los tipos de contratos utilizables, las modalidades de contratación, además dar apertura en el desarrollo normativo de la contratación

estatal, toda vez que posterior a la ley 80 se han expedido múltiples normas regulatorias en cuanto a las diferentes modalidades, procedimientos, y especificidades de contratación que trata de forma general la ley. Y es que la aplicación de esta norma, es una nueva etapa para la forma en que se contrata en Colombia, toda vez que se expide bajo un nuevo régimen de Estado social de derecho, globalizado, con apertura económica que exige normas actualizadas a las nuevas realidades de necesidades y movimientos comerciales tanto en el territorio nacional como en el exterior. En consecuencia, de este contexto en el que se expide esta norma, se evidencia que se implanta un lineamiento legal de condiciones equivalente, y balanceadas, dentro de los interés públicos y privados que ayudan a gestionar la actividad contractual promoviendo la favorabilidad de contratar y servir al Estado.

Ahora bien, la ley 80/1993, presenta la normatividad general de la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado y realizó en su momento un esfuerzo por unificar preceptos que hicieran más efectiva esta labor, sin embargo, deja de manifiesto, la necesidad de que se expidan normas reglamentarias en cada materia tratada de forma general.

Así, en el marco de esta actividad legislativa regulatoria de las modalidades de contratación, el Congreso de la República, expide la ley 1150 de 2007 en materia de contratación pública, por 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. La ley 1150 se destaca, toda vez que pasados 13 años de la entrada en vigencia de la ley 80, esta ley introduce al ordenamiento jurídico lineamientos orientados a la verificación de la aplicación del principio de transparencia en la labor de contratación del Estado mediante la implementación de una nueva óptica dentro del principio de selección objetiva.

Adicionalmente, esta norma también reguló las modalidades de contratación, reiterando lo establecido en la ley 80, en cuanto a la clasificación: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, determinando

taxativamente los aspectos generales en los bienes y servicios a contratar en cada modalidad, lo que permite una ubicación más rápida del tipo de proceso a aplicar en cada necesidad, así como gestionando de forma más eficiente la legalidad y transparencia de cada proceso, también reiteró el carácter prevalente de la licitación pública, como modalidad de contratación y el carácter excepcional de las demás modalidades.

Ahora bien, en dentro de estas modalidades excepcionales, la ley 1150, reglamentó ampliamente la modalidad de contratación directa, (modalidad utilizada durante la emergencia objeto de esta investigación), inicialmente determinó cuales son los casos en que es aplicable la contratación directa, para esto enunció 11 literales, donde describe situaciones, bienes y servicios en lo que se puede hacer uso de la contratación directa, que son básicamente los siguientes:

- i. Urgencia manifiesta.
- ii. Contratos interadministrativos, excepto los de seguros.
- iii. Cuando no exista pluralidad de oferentes.
- iv. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.
- v. Contratación para desarrollo de actividades científicas y tecnológicas
- vi. Para el arrendamiento y adquisición de inmuebles.

Así, la primera situación es la existencia de la URGENCIA MANIFIESTA, definida por la Corte Constitucional como la situación configurada cuando se acredita que la continuidad del servicio exige el suministro de bienes o la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, o que se presenten situaciones relacionadas con estados de excepción, o que se busque conjurar situaciones relacionadas con hechos de calamidad o de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas o en general, que se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procesos de selección o concursos. (C 772 , 1998), la declaración de esta urgencia manifiesta está en cabeza del jefe o representante

legal de cada entidad estatal, y se realiza mediante acto administrativo debidamente motivado, que debe contener como mínimo a) La causal que invoca para contratar directamente, b) el objeto del contrato, c) el presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista, d) el lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos, de conformidad con la ley 80 de 1993.

Ahora bien, en lo que se refiere al procedimiento, la contratación directa tiene fases para su ejecución mucho más reducidas en tiempo y procedimiento en comparación con la licitación pública que es la regla general de contratación; estas etapas permiten por ejemplo, en el caso de la urgencia manifiesta, atender de manera mucho más oportuna las necesidades que se presentan para hacer frente a la situación que generó la urgencia. Así, se ejemplifica como el legislador ha ido reglamentado las modalidades de contratación, de acuerdo con las diferentes situaciones en que el Estado necesite contratar bienes y servicios, bajo diversas circunstancias, que pueden ser previsibles y no previsibles.

Adicionalmente la ley 1150, trae un importante paso para la contratación pública en Colombia en materia tecnológica, pues mediante la autorización de la contratación pública electrónica, se dio un paso, tardío pero necesario en las plataformas digitales, que empezaría a implementar el Estado para llevar a cabo los procesos de contratación. Sin embargo, la evaluación general de la contratación en Colombia, deja ver que aun en la pluralidad de las normas, Colombia necesita un mecanismo efectivo, que ejecute el objetivo principal de la contratación, es decir el cumplimiento de los fines del Estado a través de la adquisición de bienes y servicios, por esto el Gobierno Nacional creó un mecanismo, que a la luz de la gestión administrativa, pretende guiar a los administradores de compras, permite monitorear y evaluar el desempeño del sistema de compras, genera mayor transparencia en las compras; y es, en sí mismo, una entidad rectora que provee un soporte para ejecutar el Plan de Desarrollo, denominada Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, entidad creada mediante el decreto 4170 de noviembre de 2011, como unidad administrativa especial con personería jurídica. De conformidad con el

artículo 2º del Decreto 4170/2011. Esta nueva unidad administrativa de carácter descentralizado, tiene el objeto de *“desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado”*.

Esta agencia, tiene una serie de funciones que, permiten nuevamente gestionar la contratación pública, orientada al objetivo del Estado, unificando la aplicación de las normas y los procedimientos, con canales efectivos de verificación de la destinación de los recursos públicos, como lo es la administración del Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP, encaminando así, la contratación pública a la adquisición de bienes y servicios que ayuden a cumplir los objetivos constitucionales del Estado, sin desviarse, como ya ha ocurrido, a gestionar normas competencia de otras entidades del Estado -como la gestión anticorrupción-.

Es de destacar que la integración de las normas generales de contratación pública con la Agencia Nacional de Contratación, ha permitido crear nuevas herramientas - como los acuerdos marco de precios- que permiten al Estado realizar compras de forma más organizada y oportuna, , la utilización de los instrumentos de agregación de demanda y la adquisición de bienes por grandes superficies, la implementación de documentos tipo, de conformidad con la ley 1882 de 2018, documentos que contienen *lineamientos adoptados por el Gobierno Nacional donde se definen diferentes condiciones, factores técnicos, económicos, entre otros para la inclusión en los procesos de contratación de las entidades estatales*. Sin embargo, la utilización de estas herramientas se encuentra en etapa de implementación en las múltiples entidades del Estado, toda vez que el registro de estas entidades y la información de las mismas aun no se ha dado en su totalidad. (Eficiente, 2018)

A pesar de esto, es evidente que las circunstancias de emergencia del 2020 ha traído un panorama nuevo para el legislador, que, en aras de descongestionar los procesos ante la administración pública, y con las herramientas que la contratación pública ya tenía contempladas, aplicó, mediante la expedición de la ley 2080 de

2021, procedimientos obligatorios en las entidades, en algunos pequeños casos, como la contratación directa en elección de peritos en procesos judiciales, y el uso de herramientas electrónicas en notificaciones, expedientes e incluso sedes electrónicas. Estas nuevas medidas son un paso hacia una forma de contratación más conectada con la era digital y con la velocidad a la que en la actualidad se mueve el comercio, y las necesidades en la sociedad, extendidas ya, de manera generalizada en las entidades estatales.

Este análisis indica que, el Estatuto de Contratación pública en Colombia es una norma general, que establece lineamientos de principios, deberes y derechos que orientan la contratación para el cumplimiento de los objetivos del Estado, apoyado de otras normas de carácter más específico, que regulan la ejecución precisa de la contratación mediante procedimientos puntuales, que se aplican a necesidades específicas y situaciones determinadas, sin embargo estas normas aún se encuentran en etapa de articulación de los mecanismos de contratación, con las nuevas herramientas que existen para llevar a cabo los procesos de contratación y ejecución de los contratos, esto con relación a las herramientas electrónicas y la optimización del tiempo y transparencia.

3. NORMAS ALTERNAS PARA DAR FRENTE A LA PANDEMIA COVID-19.

La declaración de la pandemia COVID-19, por la Organización mundial de la Salud, además de ser un aviso de alerta para las autoridades mundiales en materia de salud pública, también fue un llamado a la implementación de medidas de bioseguridad y gestión en otros ámbitos de competencia de los Estados, en los cuales podría darse una propagación mortal de no ser atendidas. En atención al deber del Estado colombiano de atender estos llamados y hacer frente a la pandemia, se emitieron una serie de normas bajo la Declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológicas, entre las cuales se encuentran: los Decretos Nos. 0440 de 20 de marzo y 537 de 12 de abril de 2020 expedidos por el presidente de la República.

Por otra parte, la Procuraduría General de la Nación, en procura de dar pleno cumplimiento a las anteriores normas, garantizando la aplicación plena de los principios que regulan la actividad contractual y la gestión administrativa, expidió las Directivas No. 016 de 22 de abril y 020 de 24 de mayo de 2020, las cuales serán objeto de análisis en esta investigación.

Decreto No. 440 de 20 de marzo de 2020

En materia de contratación pública estatal, el decreto 440 de marzo de 2020, emitido por el Departamento de Nacional de Planeación en cabeza del presidente de la República de Colombia, *Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal*, inicia con una aclaración detallada de los motivos de necesidad por los cuales se expide la norma, todos ellos en el marco de la urgencia con que deben ser empleados métodos para la mitigación del impacto y de la propagación de la pandemia Covid-19, como lo son, entre otros, la celebración de audiencias públicas por medios electrónicos que garanticen el distanciamiento social, siempre dentro del principio de transparencia y procedimientos de contratación ágiles y expeditos ante la urgencia de comprar bienes, obras y servicio.

Como ya se mencionó, el decreto fue expedido en desarrollo y durante el término de vigencia del estado de excepción declarado mediante el Decreto 417 de 2020 y su ámbito de aplicación comprende todo el territorio nacional, ello implica que, en términos de legalidad, este acto administrativo cumple con los requisitos formales de validez, exigidos para que puede ser parte del ordenamiento jurídico, esto es: i) fue suscrito por el Presidente de la República y por todos los ministros; ii) fue expedido en desarrollo y durante el término de vigencia del estado de excepción declarado mediante el Decreto 417 de 2020; iii) se encuentra motivado; y iv) su ámbito de aplicación comprende todo el territorial nacional.

Ahora bien, a la luz de esta investigación, destaca dentro de su articulado tres importantes puntos de la contratación estatal en Colombia: 1. Procedimiento 2. Emergencia y 3. Contratos estatales vigentes. Inicialmente, dentro de los artículos

1 y 2, el decreto exige la celebración de audiencias públicas y del proceso sancionatorio, mediante plataformas electrónicas que garantizan el exigido distanciamiento social, y que, asimismo, permiten verificar transparencia y control. En este punto es importante destacar que, si bien la implementación de plataformas que cumplan con las exigencias de la norma pueden generar costos iniciales, es bien sabido que a largo plazo disminuyen gastos de logística y mantenimiento, además, de actualizar a las herramientas tecnológicas los procedimientos que por años se han realizado de forma presencial, requiriendo demasiados costos y tiempo, lo que a la óptica de esta investigación, permite mayor organización, control de participación y de transparencia.

Las afirmaciones anteriores responden no sólo al sentido común sino, también a la experiencia de otros países que han implementado el uso de las TIC dentro de la administración pública, lo que ha dado como resultado un *“puente de comunicación, que agiliza y facilita la toma de decisiones, entre la ciudadanía y la administración optimizando los tiempos de respuesta y ahorrando recursos en un ámbito seguro”*, como en el caso mexicano de la implementación de las TIC en materia fiscal. (Santillán Lamas, Flores Ortega, & Salazar Mendoza , 2021).

Dentro del segundo punto (que importa aún más a efectos de la presente investigación), se encuentra el tema de la EMERGENCIA, ubicando allí los artículos 3, 4, 5, 6 y 7, bajo el entendido de que la declaración del estado de emergencia trajo consigo una aserie de necesidades con tiempo limitado para ser atendidas y, así mismo, desatender otras situaciones que pueden dar esperar por la urgencia de resolver asuntos relacionados con la mitigación de la pandemia.

Así, el decreto permite a las entidades públicas suspender los procesos de selección de contratistas y revocar los actos administrativos de apertura, siempre que no se haya superado la fecha para la presentación de ofertas; autorización que permite atender con prioridad las necesidades causadas por la pandemia, no solo en aspectos de tiempo, sino también a nivel de gastos, de personal y de planeación. Lo anterior en atención a que los recursos necesarios para atender el Estado de

Emergencia no fueran sometidos a una norma que implica procedimiento más demorado y menos eficiente.

Asimismo, la norma es muy clara en especificar que ante la decisión de suspender y revocar no procede recurso alguno, todo lo cual es clave para la agilización y descongestión de la administración, ya que, al despojar a los interesados en los procesos de contratación de la interposición de recursos, se finaliza verdaderamente el proceso que estaba en curso mediante los actos administrativos y se da total campo al abordaje de las necesidades originadas en la pandemia.

También se ordenó dentro de este punto, con el fin de atender la emergencia, preferencia en la utilización de los acuerdos marco de precios, ya que esta herramienta con la cual el Estado agrega demanda y unifica decisiones de adquisición de bienes, obras y servicios, ha demostrado beneficios como: reducir el número de procesos de contratación, tiene un procedimiento más expedito, lo que implica menor tiempo empleado con resultados funcionales, también, presenta a todo el Estado como único comprador, lo que genera que se unifiquen términos y condiciones para el suministro de bienes y servicios, le permiten a las entidades públicas manejar inventarios con mayor flexibilidad y ayuda a obtener mayor valor de los recursos públicos (Departamento Nacional de Planeación, 2020).

Dichas características resultan necesarias para la mitigación de la pandemia, cuando en términos de adquisición de bienes y servicios de calidad, tiempo y gastos se refiere, ya que la preferencia del uso de estos acuerdos, se armoniza con lo establecido en el artículo 4, donde se indica que, se dará preferencia a la compra por catálogo derivadas de los acuerdos marco, en la tienda virtual, durante el estado de emergencia.

Por último, con respecto a la urgencia, el DL 440/2020, autoriza al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores a que se celebre contratos tendientes a la mitigación de la pandemia con entidades privadas y públicas extranjeras sin aplicación de la ley 80 de 1993, toda vez que este fondo, atiende necesidades de

los servicios estatales que en su materia, se prestan en el exterior, por lo que a la luz de esta emergencia, requieren de agilidad y gestión eficiente (funcional y a tiempo).

Finalmente, el decreto abarca la situación de los contratos vigentes en el momento de la declaración de la pandemia, contratos que en su objeto se relacionan con la gestión frente a la emergencia ocasionada por el virus del COVID-19, la referencia que se hace frente a estos contratos es en materia de adición, modificación, dentro del artículo 8, estableciendo la posibilidad de adicionar estos contratos sin limitación al valor, lo que implica un desarrollo más rápido del objeto del contrato, sin los obstáculos de procedimiento y tiempo, que en el escenario de la normalidad tendrían que enfrentarse. También reglamenta el tema del pago de todos los contratos vigentes, nuevamente con el uso de herramientas electrónicas, que reduce el tema de desplazamientos, aglomeraciones y finalmente tiempo, todo lo anterior en aras de buscar una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia.

Control de constitucionalidad

Es preciso mencionar que gracias a las consideraciones desarrolladas por el M.P. Alejandro Linares Cantillo en la Sentencia C – 162 de 2020, el Decreto Legislativo No. 440 del 20 de marzo de 2020, *“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”*, fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional, en el entendido que se llevó a cabo en el marco de un control excepcional que garantiza la supremacía de la constitución en los estados de excepción, bajo la declaratoria de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica bajo la cual se faculta al Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, para dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

En este orden de ideas, la Corte consideró cumplidos los requisitos formales de validez del Acto Administrativo de la forma como fue reseñado inicialmente, al tiempo que entendió cubiertos los requisitos materiales argumentando que:

- Las medidas están dirigidas a conjurar las causas que dieron origen a la declaratoria del estado de excepción y a impedir la extensión de sus efectos.
- Existe conexidad material interna, por cuanto las medidas son coherentes con los motivos invocados en el decreto objeto de revisión y hay una relación directa con los hechos que dieron lugar a la declaración de emergencia económica, social y ecológica.
- Se encuentra suficientemente motivado
- No desconoce la prohibición de arbitrariedad durante los estados de excepción
- No afecta ninguno de los derechos fundamentales intangibles
- Su contenido no contradice ninguna norma constitucional
- Se fundamenta en debida forma la incompatibilidad con las normas legales que suspende o modifica transitoriamente.
- Cumple con el requisito de necesidad, tanto fáctica como jurídica, especialmente porque busca hacer efectivos los requerimientos de distanciamiento social según recomendación de la OMS, como mecanismo idóneo para controlar la expansión de la pandemia; y por la urgencia e inminente reacción que exige de las autoridades estatales, procurar medios conducentes y pertinentes para afrontar la situación de emergencia.

Decreto No. 537 de 12 de abril de 2020

Teniendo en cuenta que uno de los objetivos del Gobierno Nacional durante el Estado de Emergencia consiste en garantizar el aislamiento preventivo obligatorio, preservar la vida y mitigar los efectos de la pandemia generada por el coronavirus,

sin perjuicio del desarrollo económico y social de todos los ciudadanos, el presidente de la República expidió el Decreto No. 0537 de 12 de abril de 2020, cuyo objetivo es extender al ámbito de la Contratación Estatal las medidas tomadas por el Gobierno nacional relacionadas con el distanciamiento y la utilización de medios electrónicos.

Las medidas incorporadas en el referido decreto para contrarrestar los efectos negativos de la Pandemia en la Contratación Estatal no solamente versan sobre la utilización de medios tecnológicos y herramientas digitales, sino que hace ajustes muy particulares a los procedimientos administrativos más comunes, como lo son el trámite de las audiencias, los procesos sancionatorios y el desarrollo mismo de los procesos contractuales.

Así bien, para garantizar el servicio público el Gobierno Nacional consideró necesario implementar las siguientes medidas:

- La implementación de audiencias públicas y procedimientos sancionatorios mediante plataformas digitales y medios electrónicos, garantizando el acceso a los proponentes, entes de control y cualquier ciudadano interesado en participar, para de este modo evitar el contacto entre personas y propiciar el distanciamiento individual.
- La suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de actos de apertura.
- La utilización de instrumentos de agregación de demanda, siempre que la adquisición de bienes y servicios tenga características técnicas uniformes y los precios de la compra por catálogo se encuentren acordes con el Acuerdo Marco de Precios Vigentes, dispuesto en la plataforma Colombia Compra Eficiente.
- Dar por probado el hecho de que actualmente los procesos de contratación se están generando en el marco de la contratación por urgencia manifiesta, permitiendo ello la contratación directa para el suministro de bienes y

servicios u obras inmediatas o futuras para prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia.

- La modificación de contratos estatales que permite la adición sin limitación al valor, siempre que los contratos versen sobre bienes, servicios u obras que permitan una mayor gestión y mitigación de la situación de emergencia.
- La implementación de facturas y pago a contratistas por medios electrónicos.

De conformidad con las medidas descritas con anterioridad, es posible mencionar que uno de los enfoques que ha querido establecer el Gobierno consiste en reforzar la eliminación de trámites innecesarios concernientes a las actuaciones que normalmente realizan las autoridades administrativas. Para ello ha desarrollado, además de la expedición de este decreto legislativo, desde antes ha ido expidiendo normas que agilizan los procedimientos públicos, como bien podría ser la Ley Anti trámites, haciendo que en la actualidad se prescinda un poco de la presencialidad y el ritualismo que desde hace años caracterizó a la contratación pública.

En este sentido, el lujo de la virtualidad ha sido implementado ya desde 1995 con el Decreto No. 2150, *por el cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos*”, donde consideró necesaria la utilización de medios tecnológicos para atender los procedimientos, sustentas las actuaciones y hasta presentar peticiones.

Lo anterior deja en evidencia que el Decreto No. 0537 de 2020 no trata disposiciones normativas novedosas, sino que, por el contrario, trata de reafirmar lo que ha sido establecido desde el surgimiento de la era tecnológica. No obstante, aun cuando no se trata de un aspecto nuevo en sí mismo, a diferencia de lo que ocurre en otras áreas del Derecho, el Procesal Administrativo, particularmente desde la perspectiva de la Contratación Estatal, ha avanzado a pasos agigantados en sus políticas de uso de plataformas y medios tecnológicos, haciendo mucho más fácil la transición de lo presencial hacia lo virtual.

Finalmente, desde una perspectiva puramente personal, uno de los aspectos más relevantes del Decreto No. 0537 de 2020 consiste en la consideración textual de la Pandemia Covid-19 como un evento de urgencia manifiesta que permite transformar a Contratación Directa lo que en circunstancias normales debería hacerse mediante otras modalidades contractuales. Así bien, no es siquiera necesaria la justificación de las condiciones y los modos de los bienes y servicios que se contratarán, sino que, por el contrario, exige solamente que se trate de elementos que servirán para dar frente al COVID-19, haciendo más eficientes los procesos de contratación, pero limitándolos a un solo aspecto en particular.

Control de Constitucionalidad

Las medidas adoptadas por el Gobierno nacional en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica para los asuntos relacionados con la Contratación Estatal fueron declaradas como ajustadas a la constitución. El examen fue realizado mediante la Sentencia C – 181 de 17 de junio de 2020, M.P. Alejandro Linares Cantillo, mediante la cual la Honorable Corte Constitucional consideró que las normas cumplen con los requisitos de conexidad, finalidad, motivación y no afectación a derechos fundamentales intangibles, así como que cumplen con la necesidad fáctica y jurídica para su aplicación.

Para la declaratoria de conformidad que la Corte Constitucional expidió se fundamentó en el hecho de que el ordenamiento jurídico ordinario no cubría con las exigencias de atención inmediata y urgente que la Pandemia por COVID-19 requería, por lo que consideró necesario la expedición de normas con fuerza de ley de carácter temporal para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

En este sentido, el comparativo con los requisitos de constitucional arrojó que las medidas contenidas en el Decreto Legislativo son proporcionales a las circunstancias y se encuentran limitadas por la finalidad de enfrentar la crisis. Por ello, consideró procedente atender los principios de la función administrativa, de conformidad con los respectivos controles, su vigencia en el tiempo que dure el

Estado de Emergencia Sanitaria y su inclusión a todo miembro del territorio nacional.

Directiva No. 016 de 22 de abril de 2020 de la Procuraduría General de la Nación

Ahora bien, en lo que atiende a la regulación adoptada en contexto de COVID-19 por las entidades descentralizadas de control, ha sido elegida la Directiva No. 016 de 22 de abril de 2020, expedida por la Procuraduría General de la Nación, con el propósito de efectuar un análisis sobre las ventajas de las medidas que debieron tomarse para poder llevar a cabo todas actividades de contratación.

En principio, es importante mencionar que con el propósito de proteger el ordenamiento jurídico, el interés general, el patrimonio público y evitar la ocurrencia de situaciones que afecten los derechos de las personas, por hechos de corrupción o de mala gestión que puedan presentarse en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social por causa del coronavirus COVID-19, la Procuraduría General de la Nación consideró procedente garantizar la transparencia, la eficacia, la moralidad y la economía, como principios fundantes de la contratación estatal, a través del decreto de una serie de medidas como (Directiva No. 16, 2020):

- Permitir el libre acceso de los entes de control a los planes de acción para conjurar la emergencia y a los contratos para su ejecución.
- Agilizar los procesos mediante la publicación en tiempo real de la información sobre actos administrativos y contrataciones con ocasión de la emergencia
- Identificar claramente las necesidades de contratación e incluir en los documentos necesarios para su adelantamiento todos los relacionados con la necesidad, las condiciones y la información con quien se llevó a cabo la contratación.
- Evitar el pago de bienes y servicios con sobrepuestos

- Justificar la idoneidad y experiencia de los contratistas o proveedores
- Verificar, documentar y justificar la conveniencia y oportunidad de modificar y adicionar contratos derivados de la emergencia sanitaria.
- Evitar la entrega de bienes y servicios adquiridos en virtud de la emergencia sanitaria para otros fines, por ejemplo, mercados a población no vulnerable o no necesitada.

Así mismo, la directiva No. 016 de la Procuraduría instó a las Entidades Públicas a elaborar estudios de mercado o análisis de mercados y costos, con el propósito de optimizar los recursos, lo cual sería posible únicamente a través de la revisión de contratos similares mediante los cuales sea posible establecer precios máximos a bienes y servicios que sean necesarios para atender la pandemia.

Se trata de un aspecto novedoso toda vez que hasta el momento y durante los eventos de urgencia manifiesta no se había implementado directamente los procesos de comparación de precios para saber lo ajustado de las propuestas a los mercados, lo cual permite una aproximación más real a los precios que la economía nacional ofrece y un mayor incremento de la transparencia en los procesos de contratación.

Lo anterior constituye una consolidación del compromiso de la administración contra la prevención de la corrupción y el uso eficiente de los recursos, así como la garantía de los derechos de la población y la vigilancia estricta de la normatividad vigente y aplicable en materia de contratación estatal.

Así mismo, a pesar de que no se enunciaron las 23 medidas adoptadas por la Procuraduría, es necesario mencionar que dicha directiva hace un llamado a los representantes legales y demás ordenadores del gasto para que, en todos los procesos de adquisición de bienes, obras y servicios necesarios para contener la pandemia, cumplan con los principios de la contratación pública, garantizando el uso adecuado y prioritario de los recursos.

Lo anterior en el marco de la identificación de los riesgos y amenazas más recurrentes derivados de la compra de bienes y los sobreprecios que podrían presentarse frente a las posibilidades aplicar, por ejemplo, la contratación directa de una manera más abierta y desregularizada, con el pretexto de atender necesidades generadas por el brote de COVID-19.

En este sentido, se considera que uno de los elementos más importantes que incorporó la directiva No. 016 en el marco de la pandemia, consistió en la publicación en tiempo real en las páginas web de las entidades y en el SECOP (Sistema Electrónico de Contratación Pública) la información sobre el acto que declara la urgencia manifiesta y las contrataciones con ocasión de esta, independientemente del régimen o modalidad utilizada, para garantizar la apertura de esta información en datos abiertos.

Y, finalmente, logró dar frente a problemáticas como adelantar contrataciones de manera directa en provecho de terceros, mediante la justificación de la idoneidad y experiencia de los proveedores, con el propósito de dar una mayor garantía a los procesos de contratación de manera objetiva y bajo los estándares de correcta ejecución de los contratos y la satisfacción eficiente de las necesidades de la población que eventualmente se verá beneficiada a través del desarrollo de las obras y los demás objetos contratados.

Circular No. 06 de 19 de marzo de 2020 de la Contraloría General de la Nación

En este mismo contexto, la Contraloría General de la Nación también expidió una directriz para la orientación de recursos y acciones inmediatas en el marco de la atención de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, mediante la expedición de la Circular No. 06 de 19 de marzo de 2021, en la que se conminó a todos los destinatarios de las funciones de esta entidad a reportar los planes de emergencia a ejecutar mediante los recursos ordinarios y extraordinarios destinados para la mitigación de la epidemia y discriminar detalladamente cada uno de ellos, definiendo las fuentes utilizadas y las acciones puntuales que se llevarán a cabo.

Adicionalmente, para realizar un mayor control del gasto público, habilitó un link en su página web para que todas las entidades públicas reporten los actos administrativos, contratos y demás actuaciones que se realicen en virtud de la urgencia manifiesta. Al tiempo, reconoció en la misma circular la declaratoria de calamidad pública, recomendando especialmente que, en lo que atiene a la celebración de contratos, las entidades públicas fueran muy cuidadosas en: Verificar que los hechos y circunstancias que se pretenden atender o resolver con la declaratoria de urgencia manifiesta, se adecúen a una de las causales señaladas para el efecto en la Ley 80 de 1993 (artículo 42) y se relacionen en forma directa con la declaratoria de calamidad pública o mitigación de los efectos de la emergencia sanitaria ocasionada por el Virus COVID-19. (Circular No. 06, 2020)

Finalmente, la ventaja de la aplicación de esta directiva consiste fundamentalmente en el ejercicio de la actividad de control fiscal de una manera más efectiva y oportuna, por cuanto implica el seguimiento a los procesos de contratación por la entidad que constitucionalmente tiene a su cargo el cuidado de los dineros que invierten las entidades públicas, máxime cuando la vigilancia se complica en los eventos de urgencia manifiesta por la imposibilidad de realizar un contacto directo con los ordenadores del gasto.

4. CASOS DE INTERÉS

Contrato No. 1023 de 2020 suscrito entre el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y El Cóndor prefabricados SAS

Objeto del contrato:

Suministro a precios unitarios y monto agotable de elementos de segregación tipo bordillo no traspasable para la adecuación de ciclorutas en calzada, en diferentes corredores viales de la ciudad de Bogotá D.C como medio alternativo de movilización para prevenir la propagación del covid-19.

Modalidad de contratación:

Contratación directa por urgencia manifiesta.

Enlace del caso:

<https://secretariageneral.gov.co/transparencia/contratacion/relacionadas-con-COVID-19?page=3>

Descripción General del contrato:

El contrato 1023 de 2020, celebrado entre, El Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y el contratista El Cóndor Prefabricado S.A.S., fue celebrado el 29 de mayo de 2020, tuvo por objeto por parte del CONTRATISTA el suministro a precios unitarios y monto agotable de elementos de segregación tipo bordillo no traspasable para la adecuación de ciclorutas en calzada en diferentes corredores viales de la ciudad de Bogotá, bordillo no traspasable en concreto de 4000 psi, armado en acero, dimensiones: 20cm*15cm*100cm pintura amarilla reflectiva (incluye varillas de anclaje y transporte); y por parte del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, el pago de Cuatrocientos cuarenta y tres millones seiscientos cincuenta y siete mil quinientos ochenta y cinco pesos colombianos (\$443.657.585) equivalentes a 505,42 SMLMV entregados mediante pagos mensuales para cubrir el 95% del valor y un pago final del 5% al día de firma de acta de liquidación del contrato, con plazo de ejecución de 4 meses.

Descripción jurídica y fáctica del contrato en el marco de la pandemia COVID-19

Con relación a las facultades de la entidad estatal, El Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), de conformidad con el Acuerdo 19 del 6 de octubre 1972, es un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, es la entidad distrital que ejecuta proyectos de infraestructura física, así como las acciones de mantenimiento y mejoramiento de los sistemas de movilidad, con el propósito de que los habitantes de Bogotá, se movilicen de manera adecuada, disfruten del espacio público, mejoren su calidad de vida y se alcance el desarrollo sostenible.

Sin embargo, en lo que se refiere a la modalidad de contratación el contrato tiene especial justificación, toda vez que se utilizó la CONTRATACIÓN DIRECTA POR URGENCIA MANIFIESTA. De acuerdo con la parte considerativa del contrato, la celebración del mismo se realizó en marco del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con los artículos 43 y 41, incisos 4 y 5, Ibídem, y 2, literal a) del numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, que consagra la figura de la urgencia manifiesta como causal de contratación directa para eventos que imposibiliten acudir a los procedimientos reglados de selección objetiva por las afectaciones que sufrirían los intereses colectivos dado el tiempo que demanda su realización y la necesidad apremiante de obras, bienes y servicios en el inmediato futuro y atendiendo a Decreto Ley No. 417 de 2020 de 17 de marzo de 2020.

También se respaldó en el Decreto 637 de 6 de mayo de 2020 en el cual, mediante el cual el Presidente de la República declaró estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio Nacional y, finalmente, articuló la justificación de la contratación a través de esta modalidad de acuerdo con lo establecido en el Decreto 440 de 2020, artículo 7 de la contratación de urgencia, que establece la comprobación del hecho que da lugar a la urgencia manifiesta, en este caso la pandemia del COVID-19.

No obstante, el sustento jurídico debe estar armonizado con los elementos fácticos que precisan la necesidad del objeto de contratación, por esto, se deja presente que, de conformidad con lo establecido en la Resolución de 385 del 12 de marzo de 2020, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, “Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus”, en el Artículo 2° (Medidas Sanitarias), se estipula “Ordenar a los responsables de los medios de transporte públicos y privados y a quienes lo operan a adoptar las medidas higiénicas y demás que correspondan para evitar el contagio y la propagación del COVID-19”. Por esto la alcaldía de Bogotá D.C. adoptó una serie de medidas para mitigar la propagación del virus, como es la reducción de aglomeraciones en el servicio público de transporte de pasajeros, dado

que en la ciudad según la Encuesta de Movilidad 2019 (Secretaría de Movilidad, 2019), más del 37% de los viajes se realiza en este medio y el 30% en modos sostenibles como lo son a pie y en bicicleta. Así con la ampliación de cicloruta en malla vial de la ciudad, se pretendió minimizar la propagación del COVID-19, a través de la reducción de aglomeraciones en los sistemas de transporte (colectivo y masivo) y mejorar la calidad de los viajes en bicicleta mediante la generación de oferta de infraestructura para circulación exclusiva de ciclistas en condiciones de seguridad vial, conectividad y directividad. Esta justificación de la necesidad que, en el marco de la pandemia COVID-19, permiten verificar que el objeto del contrato si corresponde a una medida que está dirigida a mitigar los efectos de la pandemia (IDU, 2020).

Ahora bien, en el Documento Soporte del contrato, se aclara “De contratarse las obras y bienes requeridos para cumplir los fines propuestos a través de los procedimientos de selección ordinarios establecidos en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, se alargarían los tiempos de respuesta del Distrito Capital a las necesidades que actualmente presentan en la ciudad. Lo anterior en tanto, las modalidades de selección ordinaria no revisten a la Entidad de la inmediatez y prontitud que requiere para conseguir una movilidad adecuada y con mitigación de riesgos de contagio para la ciudadanía, necesarios para contrarrestar y mitigar los efectos de la pandemia en la ciudad; razón por la cual el IDU requiere adelantar las obras necesarias de infraestructura para evitar la aglomeración de personas en el transporte masivo y el espacio público, para mitigar la expansión de la pandemia del COVID-19, sin que en la actualidad se cuente con el tiempo para adelantar los procedimientos ordinarios, así como adquirir los bienes y ejecutar las obras que sean necesarias para fomentar el aislamiento social a través del uso de bicicletas en ciclorrutas dispuestas para eso” (IDU, 2020). Así se demuestra la practicidad y utilidad de esta modalidad de contratación, cuando la mitigación de la emergencia está completamente ligada al tiempo, y la pertinencia de la articulación

de las normas del estatuto General de contratación en Colombia con las normas transitorias de contratación para atender la pandemia del COVID-19.

Concurso de mérito abierto SP-CMA-001-2020 – Dto. Magdalena / Zona Bananera

Objeto del contrato:

Interventoría técnica, administrativa y financiera al contrato que se derive del proceso de selección por licitación pública No. SP-LP-001-2020, cuyo objeto es “construcción de la II etapa de las obras para la recuperación hidráulica y ambiental del río Tucurín en el departamento del Magdalena.

Modalidad de contratación:

Concurso de mérito abierto

Enlace del caso:

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=20-15-10677136>

Descripción general del contrato:

El contrato SP-CMA-001-2020 celebrado el 27 de mayo de 2020 entre el Municipio de Zona Bananera (Departamento del Magdalena) y el contratista Consorcio Inter Tucurín 2020, tuvo por objeto por parte del CONTRATISTA la interventoría técnica, administrativa y financiera al contrato derivado del proceso de selección por licitación pública no SP-LP-001-2020, cuyo objeto es “construcción de la II etapa de las obras para la recuperación hidráulica y ambiental del río Tucurín en el departamento del Magdalena; y por parte del Municipio Zona Bananera, el pago de Quinientos setenta y un millones doscientos treinta y un mil doscientos seis pesos colombianos (\$571.231.206), con plazo de ejecución de 11 meses.

Descripción de las adecuaciones en la celebración del contrato, en el marco de la pandemia COVID-19:

Mediante la resolución No. 2020-29-04-002 del 29 de abril de 2020, por medio de la cual se ordena la apertura del proceso de concurso de méritos abierto SP – CMA – 001 – 2020, el municipio de Zona Bananera, consideró la adaptación del proceso de selección a lo establecido por el Presidente de la República, en el marco del Estado de Emergencia económica, social y ecológica, mediante el Decreto 440 del 20 de marzo de 2020 y Decreto 537 del 12 de abril de 2020, por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, para atender y mitigar los efectos de la pandemia COVID-19, como el distanciamiento social, acudiendo a la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales, fortaleciendo el uso de las herramientas electrónicas, de manera que se evitara el contacto entre los participantes en el proceso de contratación, sin afectar la publicidad y la transparencia. Así, el municipio de Zona Bananera determinó que sí estaba en las facultades de poder continuar con el proceso de contratación por medios electrónicos, garantizando la participación y el debido proceso en las actuaciones que se adelantarían.

Con base en lo anterior, la resolución estableció nuevos lineamientos para la presentación de las propuestas y desarrollo de las audiencias públicas del proceso de selección, de la siguiente forma en su parte resolutive:

ARTÍCULO OCTAVO: Procedimiento por medios electrónicos que se adopta:

2. AUDIENCIA DE CIERRE DEL PROCESO: REPUBLICA DE COLOMBIA

*Departamento del Magdalena Secretaría de Planeación y Obras Públicas
Municipio Zona Bananera Página 7 de 9 “UNIDOS SOMOS MÁS LIDERANDO
EL PROGRESO 2020-2023” E-mail: planeacion@zonabananera-
magdalena.gov.co . Sede Administrativa Prado Sevilla Casa 9 Posterior al recibo
de las propuestas y de conformidad con el cronograma del proceso, la entidad
adelantara la audiencia de cierre, se habilita la plataforma de ZOOM para
seguimiento de la audiencia pública por redes, para el ingreso los interesados
deberán tener presente la siguiente información*

<https://us04web.zoom.us/j/3441820541?pwd=N0Z0UTNSWW1JREhQZm1HY3pDeWhXZz09>

ID de reunión: 344 182 0541

Contraseña: 558084

Con anterioridad de la realización de la respectiva audiencia, cada proponente deberá enviar por correo electrónico a la entidad los documentos que acrediten la capacidad para intervenir en dicha audiencia (Ser representante legal del oferente o ser apoderado del oferente).

De esta manera, dentro del referido proceso de selección, se adoptaron las medidas establecidas en el artículo 1 del Decreto 440 de 2020, que permite adoptar medios electrónicos para garantizar las medidas de bioseguridad como el distanciamiento social en las audiencias de los procesos de contratación, audiencias que dentro de la normalidad se desarrollan de forma presencial, por lo que se crea un nuevo espacio para la contratación donde igual que en los espacios convencionales, hay herramientas para la participación la transparencia y el control. Lo anterior permitió culminar un proceso de contratación de manera ágil y eficiente.

Contrato No. 0198 de 2020 suscrito entre la Gobernación del Chocó y la Fundación Chocó saludable.

Objeto del contrato: Prestar los servicios a través de una jornada de salud para el desarrollo de las acciones del plan de intervenciones colectivas bajo el enfoque técnico de actividades para la prevención en las diferentes áreas que garanticen la protección de individuos, familia y comunidad frente la amenaza del coronavirus en las líneas de promoción y prevención de población NARs en las dimensiones ambiental, no transmisibles, salud mental, seguridad alimentaria y nutricional, sexualidad y derechos sexuales salud, ámbito laboral, población vulnerable, y transmisibles en los componentes de infecciosa desatendidas y la tuberculosis.

Modalidad de Contratación:

Contratación Directa por Urgencia Manifiesta

Enlace del caso:

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=20-12-10692243>

Descripción general del contrato:

El contrato de prestación de servicios 0198, celebrado el 15 de abril de 2020 entre la Secretaría de Salud – Gobernación del departamento del Chocó y el contratista Fundación Chocó Saludable, tuvo por objeto por parte del contratista realizar una jornada de salud para el desarrollo de las acciones del plan de intervenciones colectivas bajo el enfoque técnico de actividades para la prevención en las diferentes áreas que garanticen la protección de individuos, familia y comunidad frente la amenaza del coronavirus en las líneas de promoción y prevención de población NARs en las dimensiones ambiental, no transmisibles, salud mental, seguridad alimentaria y nutricional, sexualidad y derechos sexuales salud, ámbito laboral, población vulnerable, y transmisibles en los componentes de infecciosa desatendidas y la tuberculosis; y por parte de la Secretaria de Salud – Gobernación del Chocó, el pago de Dos mil noventa y un millones quinientos mil pesos (\$2.091.500), con duración hasta el 30 de mayo de 2020 y/o hasta el término de duración de la contingencia.

Descripción de la aplicación de medidas de control para los contratos celebrados en el marco de la pandemia COVID-19:

De acuerdo con la parte motiva del contrato 0198, la jornada de salud objeto de dicho contrato, se hace necesaria para el desarrollo de las acciones de promoción y prevención de la población NARs en los componentes de información en salud y educación en salud, para la prevención y control del Coronavirus-COVID 19, en 29 municipios del departamento del Chocó, en las dimensiones ambiental, no

transmisibles, salud mental, seguridad alimentaria y nutricional, sexualidad y derechos sexuales salud, ámbito laboral, población vulnerable, y transmisibles en los componentes de infecciosas desatendidas y tuberculosis.

Sin embargo las consideraciones establecidas dentro del contrato, como la implementación del Decreto 440 de 2020, para celebrar este contrato, por medio de la contratación directa por emergencia manifiesta, no fueron suficientes, para justificar que el contrato, de más de 2.000.000.000, con el objeto de realizar una jornada de salud, que entre otros puntos, atendía campañas de salud que en nada guardan relación al COVID-19, fuera para mitigar los efectos de la pandemia, pues como se aclaró tanto en el Decreto 440 de 2020 y el art. 42 de la ley 80 de 1994, la contratación directa por emergencia manifiesta, debe ser usada como herramienta facilitadora del proceso de contratación únicamente para contratos que busquen hacer frente a la situación que haya originado la emergencia, guardando total relación con el proceso de mitigación y prevención de la propagación, en este caso, de la enfermedad SARS COVID-19.

Así, la Procuraduría General de la Nación, atendiendo a la directiva 016 de 2020 en los numerales 1, 2 y en especial el numeral 4:

“4.1. Contratación relacionada con la emergencia que no resulte necesaria, tales como, material publicitario impreso, radial, fotográfico o virtual sobre prevención del COVID-19 dirigido a población con acceso a televisión e internet y que cuentan con información suficiente; o contratos de publicidad para resaltar la imagen del alcalde, gobernador o partido político.

4.4. Contratación por urgencia manifiesta no vinculada con la emergencia: contratos que no están relacionados con acciones necesarias que permitan prevenir el contagio de virus o mitigar los efectos de la pandemia, por ejemplo, contratación de personal administrativo y mantenimiento de parques.”

Tomó como primera medida la suspensión del contrato y abrió investigación al gobernador del Chocó, Ariel Palacios Calderón. (Procuraduría General de la Nación, 2020)

Así, este caso de contratación, deja ver la importancia de implementar medidas de control ante la aplicación de medios de contratación menos rigurosos en su procedimiento, articulando la norma de contratación con las normas de transparencia de los entes de control, para que, una vez se aplique cada normativa, se verifique que el presupuesto público está siendo usado directamente para, en este caso, hacer frente real y necesario a la prevención y mitigación de la pandemia.

IX. CONCLUSIONES: VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS NORMAS EXPEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL DURANTE COVID-19

1. Dentro de las normas permanentes que regulan la contratación pública en Colombia se evidencia el esfuerzo pausado en la última década tanto del Congreso de la República en la legislación, como del Gobierno Nacional en el diseño, ejecución, y aplicación de plataformas tecnológicas y herramientas TIC como el SECOP, que permiten agilizar y publicitar la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado.
2. El Estatuto General de Contratación Pública está formado por normas que hacen un esfuerzo por abarcar todos los puntos de la contratación; desde sus principios, mecanismos y procedimientos, hasta la aplicación de cada forma de contratación en el caso “específico” y la forma en que deben ser ejecutados, que son necesarios para garantizar la transparencia y legalidad. Sin embargo, de la lectura de la norma es posible evidenciar que la implementación de herramientas tecnológicas ha sido gradual y paulatina, de acuerdo a las herramientas tecnológicas que cada Entidad Publica cuenta para su disposición. Verbigracia, las audiencias virtuales las cuales solo fueron empleados en estricto sentido hasta la llegada de la Pandemia COVID-19.

3. Una de las ventajas de las normas expedidas en materia de contratación estatal durante los tiempos de pandemia, consistió en la aplicación imperiosa de los principios de la contratación estatal, mediante su refuerzo a través de los distintos Decretos y Normas de carácter nacional, que propendieron por hacer más transparentes los procesos de contratación, ante las inminentes dificultades de desarrollar un control que no fuera de forma presencial.
4. Así mismo, estas normas resultan ser una ventaja para el ejercicio de la actividad de supervisión, revisión, seguimiento y control de contratos, toda vez que refuerzan este ejercicio tanto en la implementación de la directiva 016 de 2020 de la Procuraduría General de la Nación, que proscribió la contratación con sobre costos, y dispuso la necesidad de publicar el proceso de contratación en tiempo real, especificando las causales de contratación en el marco de la emergencia, entre otras disposiciones; así como en el articulado de los decreto 440 de 2020 y 537 de 2020, donde se garantiza el ingreso y permanencia de los entes de control dentro de todo el proceso de contratación, de los contratos celebrados con el uso de herramientas tecnológicas.
5. Gracias al estudio de casos fue posible evidenciar las siguientes ventajas:
 - Las modalidades de selección ordinaria no revisten a las Entidades de la inmediatez y prontitud que requiere para conseguir una movilidad adecuada y con mitigación de riesgos de contagio para la ciudadanía, por ello es necesario contrarrestar y mitigar los efectos de la pandemia en la ciudad y la única forma de hacerlo es a través de nuevos mecanismos que hagan más expeditas las formas de contratación, especialmente cuando se trata de bienes y servicios para atender la pandemia generada por COVID-19.
 - Es evidente que una de las ventajas que se han observado a lo largo de este trabajo es la intervención de los entes de vigilancia y control dentro del proceso de contratación, no solo con su presencia habitual dentro de las etapas del proceso, sino con la expedición misma de directivas que permitan verificar que, aunque el proceso de contratación se haga de forma mucho

más rápida, hay puntos donde las entidades deben establecer con detenimiento, no solo la necesidad que buscan satisfacer con la contratación en el marco de la pandemia, sino la verificación de que el contratista presenta una oferta consecuente con los precios del mercado, sin aprovechar desmedidamente la situación de emergencia.

- La implementación de mecanismos electrónicos y plataformas digitales ha sido una de las mayores ventajas para adelantar procesos de contratación con estricta vigilancia y transparencia, ya que permite dejar una trazabilidad en tiempo real de todos los asuntos que se adelantan. Sin embargo, esto no es un aspecto nuevo. Lo novedoso del asunto es el adelantamiento de audiencias, etapas procesales contractuales que antes eran presenciales, por canales virtuales, lo cual requirió de una adaptación efectiva de cada una de las partes, tanto Estado como Contratistas.

6. Del estudio tanto de la normativa en el marco de la pandemia COVID-19 como de los casos aplicados, se evidenció también la presencia de desventajas:

- Una de las desventajas de adelantar contrataciones a través de la modalidad de contratación directa es la posibilidad de que se incremente de forma desbordada la contratación, dado que todo tipo de bienes y servicios pueden ser contratados de forma masiva, presentando un posible evento de corrupción, como puede ser la presencia de los mismos contratistas en los procesos de contratación; así mismo el proceso de control y vigilancia puede llegar a afectarse con posterioridad, dado el volumen de contratos.
- Si bien las herramientas tecnológicas representan agilidad y prontitud dentro de proceso de contratación, es necesario indicar que Colombia es un país donde las realidades de accesibilidad a la tecnología distan entre municipios, departamentos y regiones, por esto, puede resultar desventajoso para aquellas regiones con dificultad de acceso a internet y a herramientas de

tecnología, la obligatoriedad de publicar de manera permanente y en tiempo real el proceso de contratación.

REFERENCIAS

C 772 , Sentencia c772 (Corte Constitucional 10 de 12 de 1998).

Circular No. 06, Circular No. 06 de 19 de marzo de 2020 (Procuraduría General de la Nación 19 de marzo de 2020).

Contrato 0198 de 2020 (Secretaría de Salud - Departamento del Chocó 15 de Abril de 2020).

Contrato 0198 de 2020 (Secretaría de Salud- Gobernación del Chocó 15 de Abril de 2020).

Decreto No. 417, Decreto No. 417 de 17 de marzo de 2020 (Presidencia de la República 17 de Marzo de 2020).

Decreto No. 4170 , Decreto No. 4170 de 03 de noviembre de 2011 (Presidencia de la República 03 de Noviembre de 2011).

Decreto No. 457, Decreto No. 457 de 22 de marzo de 2020 (Presidencia de la República de Colombia 22 de Marzo de 2020).

Departamento Nacional de Planeación. (s.f. de s.f. de 2020). Guía para atender los Acuerdos Marco de Precios. Colombia.

Directiva No. 02, Directiva No. 02 de 12 de marzo de 2020 (Presidencia de la República 12 de Marzo de 2020).

Directiva No. 16, Directiva No. 16 de 2020 (Procuraduría General de la Nación 22 de Abril de 2020).

- Duran Angarita, R., Reyes Carvajalino, L. A., & Magdalena, M. (2018). *CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN ESTATAL EN*. Cúcuta: HIPÓTESIS LIBRE.
- Eficiente, C. C. (2018). *Colombia Compra Eficiente*. Obtenido de <https://www.colombiacompra.gov.co/content/colombia-compra-eficiente-y-las-alcaldias-y-gobernaciones>
- Gorbaneff, Y. (2003). *Problemas Teóricos de la Contratación Pública en Colombia*. Bogotá D.C.: Cuadernos de Administración Vol 16.
- IDU, I. d. (29 de Mayo de 2020). Documentos soporte. *Contrato 1023 de 2020*. Bogotá D.C., Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 80, Ley 80 de 1993 (Congreso de la República 28 de Octubre de 1993).
- Procuraduría General de la Nación. (24 de Abril de 2020). Obtenido de Procuraduría revela primeras decisiones frente a presunta corrupción con la contratación por la emergencia sanitaria por el covid-19: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-revela-primeras-decisiones-frente-a-presunta-corrupcion-con-la-contratacion-por-la-emergencia-sanitaria-por-el-covid-19.news>
- Raquel Duran Angarita, Lilia Aracely Reyes Carvajalino, Mayra Magdalena. (2018). *CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN ESTATAL EN*. Cúcuta: HIPÓTESIS LIBRE.
- Salud, O. P. (11 de Marzo de 2020). <https://www.paho.org/>. Obtenido de <https://www.paho.org/>: <https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-como-pandemia>
- Santillán Lamas, J. F., Flores Ortega, G., & Salazar Mendoza , R. E. (2021). El uso y aplicación de las tecnologías de información y comunicación en materia fiscal: la perspectiva del contribuyente en México. *Diagnostico Fácil Empresarial*, 45 - 53.

Secretaría de Movilidad. (2019). *Encuesta de Movilidad 2019*.
https://www.movilidadbogota.gov.co/web/sites/default/files/Paginas/22-04-2020/20191216_presentacion_encuesta_v2.pdf: Alcaldía de Bogotá D.C.