

RIESGOS QUE REPRESENTAN LAS MEDIDAS TOMADAS POR EL GOBIERNO COLOMBIANO A RAÍZ DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL¹

César Augusto Peláez Guzmán²

Luisa Fernanda Vélez Acevedo³

Resumen

La pandemia del COVID-19 hizo imperiosa la necesidad de tomar medidas por parte de los gobiernos alrededor del mundo. En el caso de Colombia, la declaratoria del Estado de Emergencia mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, desató toda una serie de medidas en todos los ámbitos. A nivel de contratación pública, las prácticas habituales tuvieron que ser modificadas en algunos aspectos para mitigar efectos de la pandemia. Tales modificaciones representan riesgos a la hora de desarrollar la actividad contractual; estos se han evidenciado en casos reales que son materia de investigación por parte de las autoridades competentes.

Palabras clave: Estado de emergencia, contratación pública, COVID-19, corrupción.

Abstract

The COVID-19 pandemic made it imperative for governments around the world to take action. In the case of Colombia, the declaration of the *State of Emergency* through Decree 417 of March 17, 2020, unleashed a series of measures in all areas. At the public procurement, the usual practices had to be modified in some aspects to mitigate the effects of the pandemic. Such modifications represent risks when developing the contractual activity; these have been evidenced in real cases that are the subject of investigation by the competent authorities.

Keywords: State of emergency, public procurement, COVID-19, corruption.

¹ Artículo de investigación, requisito de grado para optar al título en la Especialización en Derecho Administrativo, Universidad Libre Seccional Pereira.

² Abogado. Estudiante de la Especialización en Derecho Administrativo, Universidad Libre Seccional Pereira. Correo electrónico: cesar-pelaezg@unilibre.edu.co

³ Abogada. Estudiante de la Especialización en Derecho Administrativo, Universidad Libre Seccional Pereira. Correo electrónico: luisaf-veleza@unilibre.edu.co

Introducción

La Constitución Política de 1991, consagra tres tipos de estados de excepción en Colombia: guerra exterior, conmoción interna y emergencia. Su declaratoria está sujeta a la ocurrencia de circunstancias de anormalidad que hagan imperiosa su adopción.

En Colombia la declaratoria de estados de excepción ha sido una figura bastante utilizada por los gobiernos de turno; estos han estado enmarcados principalmente en la problemática de la violencia que históricamente ha enfrentado el país.

Sin embargo, en el año 2020 la crisis, tuvo una connotación totalmente distinta, generada por la pandemia del COVID-19, la cual sin duda es un fenómeno que ha afectado a la población a nivel global, que no tiene antecedentes en la historia reciente y que tiene profundas incidencias en el manejo del derecho público por parte del Estado, pues en aras de lograr su propósito de garantizar el bienestar de toda la población, se ve en la necesidad de adoptar toda una serie de medidas que permitan mitigar los efectos de la pandemia.

El presidente Iván Duque, amparado en el artículo 215 constitucional, declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, con la finalidad de poder adoptar las medidas pertinentes para moderar la crisis generada por la contingencia del COVID-19.

Uno de los aspectos que ha tenido un impacto sustancial por las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la república en vigencia del estado de emergencia, tiene que ver con la contratación estatal, cuyo régimen está plenamente determinado en el ordenamiento jurídico; la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 son las que en términos generales regulan la materia.

En vigencia del estado de emergencia, se han expedido los decretos legislativos 440 y 537 de 2020 por medio de los cuales se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, esto implica que las autoridades administrativas del orden nacional, departamental y municipal tengan que modificar las prácticas habituales de contratación estatal, lo cual, transcurrido un año de vigencia del estado de emergencia, lleva a plantearse la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los riesgos que representan las

medidas adoptadas por el gobierno colombiano en materia de contratación estatal a raíz de la pandemia del COVID-19?

La contratación estatal implica la destinación de recursos públicos, cuyo propósito es el de cumplir y hacer efectivos los principios del Estado Social de Derecho; en tratándose de una pandemia como la que se está viviendo a nivel mundial, el estado de emergencia hace aún más imperiosa la necesidad de destinar tales recursos a la garantía de mínimos de bienestar de la población, por lo tanto, es necesario analizar los riesgos que pueden derivarse de las facultades de que gozan las autoridades en virtud de los decretos expedidos en el marco de la contingencia del COVID-19.

Con el fin de evaluar los riesgos en materia de contratación estatal que han representado las medidas adoptadas por el gobierno colombiano a raíz de la pandemia del COVID-19 en el último año, se identificarán los aspectos de los decretos expedidos por el gobierno nacional que tienen incidencia en los procesos de contratación pública, comparando las diferencias en cuanto a las prácticas tradicionales de contratación y las que se derivan de la emergencia económica, social y ecológica.

Los riesgos mencionados, han tenido posibles eventos de materialización e incidencia en posibles actos de corrupción, ya que poco tiempo después de la entrada en vigencia de los decretos, en el marco de la contratación adelantada, se comenzó a informar por los diferentes medios de comunicación sobre presuntos actos de corrupción relacionados con la contratación adelantada para la adquisición de suministros para atender la misma pandemia, procesos contractuales en los que presuntamente, abusando de la *flexibilización* de la modalidad de la contratación directa, se abrían obviado los principios de la contratación pública, por lo que en el presente estudio se analizarán algunos casos emblemáticos que se han presentado en el país.

Régimen de contratación pública en Colombia

Cuando se habla de contratación estatal, debe entenderse que abarca todo contrato en el que alguna de las partes tenga carácter de estatal. Su propósito es el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (Sentencia 39005 de 2013):

La contratación estatal, como actividad administrativa, constituye un instrumento facilitador del cumplimiento de los fines y funciones del Estado y la satisfacción de las necesidades e intereses colectivos, mediante el cual las diversas entidades que lo componen pueden recurrir a los particulares o a otras entidades estatales, que cuenten con los elementos o la idoneidad requerida para el cumplimiento de algunas de sus tareas, cuando éstas no puedan satisfacer tales necesidades de manera directa.

De ahí que tenga una regulación especial, que de manera global está contenida en la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública), modificada por la Ley 1150 de 2007, que además introdujo otras disposiciones en la materia.

También son importantes el Decreto Reglamentario 1510 de 2013, el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional (1082 de 2015), sobre el sistema de compras y contratación pública.

Le ley define las diversas modalidades de contratación, y a su vez esta se rige por una serie de principios: planeación, transparencia, economía, buena fe, publicidad, igualdad, libre concurrencia, previsibilidad, responsabilidad, selección objetiva, entre otros, que deben ser tenidos en cuenta en todas las etapas del proceso: precontractual, contractual y post contractual.

Si bien la normatividad existente es lo bastante extensa, existen situaciones que, por su imprevisibilidad, pueden llegar a alterar o modificar -temporalmente- el régimen. Situaciones en las cuales, dadas las circunstancias previstas, existe la posibilidad de obviar la regla general de selección del contratista mediante licitación pública y proceder a dicha selección mediante la contratación directa, tal como se encuentra previsto en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, contratación de urgencia manifiesta, en este caso, en virtud de la declaratoria de un estado de excepción, de que trata el capítulo 6, artículos 212 y s.s. de la Constitución Política de Colombia (1991), tales como la conmoción interior, guerra exterior o emergencia económica, social y ecológica.

Tal es el caso derivado de la declaratoria del Estado de Emergencia mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020; esto en virtud de la pandemia del COVID-19, declarada así por la OMS el 11 de marzo del mismo año.

En vigencia de este estado de excepción, el presidente de la república expidió un número considerable de decretos con fuerza de ley, con la finalidad la de conjurar la crisis económica y social; en materia de contratación estatal, los decretos que representan una incidencia son el 440 del 20 de marzo y el 537 del 12 de abril, en temas relacionados con la selección de los contratistas, adiciones de los contratos y pagos entre otros.

Decretos con fuerza de Ley expedidos en virtud del estado de excepción declarado mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020

Decreto 440 del 20 de marzo de 2020

Este adoptó una serie de medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia. Los temas que modifica este decreto tienen que ver con las audiencias públicas, procedimientos sancionatorios, suspensión de procesos de selección de contratistas y revocatoria de actos de apertura, utilización de los instrumentos de agregación de demanda, mecanismos de agregación de demanda de excepción, adquisición en grandes superficies, contratación de urgencia, adición y modificación de contratos estatales, entre otros.

Decreto 537 del 12 de abril de 2020

Este extiende la aplicación de las medidas definidas en el Decreto 440 del 20 de marzo de 2020.

Estos decretos fueron expedidos con el propósito de atender de manera ágil las necesidades de la población afectada por la emergencia derivada de la Pandemia COVID-19, tales como suministro de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras que se requieran de manera inmediata con para prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia en la población, contratación que no obstante debe regirse bajo los principios de transparencia y legalidad.

Modificaciones al régimen de contratación

Dado que se pretende evaluar los riesgos en la nueva normatividad introducida por los decretos presidenciales, es necesario primero establecer el alcance de las modificaciones realizadas a ciertas disposiciones clave en los procesos que adelantan las entidades estatales para la contratación de bienes y servicios, por lo cual, en el siguiente ejercicio se propone una comparativa a modo de paralelo, para de este modo identificar los aspectos fundamentales que se modifican o adicionan excepcionalmente en materia de contratación durante el término de vigencia de la Emergencia Sanitaria.

Es de anotar, que el decreto 440 del 20 de marzo de 2020 es extendido en su vigencia por el decreto 537 del 12 de abril de 2020, estableciendo exactamente las mismas medidas, sin embargo, el decreto 537 en sus artículos 2, 5, 6, 8 y 10 es específico en adicionar la normatividad vigente, por lo que el análisis del impacto de las medidas adoptadas abarca ambos decretos.

Tabla 1

Modificaciones al régimen de contratación

Medidas en materia de contratación introducidas por los decretos 440 y 537 de 2020	Normatividad vigente que fue adicionada o modificada con la entrada en vigencia de los decretos 440 y 537 de 2020
Audiencias Públicas.	
<p>Con la finalidad de propiciar el distanciamiento social, el decreto contempla como primera medida en su artículo 1, que la celebración de audiencias públicas se lleve a cabo de manera virtual, garantizando los medios para ello y de esta manera la libertad de concurrencia de los proponentes a los procesos de contratación, logrando no paralizar el mercado de compras estatales y brindarle continuidad a los procesos licitatorios en el entendido que se requiere ejecutar recursos.</p> <p>Se establece igualmente, que la selección abreviada mediante subasta inversa se adelantará por medio de una aplicación bajo el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP II o en la plataforma que la entidad Estatal adquiera.</p>	<p>Sobre la utilización de medios electrónicos para la realización de audiencias, la normatividad ha recorrido un largo camino desde la Ley 527 de 1999, que definió y reglamentó el uso de datos en los procedimientos administrativos; en su artículo 14 establece que, en los contratos, la oferta y su aceptación podrían ser expresadas mediante un mensaje de datos, lo cual no afectaría su validez o fuerza obligatoria.</p> <p>Lo anterior, puede aplicarse al estatuto de la contratación estatal, ya que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 dejó previsto que “En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales.”</p> <p>En igual sentido, la Ley 962 de 2005, se mencionó la utilización de medios tecnológicos para</p>

adelantar trámites en las entidades de la administración pública.

La ley 1150 de 2007, en su artículo 3 habla de la contratación pública electrónica, en la cual los actos derivados de la actividad precontractual y contractual pueden tener lugar por medios electrónicos. En desarrollo de estas normas, Colombia Compra Eficiente administra el SECOP II, la cual es una plataforma que permite adelantar procesos de contratación en línea.

Asimismo, la Ley 1437 de 2011 establece como regla general, acerca del trámite de las actuaciones y audiencias, que estas se podrán adelantar por medios electrónicos. Finalmente, el decreto ley 19 de 2012, establece la eliminación de trámites y el acceso a la información y procedimientos administrativos por medios electrónicos.

Procedimientos administrativos sancionatorios.

Sobre los procedimientos administrativos sancionatorios iniciados por presunto incumplimiento contractual, el decreto en su artículo 2 establece que se podrán adelantar las audiencias por medios electrónicos y que además se permitirá la suspensión de términos aún en los procesos iniciados con anterioridad a la vigencia del decreto.

La Ley 1474 de 2011, en su artículo 86, acerca de las sanciones y declaratorias de Incumplimiento establece la forma en que debe adelantarse el proceso sancionatorio contractual por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En esta disposición normativa no se especifica un término para cada etapa del proceso, en muchas ocasiones en estos procesos se recurre por analogía a otros procedimientos administrativos.

En esta norma están contempladas suspensiones de las audiencias, que pueden ser solicitadas a petición de parte o de oficio por el jefe de la entidad, pero no se establece en la norma unos términos procesales que serían objeto de la suspensión.

Suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de los actos de apertura.

Con el objetivo de dar prioridad al gasto con ocasión de la declaratoria de la urgencia manifiesta, si las entidades públicas requieren recursos para atender la emergencia y para esto es necesario detener ciertos procesos de contratación; se podrán reversar procesos licitatorios que se hayan abierto para concederle prioridad a otras necesidades, podrán suspenderlos e incluso revocarlos siempre que no se hayan presentado propuestas y siempre y

De acuerdo con el párrafo del artículo 68 de la Ley 80 de 1993, los actos administrativos contractuales pueden ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada. Por tanto, cualquier acto administrativo contractual, como el acto de apertura, es susceptible de revocatoria directa, esto de acuerdo con lo estipulado en los artículos 93, 94, 95 y 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el cual se establecen las causales.

cuando no se haya superado la fecha para la presentación de ofertas.

Sin embargo, las causales de revocatoria directa de un acto administrativo son taxativas y proceden solamente Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley; cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él; y cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

En este caso, el decreto introduce una nueva causal para la revocatoria y esta sería la declaratoria de urgencia manifiesta en el marco del Estado de Emergencia Social, económica y ecológica.

Utilización de sus instrumentos de agregación de demanda de excepción.

Las Gobernaciones y Alcaldías podrán adquirir con prioridad sus bienes y servicios a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, la cual deberá utilizarse de preferencia.

Sin proceso de licitación alguna, los proveedores de bienes y servicios útiles y necesarios para mitigar la pandemia puedan ofrecer los mismos en la Tienda Virtual del Estado Colombiano.

Para los acuerdos marco de precios por contratación directa, se podrán configurar catálogos de emergencia, conformados por proveedores preexistentes en esos Instrumentos de agregación de demanda, así como por nuevos proveedores.

En la normatividad vigente este procedimiento aplica para la contratación de mínima cuantía en procesos de selección abreviada, por las características del objeto a contratar, características uniformes y de común utilización las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio puedan adelantarse procesos simplificados.

Específicamente el párrafo 5 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 establece que los acuerdos marco de precios permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales.

La modificación radica en que de acuerdo con el artículo 7 de los decretos, se deberá preferir la compra por catálogo derivado de los Acuerdos Marco de Precios vigentes y dispuestos en la Tienda Virtual del Estado Colombiano de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.

Adquisición en grandes superficies.

Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las entidades estatales podrán adquirir bienes por grandes superficies, cuando se trate de la adquisición de bienes relacionados con la emergencia, ya no solo, con límite de presupuesto hasta la mínima cuantía de cada institución, sino también hasta la menor cuantía, para brindarle celeridad y mayor ejecución a las compras públicas, mediante el instrumento de agregación de demanda de grandes superficies.

El artículo contemplado en los decretos adiciona un inciso al párrafo 1 del artículo 94 de ley 1474 de 2011 que trata de la transparencia en contratación de mínima cuantía, en el que se estipuló que además de las reglas de contratación allí descritas, se establecería un reglamento que expediría el gobierno nacional para éstas y las adquisiciones en establecimientos denominados "gran almacén".

Este procedimiento actualmente se denomina instrumento de agregación de demanda de grandes superficies, por lo que la novedad del decreto reside simplemente en extender este

Contratación de urgencia.

Con ocasión de la declaratoria de estado de Emergencia Sanitaria por parte del 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, sin proceso licitatorio alguno, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro.

Con el mismo propósito, las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen la posibilidad de contratar de manera directa en las mismas condiciones mencionadas.

Adición y modificación de contratos Estatales.

De acuerdo con esta estipulación se permite la adición de contratos superior al 50%. Los contratos para la adquisición de bienes y servicios que se relacionen directamente con la pandemia se podrán adicionar sin límite de cuantía.

Para este propósito, la entidad estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

Procedimiento para el pago de contratistas del Estado.

Se establece que las entidades deberán implementar la recepción, trámite y pago de facturas y cuentas de cobro de sus contratistas a través de mecanismos electrónicos:

mecanismo de contratación y adquisición de bienes por parte de las entidades estatales ahora hasta el valor de la menor cuantía.

Esta contratación de urgencia se define de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la ley 80 de 1993.

Por lo tanto, la modificación introducida por los decretos incide directamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece que la modalidad de selección de contratación directa procede entre otros en el caso de la declaratoria de urgencia manifiesta.

Es por ello por lo que el artículo 2.2.1.2.1.4.2. del Decreto 1082 de 2015 establece que «Si la causal de contratación directa es la urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación, y en este caso la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos.

En este sentido con los decretos se entiende comprobado el hecho que origina la declaratoria de urgencia Manifiesta y se incluyen entidades que se habían excluido en la ley 80 de 1993 en la contratación de urgencia.

De acuerdo con el párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, es taxativa la prohibición en los contratos que celebren las entidades estatales de exceder del 50% en adiciones del valor inicial del contrato.

Esta limitación impuesta por el legislador se concibió como una medida de control para prevenir la evasión a los procesos de licitación pública al establecerse una cuantía ficticia a los contratos, así como para garantizar los principios de transparencia, selección objetiva y el principio de planeación en la contratación estatal, por lo que esta es quizás la novedad que puede presentar un mayor riesgo de generar sobrecostos en los contratos estatales.

El Decreto 624 de 1989, por el cual se expidió el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales en su artículo 161-1 establece que la factura o documento se debe exigir para las operaciones de

“Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las entidades estatales deberán implementar para la recepción, trámite y pago de facturas y cuentas de cobro de sus contratistas, mecanismos electrónicos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 616-1 del Estatuto Tributario.”

venta o prestación de servicios, que sus sistemas pueden ser en papel o electrónica, especificando en el artículo 617 sus requisitos y en el artículo 618 establece su obligatoriedad.

La novedad introducida por los decretos solo se refiere a la forma de presentación para el cobro, brindando la posibilidad de que ésta se haga de manera electrónica, sin introducir alguna modificación de relevancia en este sentido.

Nota. Elaboración propia a partir de Medidas en materia de contratación introducidas por los decretos 440 y 537 de 2020 Normatividad vigente que fue adicionada o modificada con la entrada en vigencia de los decretos 440 y 537 de 2020.

La comparativa permite identificar y evidenciar aspectos importantes de los decretos, tales como el hecho de que centran su intención en dar prioridad al adelantamiento de los procesos contractuales por medio de audiencias virtuales, en la utilización de los medios electrónicos para los diferentes trámites tanto en los procesos que se iniciarían en medio de la pandemia como en los procesos que actualmente se adelantaban a la entrada en vigencia de los decretos, esto para facilitar el avance en los procesos en situaciones en las que se decretaron cuarentenas y aislamientos preventivos obligatorios, previniendo también de esta manera la paralización de la actividad contractual y al mismo tiempo la propagación del virus SARS-CoV-2 que produce la enfermedad COVID-19.

Sin embargo, los decretos también introducen un par de posibilidades en la contratación estatal, las cuales pueden tener grandes implicaciones en el riesgo que pudiese presentarse o facilitarse actos de corrupción en los procesos de contratación de las entidades del Estado, principalmente el mismo hecho de la declaratoria de la urgencia manifiesta que permite la contratación directa, y la adición a los contratos estatales en cuantías superiores al 50%.

Es claro que la emergencia y la pandemia representan una presión adicional a la hora de contratar, en especial las primeras medidas tomadas, donde se decretaron cuarentenas tan estrictas generando automáticamente que la población que ya históricamente ha sido vulnerable -especialmente a nivel económico-, tuviera a costas el mayor impacto; en Colombia las cifras de personas en situación de pobreza y trabajo

informal han sido considerables, situaciones que inevitablemente requieren acciones distintas a las que con normalidad se ejecutan en los procesos de contratación.

El relajar las reglas habituales de contratación, trae consigo un riesgo principalmente a nivel de corrupción, y esto no ocurre solamente en Colombia, si se tiene en cuenta que la crisis es a nivel global. Al respecto Rose-Ackerman y Sauca-Cano (2021, p. 42):

En muchos países, causan sorpresa los contratos adjudicados a contratistas vinculados a la gente en el poder. En el Reino Unido, los contratos fueron adjudicados a compañías cuyos accionistas, consejeros y ejecutivos incluían actuales o anteriores cargos públicos de alto nivel (Tabby Kinder, et al., 2020). El partido gobernante en Sudáfrica se encontró con el clamor de protesta del público después de que el marido de la portavoz presidencial ganase contratos EPI (Sishi y Winning, 2020).

De materializarse el riesgo concerniente a la corrupción, esta deriva eventualmente en detrimento patrimonial para el Estado, haciendo vital que tanto en vigencia del Estado de Emergencia como con posterioridad, los entes de control estén alertas y desarrollen con rigurosidad su función.

En materia de control fiscal, por ejemplo, resulta interesante el acto legislativo 04 de 2020, -que devolvió la competencia a la Contraloría General de la República de ejercer control concomitante-, ya que permite ejercer control en tiempo real y poder advertir sobre el riesgo en la pérdida de recursos públicos (Cuervo y Angel, 2020).

Casos prácticos de contratación en pandemia

Con el fin de conocer las posibles incidencias en el riesgo de ocurrencia de actos de corrupción, que pudieron presentarse después de un año como resultado de las modificaciones en materia de contratación estatal introducidas por los decretos, y la utilización de estas como herramienta por parte de los administradores de los recursos públicos en las diferentes entidades territoriales, se identifican una serie de casos reales que evidencian posibles actos de corrupción, en los cuales se encuentra que existe la posibilidad de pérdida de dineros destinados a la contratación de bienes y servicios.

Estos casos se presentan en procesos de contratación en los cuales se analizará la posible utilización de alguna de las facultades excepcionales introducidas en el marco de la urgencia manifiesta por los decretos presidenciales:

Caso 1

Hallazgo de la Contraloría General de la República relacionado con posibles sobrecostos en la contratación del municipio de San José de Miranda en Santander para atender la emergencia sanitaria por cuenta de la pandemia del COVID-19 (Rey, 2020):

(...) posibles sobrecostos en la ejecución de los contrato 038 del 25 marzo de 2020, por \$89.455.000, con el objeto: 'Adquisición de ayudas humanitarias y kit de prevención de propagación del virus COVID-19, para la población del municipio de San José de Miranda, con relación a la emergencia nacional generada por la pandemia del coronavirus COVID-19', y el contrato 041 del 6 abril de 2020 por \$16.623.870 incluido IVA, con el objeto de 'Compra de elementos de bioseguridad para prevención de la propagación del COVID-19 en las unidades de la Estación de Policía de San José de Miranda y la Unidad Básica de Investigación Criminal (...) se pudo establecer una diferencia de un mayor valor total de los bienes adquiridos en el contrato 038 de 2020, en precios unitarios incluido IVA y valor total incluido IVA (por las cantidades adquiridas), respecto a 18 ítems cotizados por las empresas de la Región que asciende a \$46.705.732, que representa un mayor valor promedio de los bienes en el 242,8% sobre los valores del mercado en el Municipio de San José de Miranda, incluyendo las deducciones de ley (...) se presenta una diferencia de un mayor valor total de los bienes adquiridos en el contrato 041 de 2020, entre los precios unitarios incluido IVA, respecto a 8 ítems comparados con los precios de referencia del Catálogo de Grandes Superficies de CCE6 que asciende a \$11.111.707, que representa un mayor valor promedio de los bienes en el 301,1% sobre los valores del mercado a nivel nacional, agrega el informe de la Contraloría.

Análisis

Tipo de contrato: Contrato de Compraventa.

Cuantía: \$89'455.000

Modalidad de Selección: Contratación Directa (Urgencia manifiesta Art. 42 Ley 80).

Aplicación decretos 440 y 537 de 2020: Artículo 7 se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia, se inaplicó los artículos 4 a 6.

Irregularidad: Sobreprecios.

Posible incidencia: En este contrato se justifica la contratación mediante la modalidad de contratación directa, a raíz de la declaratoria de urgencia manifiesta en el municipio de San José de Miranda mediante Decreto 19 del 24 de marzo de 2020, proceso que de otra manera se habría adelantado mediante el procedimiento contratación de mínima cuantía, con lo cual se podría haber ayudado a seleccionar la propuesta con el menor precio, así mismo, utilizando la contratación directa en urgencia manifiesta, se debió aplicar el artículo 4 de los de los decretos que establece que deberá preferirse los instrumentos de agregación a la demanda, se hubiera evitado de esta manera el posible sobreprecio de los elementos adquiridos ya que estos serían de antemano los más bajos.

Caso 2

La Procuraduría encontró presuntas irregularidades en la celebración de cuatro contratos de suministro de elementos de bioseguridad, guantes y tapabocas, en el marco de la emergencia del COVID-19 en Armenia Quindío por valor de \$1.590 millones de pesos (Procuraduría General de la Nación, 2020):

El órgano de control investiga presuntos problemas en la selección del contratista, vulneración de los principios de la contratación, sobrecostos y posibles irregularidades en los estudios de mercados de los negocios jurídicos 01 de 2020 por \$500 millones de pesos, 02 de 2020 por \$350 millones de pesos, 03 de 2020 por \$300 millones de pesos, y 04 de 2020 por \$442.340.500. Así mismo, un posible abuso de las potestades contractuales que llevaron, al parecer, a direccionar y seleccionar indebidamente proveedores sin idoneidad, mediante el mecanismo de contratación directa, durante la emergencia sanitaria derivada del COVID-19, que pueden advertir el quebrantamiento de los principios de la contratación y moralidad administrativa.

Análisis

Tipo de contrato: Contrato de Suministro.

Cuantía: \$350'000.000 (Contrato de suministro de urgencia manifiesta 02 de 2020).

Modalidad de Selección: Contratación Directa (urgencia manifiesta).

Aplicación decretos 440 y 537 de 2020: Artículo 7 se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia, se inaplicó los artículos 4 a 6.

Irregularidad: Contratista carente de idoneidad y sobrecostos.

Posible incidencia: El municipio declaró la urgencia manifiesta mediante decreto 144 del 20 de marzo de 2020, lo que sirvió de justificación para la modalidad de selección del contratista, proceso que se abría adelantado mediante la modalidad de selección abreviada dada la cuantía y los bienes a adquirir; esto hubiera permitido la compra a un precio de mercado al mejor proponente, mediante la subasta inversa o compra mediante mecanismos de agregación a la demanda.

Caso 3

Fiscalía General de la Nación encontró presuntas irregularidades en la contratación de actividades educativas y publicitarias que no se correspondían con la mitigación de la pandemia en el Departamento del Chocó (Fiscalía General de la Nación, 2021):

Los hechos investigados tienen relación con el contrato de prestación de servicios N°198 del 15 de abril de 2020, suscrito de manera directa con la Fundación Chocó Saludable, para realizar jornadas de salud y mitigar el impacto de la pandemia en 27 municipios. La celebración del citado contrato habría vulnerado decretos y resoluciones que establecen los parámetros de contratación, en virtud de la coyuntura por el COVID -19. Adicionalmente, se conoció que en el proceso de selección no fueron invitadas Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) del departamento. La convocatoria fue dirigida a entidades de otra región que, al parecer, no tenían las competencias, perfil, experiencia, condiciones técnicas y operativas. Una de estas, la Fundación Chocó Saludable.

Análisis

Tipo de contrato: Contrato de Prestación de Servicios.

Cuantía: \$2'091.500.000

Modalidad de Selección: Contratación Directa (urgencia manifiesta).

Aplicación decretos 440 y 537 de 2020: Sí, Artículo 7 se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia.

Irregularidad: Direccionamiento de contrato y contratista no idóneo.

Posible incidencia: En este caso la entidad realiza la declaratoria de urgencia manifiesta en el departamento mediante decreto 81 del 20 de marzo de 2020, por lo cual la entidad justifica la contratación directa, adicionalmente, con respecto a la selección del contratista, en el caso de la prestación de servicios la ley 1150 de 2007 establece en el artículo 2, numeral 4, literal h), la posibilidad de contratar directamente los servicios profesionales o de apoyo a la gestión independientemente de la cuantía, por lo que las falencias posiblemente tuvieron relación fundamentalmente con la inobservancia de los principios de publicidad y selección objetiva.

Caso 4

Fiscalía General de la Nación encontró una presunta contratación irregular relacionada con la atención de la emergencia sanitaria por el COVID-19 en el municipio de La Montañita (Caquetá), en la que se presentaron sobrecostos en un contrato para el suministro de mercados a la población (Fiscalía General de la Nación. (2021):

El 8 de abril de 2020 la Alcaldía, a través de la Secretaría de Integración Social, suscribió con Narvárez Tovar el contrato 055, cuyo objeto era el suministro de mercados para la población vulnerable del casco urbano y rural del municipio, con el fin de garantizar la seguridad alimentaria de los habitantes con ocasión de la pandemia del COVID -19. El contrato, por \$79.997.576 y una vigencia de dos meses, fue ejecutado en el marco de la Calamidad Pública decretada por la Alcaldía Municipal. La Secretaría habría aceptado los precios establecidos por el contratista sin tener en cuenta un estudio propio de mercado o análisis de unitarios

que evitaran un detrimento patrimonial para la administración pública. A su vez, quien fue favorecido con la adjudicación en su propuesta comercial presuntamente aumentó considerablemente el valor unitario de los artículos; de esta manera al parecer se generaron sobrecostos por un valor de \$13.765.376.

Análisis

Tipo de contrato: Contrato de Suministro.

Cuantía: \$79'997.376

Modalidad de Selección: Contratación Directa (urgencia manifiesta).

Aplicación decretos 440 y 537 de 2020: Artículo 7 se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia, se inaplicó los artículos 4 a 6.

Irregularidad: Direccionamiento de contrato y sobrecostos.

Posible incidencia: Nuevamente se encuentra un caso de contratación directa en el cual la entidad justifica esta con base en declaratoria la urgencia manifiesta, la cual se da en el municipio de la Montañita mediante decreto 55 del 24 de marzo de 2020; de lo contrario se habría adelantado un proceso de selección abreviada mediante subasta inversa, con respecto a la selección del contratista la entidad manifiesta en la justificación de la contratación que para este caso solo se presentó un proponente, situación que evidencia un posible abuso de la facultad de contratar directamente y la mala fe del contratista que posiblemente presentó precios artificialmente bajos.

Caso 5

La Fiscalía General de la Nación encontró presuntas irregularidades en la contratación de ambulancias en el departamento de Putumayo al amparo de la emergencia por la pandemia del COVID-19 (Fiscalía General de la Nación, 2020):

Durante las audiencias de control de garantías, la Fiscalía señaló que el mandatario decretó la calamidad pública en el departamento, cuatro días antes de la declaratoria de Emergencia Económica Social y Ecológica que hizo el Gobierno Nacional. Al amparo del acto administrativo que se adelantó a cualquier marco normativo para atender la pandemia, la Gobernación de Putumayo, a través del

secretario de salud, suscribió el contrato investigado por un valor de \$3.460.634.610. En las investigaciones la Fiscalía detectó un supuesto direccionamiento indebido para que la adquisición de los vehículos quedara en manos de un único proponente, Carrocería Innovas SAS; además de un sobrecosto por \$1.064.626.310. El material de prueba también evidenció que el contratista, al parecer, no tenía disponibles las ambulancias medicalizadas para la fecha y plazo del contrato; sin embargo, habría recibido un anticipo del 50% del valor del contrato, en contravía de las normas.

Análisis

Tipo de contrato: Contrato de Compraventa.

Cuantía: 3.460.634.610

Modalidad de Selección: Contratación Directa (urgencia manifiesta).

Aplicación decretos 440 y 537 de 2020: Sí, se utilizó la contratación directa, artículo 7 se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia.

Irregularidad: Direccionamiento de contrato y sobrecostos.

Posible incidencia: En este caso, por la cuantía de la contratación y por el objeto de este debió adelantarse el proceso contractual mediante la modalidad de licitación pública, sin embargo, el departamento del putumayo declara la situación de calamidad pública mediante decreto 111 del 13 de marzo de 2020 lo que lo habilitó para contratar directamente la compra de estos vehículos. En los estudios previos se estableció un mecanismo de selección objetiva para este proceso, pero solo se invitó a un proponente con base en tres cotizaciones realizadas, caso en el cual, de haberse adelantado el proceso de selección mediante licitación pública, se hubiese podido obtener un mejor precio.

Resultados y hallazgos

Luego de presentados algunos los casos que han hecho eco en el ámbito nacional, aunque no se cuenta con mayor detalle de lo sucedido dado que son investigaciones en curso las cuales cuentan con reserva, siendo la mayoría de estos extractados de

boletines de prensa de la fiscalía general de la nación, se analizó la relación de lo ocurrido con las facultades otorgadas por la declaratoria de urgencia manifiesta contempladas en los decretos 440 y 537 de 2020, realizando una revisión de estos procesos contractuales en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP).

En términos generales se encontró que los decreto 440 y 537 de 2020 no tuvieron un impacto significativo en los casos analizados, lo que puede deberse una situación en particular, la cual tiene que ver con que la normatividad existente anterior a la expedición de los decretos previó la urgencia manifiesta (artículo 42 ley 80 de 1993) declarada dentro del estado de excepción, como causal para la contratación directa, artículo 2, numeral 4, literal a, de la Ley 1150 de 2007.

En los casos analizados, las entidades estatales procedieron luego de la expedición por parte del presidente de la república del decreto 417 del 17 de marzo de 2020, a la expedición de los respectivos decretos de declaratoria de la urgencia manifiesta en los diferentes departamentos y municipios, lo que dio vía libre al adelantamiento de diferentes procesos de contratación bajo la modalidad de selección de contratación directa.

Posiblemente el principal aporte en este sentido por parte de los decretos 440 y 537 consiste en dar por comprobado el hecho que da lugar a la declaración de la urgencia manifiesta, por lo que las entidades estatales no tendrían que incluir una mayor argumentación en dicho sentido en sus actos administrativos.

La contratación directa se encuentra relacionada en la totalidad de casos analizados, en los cuales dado el bien o servicio a adquirir o de acuerdo con la cuantía de la contratación, y de no estar contratando mediante la figura de urgencia manifiesta, debería haberse acudido a procedimientos de contratación que hubiesen permitido la participación de una pluralidad de oferentes, lo que posiblemente habría reducido el riesgo de que se presentasen las irregularidades investigadas.

Sin embargo, es claro que las presuntas irregularidades ocurridas no son producto o consecuencia de la utilización del mecanismo de la contratación directa; es el abuso de este mecanismo el que se cuestiona y que puede incidir en la ocurrencia del daño, ya

que este no es óbice para que las entidades públicas una contratación objetiva que seleccione la mejor propuesta entre un número plural de oferentes.

Sorprende el hecho de que en ninguno de los casos analizados se haya utilizado quizás el más *peligroso* de los mecanismos introducido por los decretos y es el del artículo 8, el cual permite adicionar sin límite de valor los contratos, lo cual supone un riesgo mayor al permitir igualmente el favorecer a un único contratista con un contrato que en la práctica se renueva constante e indefinidamente.

Otro hallazgo del análisis, tiene que ver con la no utilización por parte de las entidades estatales de los instrumentos de agregación a la demanda previstos en los decretos, los cuales debieron utilizarse preferentemente para la adquisición de bienes y servicios por catálogo de los acuerdos marco de precios en la tienda virtual del Estado colombiano o en los catálogos de emergencia que debió habilitar Colombia Compra Eficiente, tampoco se observó la adquisición en grandes superficies hasta la menor cuantía que contempla el artículo 6, casos todos en los cuales que podrían haber asegurado un mejor precio en los bienes adquiridos.

Conclusiones

El relajamiento de las normas contractuales, sin duda abre una oportunidad o espacio para tomar ventaja de la flexibilización que ofrecen los decretos legislativos referentes a la contratación pública en vigencia del estado de emergencia. Ya es una práctica habitual por parte de los ordenadores del gasto, la de asignar contratos sin el pleno cumplimiento de requisitos, o a contratistas que no precisamente se destacan por su idoneidad. La pandemia del COVID-19 crea un contexto en el que tales prácticas pueden llevarse a cabo con más facilidad, poniendo en riesgo la adecuada destinación del gasto público y en consecuencia el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Finalmente, más allá de las medidas puntualmente adoptadas en los decretos 440 y 537 de 2020 en materia de contratación pública, estos decretos junto con la declaratoria del estado de excepción por parte del gobierno nacional, de alguna manera dieron vía libre a la consecuente declaratoria de urgencia manifiesta por parte de las entidades territoriales y la masiva contratación de bienes y servicios mediante la

modalidad de contratación directa, la cual históricamente ha sido usada en el país como mecanismo para el favorecimiento de terceros en la adjudicación de contratos, como se pudo evidenciar de los casos analizados, lo cual ha ido en detrimento del patrimonio público y de la calidad en la ejecución de los objetos contractuales, solo resta esperar que el control automático establecido en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993 arroje resultados en los próximos meses y años.

Referencias

Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Legis Editores.

Cuervo, M., y Angel, F. (2020). La responsabilidad fiscal en tiempos del Covid-19. *Revista Colombiana de Contabilidad - ASFACOP*, 8(16), 53-74.
<https://ojs.asfacop.org.co/index.php/asfacop/article/view/183>

Decreto 1082 de 2015. (2015, mayo 26). Presidencia de la República de Colombia [Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional]. <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>

Decreto 1510 de 2013. (2013, julio 17). Presidencia de la República de Colombia [Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública]. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=53776

Decreto 417 de 2020. (2020, marzo 17). Presidencia de la República de Colombia [Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional]. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20417%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>

Decreto 440 de 2020. (2020, marzo 20). 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]. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110594>

Decreto 537 de 2020. (2020, abril 12). Presidencia de la República de Colombia [Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica]. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=111914>

Fiscalía General de la Nación. (2020, noviembre 11). *Asegurado gobernador de Putumayo por presuntas irregularidades en la contratación de ambulancias al amparo de la emergencia por el Covid-19 (Boletín 3660)*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/asegurado-gobernador-de-putumayo-por-presuntas-irregularidades-en-la-contratacion-de-ambulancias-al-amparo-de-la-emergencia-por-el-covid-19/>

Fiscalía General de la Nación. (2021, febrero 07). *Fiscalía imputó a funcionaria de la alcaldía de La Montañita (Caquetá) por presunta contratación irregular relacionada con la atención de la emergencia sanitaria por el COVID – 19 (Boletín 37555)*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/corrupcion/fiscalia-imputo-a-funcionaria-de-la-alcaldia-de-la-montanita-caqueta-por-presunta-contratacion-irregular-relacionada-con-la-atencion-de-la-emergencia-sanitaria-por-el-covid-19/>

Fiscalía General de la Nación. (2021, marzo 15). *Fiscalía presentó escrito de acusación contra el gobernador de Chocó por presuntas irregularidades de contratación de jornadas de prevención y promoción del Covid-19 (Boletín 38201)*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-presento-escrito-de-acusacion-contra-el-gobernador-de-choco-por-presuntas-irregularidades-de-contratacion-de-jornadas-de-prevencion-y-promocion-del-covid-19/>

Ley 1150 de 2007. (2007, julio 16). Congreso de la República de Colombia [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]. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=25678>

Ley 80 de 1993. (1993, octubre 28). Congreso de la República de Colombia [Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública]. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>

- Procuraduría General de la Nación. (2020, junio 02). *Procuraduría suspendió provisionalmente al alcalde de Armenia por presuntas irregularidades en contratos de emergencia por el covid-19* (Boletín 318). <https://www.procuraduria.gov.co/portal/-Procuraduria-suspendio-provisionalmente-al-alcalde-de-Armenia-por-presuntas-irregularidades-en-contratos-de-emergencia-por-el-covid-19.news>
- Rey, O. (2020, octubre 15). Contraloría halla sobrecostos del 300% en contratos para atender la emergencia en San José de Miranda. *Vanguardia*. <https://www.vanguardia.com/politica/contraloria-halla-sobrecostos-del-300-en-contratos-para-atender-la-emergencia-en-san-jose-de-miranda-XE2996264>
- Rose-Ackerman, S., y Sauca-Cano, J. (2021). Corrupción y COVID-19. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 0(20), 37-60. doi: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2021.6062>
- Sentencia 39005 de 2013. (2013, agosto 29). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C (Jaime Orlando Santofimio Gamboa, M.P.). <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10004754>