

**ESTUDIO JURÍDICO SOBRE LA SOLIDEZ DEL RÉGIMEN LEGAL DE
CONTRATACIÓN DIRECTA POR URGENCIA MANIFIESTA**

**WILMAR ALFONSO PALACIO VERANO
DIANA CAROLINA PEÑALOZA REYES**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA**

2013

**ESTUDIO JURÍDICO SOBRE LA SOLIDEZ DEL RÉGIMEN LEGAL DE
CONTRATACIÓN DIRECTA POR URGENCIA MANIFIESTA**

**WILMAR ALFONSO PALACIO VERANO
DIANA CAROLINA PEÑALOZA REYES**

**Trabajo de grado como requisito para optar al título de
ABOGADO**

**DIRECTOR
Mg. MARIO BARRAGÁN PACHÓN
ABOGADO**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA**

2013

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan su agradecimiento:

A la vida y al Ser Supremo. Por cada triunfo y cada obstáculo que nos llevó a la consecución de este logro.

A nuestros padres y hermanos, por el apoyo incondicional durante el transcurso de nuestra carrera.

Al abogado y docente Mario Barragán Pachón, por la confianza depositada en nosotros.

Al abogado y docente Javier Alejandro Acevedo, por su colaboración y paciencia.

Y a todos aquellos que de una u otra forma contribuyeron a nuestra formación como profesionales y como personas.

Muchas gracias.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN.....	12
1. GENERALIDADES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	17
1.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	17
1.1.1 Interés general.....	20
1.1.2 Fines esenciales del Estado.....	21
1.2 ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	22
1.2.1 Antecedentes históricos.....	22
1.2.2 Marco normativo.....	24
1.2.2.1 Constitución política.....	24
1.2.2.2 Leyes principales.....	25
1.2.2.3 Leyes y decretos complementarios.....	26
1.2.2.4 La contratación estatal.....	28
1.2.3 El estatuto general de contratación. Ley 80 de 1993.....	30
1.2.4.1 Principio de transparencia.....	35
1.2.4.2 Principio de economía.....	37
1.2.4.3 Principio de responsabilidad.....	38
1.2.4.4 Del deber de selección objetiva.....	40
1.3 MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA.....	42
1.3.1 Licitación pública.....	43
1.3.2 Selección abreviada.....	45
1.3.3 Concurso de méritos.....	45
1.3.4 Contratación directa.....	47
1.3.5 Mínima cuantía.....	47
1.4 GENERALIDADES DEL CONTRATO ESTATAL	49
1.4.1 Noción.....	49
1.4.2 Perfeccionamiento del contrato.....	50

1.4.3	Requisitos generales del contrato.	50
1.4.4	Requisitos para la ejecución del contrato.	51
1.4.5	Principales modalidades contractuales.	51
1.4.6	Cláusulas exorbitantes.	53
1.4.7	Sujetos contractuales.	54
2.	CONTRATACIÓN DIRECTA POR URGENCIA MANIFIESTA.....	58
2.1	CONTRATACION DIRECTA.....	58
2.1.2	Noción.....	58
2.1.3	Principios en la contratación directa.	63
2.1.4	Evolución normativa.	65
2.1.5	Causales.	67
2.1.5.1	La urgencia manifiesta.	67
2.1.5.2	Contratación de empréstitos.....	68
2.1.5.3	Convenios o contratos interadministrativos.	68
2.1.5.4	Contratación de bienes y servicios en el sector defensa, la dirección nacional de inteligencia y la unidad nacional de protección que necesiten reserva para su adquisición.	71
2.1.5.5	Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.....	71
2.1.5.6	Los contratos de encargo fiduciario.....	72
2.1.5.7	Contratación directa cuando no existe pluralidad de oferentes.....	73
2.1.5.8	Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.....	73
2.1.5.9	Adquisición de bienes inmuebles.	74
2.1.5.9	Arrendamiento de bienes inmuebles	75
2.1.6	Procedimiento general.	76
2.1.6.1	¿Se requiere de estudios previos para la contratación directa?	76
2.1.6.2	¿Para la contratación directa, cuál debe ser el contenido de los estudios previos?	77

2.1.6.3 ¿Qué otros requisitos previos a la suscripción del contrato se requieren para llevar a cabo la contratación directa?.....	78
2.2 URGENCIA MANIFIESTA.....	79
2.2.1 Antecedentes históricos.	79
2.2.2 Noción de urgencia manifiesta.	82
2.2.3 Del acto administrativo que declara la urgencia manifiesta.	85
2.2.4 Supuestos fácticos que justifican la declaratoria de urgencia manifiesta. .	91
2.2.5 El perfeccionamiento del contrato en la urgencia manifiesta.	95
2.2.6 Ejecución de traslados presupuestales por la administración en la urgencia manifiesta.	96
2.2.7 Controles a la urgencia manifiesta y responsabilidad de los funcionarios que la declaran.	97
3. ANÁLISIS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS VIGENTES DEL CONSEJO DE ESTADO Y ORGANISMOS DE CONTROL EN RELACIÓN CON LA DECLARATORIA DE URGENCIA MANIFIESTA	102
3.1 LA PREVALENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL EN LA CONTRATACION DIRECTA.....	102
3.2 EXCEPCIONALIDAD DE SELECCIONAR AL CONTRATISTA POR MEDIO DE LA URGENCIA MANIFIESTA.....	107
3.3 LA DECLARATORIA DE URGENCIA MANIFIESTA SOLO PROCEDE EN LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS ESTABLECIDOS EN EL ESTATUTO DE CONTRATACION ESTATAL	110
3.4 CONTROL POSTERIOR EN CABEZA DEL ENTE FISCAL RESPECTIVO (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL O CONTRALORÍA MUNICIPAL).....	116
CONCLUSIONES	119
BIBLIOGRAFÍA.....	123

RESUMEN

TÍTULO: ESTUDIO JURÍDICO SOBRE LA SOLIDEZ DEL RÉGIMEN LEGAL DE CONTRATACIÓN DIRECTA POR URGENCIA MANIFIESTA

AUTORES: PALACIO VERANO, Wilmar Alfonso;
PEÑALOZA REYES, Diana Carolina

PALABRAS CLAVES: Régimen contractual en Colombia, contratación estatal, principios rectores de la contratación estatal, modalidades de selección del contratista, contratación directa, urgencia manifiesta.

DESCRIPCIÓN:

De conformidad con la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, entre cuyos fines se encuentra el servir a la comunidad y promover la prosperidad general, garantizar los principios, deberes y derechos consagrados constitucionalmente. Para el cumplimiento de los fines del Estado, es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Sin embargo, en situaciones de carácter apremiante el Estado erige una modalidad especial de contratación, denominada contratación directa. La contratación directa es una modalidad de carácter excepcional, por lo que su aplicación es de carácter restrictivo. En efecto, la ley de contratación pública en Colombia prevé la urgencia manifiesta como una causal de contratación directa. Así, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, ha consagrado la urgencia manifiesta como una condición expresa que hace viable la celebración de contratos de suministro de bienes, prestación de servicios o de ejecución de obras en el inmediato futuro, de forma directa, cuando median circunstancias relacionadas con los estados de excepción, fuerza mayor y en general hechos que deban conjurarse ipso facto y que imposibilitan contratar según los procedimientos públicos reglados. El presente trabajo de investigación analiza la solidez sustancial y procesal del régimen de contratación directa por urgencia manifiesta, atendiendo la normatividad contractual vigente para que los servidores públicos realicen una correcta declaratoria de urgencia manifiesta y se abstengan de contractar subjetivamente o a dedo.

* Tesis de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Mario Barragán Pachón.

ABSTRACT

TITLE: LEGAL STUDY ABOUT SOLIDITY OF LEGAL REGIME OF DIRECT CONTRACTING BY MANIFEST URGENCY*

AUTHORS: PALACIO VERANO, Wilmar Alfonso;
PEÑALOZA REYES, Diana Carolina**

KEY WORDS: Regime of contracts in Colombia, state contracting, guiding principles of state contracting, modes of selections, direct contracting, manifest urgency.

DESCRIPTION:

According to its Constitution, Colombia is a Social State of law, founded on the prevalence of the general interest, and one of its essential purposes is to serve the community and to promote general prosperity, and guarantee the principles, duties and rights contained in the Constitution. In order to achieve the purposes of the State, goods and services must be acquired by public agencies through contracts. However, in imperative situations, the State erects a special contracting method, called direct contracting. Direct contracting is a mode is an exceptional one, since its application is of a restricted nature. In effect, the Procurement Law in Colombia provides the manifest urgency like a mode of direct contracting. Thus, Article 42 of 1993 law 80, has consecrated the Manifest Urgency, as a condition expresses that it makes the celebration viable of contracts of provision of goods, benefit of services or execution of works in the immediate future, for direct form, when mediate circumstances related to states of emergency, emergency situation, greater force and in general caused that must swear in ipso facto reason why they disable to contract according to the procedures regulated public. The following research analyzes the substantive and procedural solidity of direct contracting regime by manifest urgency, in accordance of current contractual regulations, for the public servants make a correct to manifest urgency declaration and refrain to contract subjectively or to finger.

* Graduation Project.

** Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Science. Project Director: Mario Barragán Pachón.

INTRODUCCIÓN

La contratación estatal es uno de los instrumentos más eficaces en la consecución de los fines y propósitos del Estado, para su accionar diario y cotidiano se encuentra sujeta a normas y leyes, por lo tanto es de carácter eminentemente normativo, como lo enuncia la Carta Política, donde se consagra el carácter y objetivos prioritarios de la función pública, la cual “...*está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.*”¹ En otras palabras, se demarcan los fundamentos de derecho sobre los cuales debe desarrollarse la actividad contractual y con los cuales los principios instituidos en el Estatuto General de la Contratación Administrativa, se erigen congruentemente.

Dentro de la normatividad que rige la contratación estatal, se estipula los tipos de contratos que las entidades estatales en el ejercicio de su actividad deberán desarrollar; de igual forma se establece el procedimiento de selección del contratista, el cual, y atendiendo a las modificaciones realizadas a la Ley 80 de 1993, erige cinco modalidades: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía.

En particular, la modalidad de contratación directa, objeto de esta investigación, ostenta un carácter especial, su aplicación es eminentemente restrictiva, la cual no admite interpretación extensiva o analógica, ya que se constituye como una modalidad donde no hay convocatoria pública; sin embargo, específicamente nos interesamos en la urgencia manifiesta: como una de esas formas excepcionales de contratación inmersa dentro de dicha modalidad. Dicha causal, resulta de interés, ya que un porcentaje significativo del presupuesto estatal se transfiere por

¹ COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Artículo 209.

medio de celebración de contratos directos, muchos de ellos argumentados bajo la figura de la urgencia manifiesta.

La modalidad de contratación directa por urgencia manifiesta genera controversias jurídicas por su poca regulación, toda vez que solo dos artículos de la Ley 80 de 1993 se refieren a ella. Por tanto, reviste especial importancia ya que en determinadas circunstancias, se puede efectuar la contratación directamente y es más, de ser necesario, puede incluso prescindirse de la celebración misma del contrato y aún del acuerdo sobre el precio; asimismo genera una situación comprometedor para los servidores públicos que las declaran, puesto que, una vez declarada, los ordenadores del gasto pueden verse inmersos en procesos de índole disciplinaria, penal y de responsabilidad fiscal, circunstancia que paulatinamente acrecienta los márgenes de descomposición en el que se ve inmerso el actuar de los funcionarios; en la actualidad dicha eventualidad se presenta -como una práctica nociva o por yerro administrativo debido a un copioso desconocimiento de la normatividad exigua- de forma ostensible y reiterada, ya sea porque no cumplieron con los requisitos exigidos en la ley para declarar la urgencia manifiesta, por violación al deber de seleccionar objetivamente al contratista para favorecer intereses propios o de terceros y/o bien sea por el denominado sobreprecio al momento de contratar, circunstancia que se avista de informes y conceptos rendidos por la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación.

En el marco de lo anterior, resulta notable la procedencia de esta modalidad ya que

“...constituye una excepción dada la importancia de la necesidad que debe suplirse; se parte del supuesto de la no interrupción del servicio público, al considerarse como urgente la contratación de ciertos bienes y servicios como su suministro, la prestación de servicios, la ejecución de obras en el inmediato futuro,

cuando se trate de situaciones relacionadas con los estados de excepción, o de conjurar situaciones relacionadas con hechos de calamidad o constitutivas de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas, y en general de situaciones similares que imposibilitan acudir a los procedimientos de selección o concurso”² “...de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos a largo lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia obviamente resulta entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño.”³

Sería absurdo y contrario a toda lógica que el ordenamiento no permitiera hacer algo para evitar la irregularidad imperiosa que acontece, no obstante este tipo de eventos en la contratación no puede ser producto de improvisación o de la discrecionalidad de las entidades estatales o de los mismos funcionarios. La contratación directa mediante urgencia manifiesta pese a su premura, si bien no exige un procedimiento previo, sí contempla dentro de la normatividad pertinente, la posibilidad de realizar un control posterior, esto a fin de satisfacer ese interés público y la necesidad de la comunidad, fin último de la contratación estatal.

En pocas palabras, la figura de la urgencia manifiesta no puede ser la solución a la falta de planeación en una entidad pública, pues como ya se dijo, tiene una aplicación excepcional, que busca dar respuesta a un hecho imprevisible; caso contrario, conlleva al desvío de recursos públicos, al despilfarro de la administración al invertir sus recursos en obras o servicios que no son prioritarios

² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. Concepto 925 de 1996. CP: Roberto Suárez Franco.

³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso-administrativo. Sección tercera. Fallo 14275 de 2006. CP: Ramiro Saavedra Becerra.

ni necesarios y al desvío de poder, convergiendo en un problema latente y de especial importancia como lo es la corrupción.

Por consiguiente, presentamos a ustedes el estudio jurídico de la urgencia manifiesta, de una forma armónica y congruente, fruto de una investigación doctrinal, normativa y jurisprudencial, al tenor de la normatividad contractual vigente, evidenciando la solidez sustancial y procesal sobre la cual los servidores públicos ordenadores del gasto realizan la declaratoria de la urgencia manifiesta.

En el primer capítulo precisaremos la teoría general, conceptos básicos y reglas esenciales de la contratación estatal en Colombia, apoyándonos en los principios constitucionales y contractuales de Estado Social de Derecho en el que pulula actualmente el Estado colombiano. Así, establecemos el punto de partida para nuestra investigación no solo definiendo conceptos básicos como: función administrativa, contratación estatal, contratación directa, urgencia manifiesta, entre otros; si no enmarcando la contratación estatal y su desarrollo, en los fines del Estado, los fines de la función pública y los fines de la contratación estatal inmersos y cimentados en el interés general de la sociedad colombiana, conceptos no solo establecidos por Ley sino analizados ampliamente por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

A su vez, el segundo capítulo nos identificará la normatividad sustancial y procesal aplicable al régimen de contratación directa por urgencia manifiesta, su noción y desarrollo, logrando constituir una base jurídica para la declaración de la misma, de forma sucinta, proporcionando una herramienta más que apoye el correcto actuar de los ordenadores del gasto. Es decir, expondremos el marco normativo de la urgencia manifiesta, ya que el desconocimiento de la misma o su mala aplicación, probablemente por la exigua normatividad, conlleva a un sin número de contrariedades que comprometen no solo el buen desarrollo de la gestión

contractual, sino que acarrea la deslegitimación de las instituciones estatales e implicaciones penales, fiscales y disciplinarias para los funcionarios públicos

Finalmente, en el tercer capítulo analizaremos el criterio y concepto de las entidades estatales encargadas de hacer el control posterior a la declaratoria de una urgencia manifiesta y a su vez, de aquella que se encarga de dirimir los conflictos suscitados en el marco de la misma. Entidades como la Contraloría, la Procuraduría y la Fiscalía nos trazan un lineamiento significativo y sustancial para la correcta aplicación de la normatividad y de la declaratoria de la urgencia manifiesta, disposiciones que nos ayudarán no solo a comprender y entender la correcta o la errónea utilización de esta modalidad de escogencia del contratista, sino vislumbrará a su vez los errores jurídicos que perpetran en muchas ocasiones los ordenadores del gasto. De modo semejante también analizaremos algunas de las disposiciones que establece el Consejo de Estado como ente máximo encargado de dirimir los dilemas ocasionados en el ámbito de la contratación estatal.

Para complementar lo planteado y como resultado de los tres capítulos desarrollados, enunciaremos las conclusiones generales, orientadas principalmente a justificar el correcto desarrollo de los objetivos que se querían alcanzar con esta investigación y a su vez examinar los efectos jurídicos que trae consigo la errónea declaratoria de una urgencia manifiesta al tenor del principio de transparencia y selección objetiva del contratista, trazando el lineamiento de una posible investigación futura donde se busque llenar -de haberlos- vacíos legales, a razón de una contratación directa por urgencia manifiesta y se proponga alternativas para combatir el grave detrimento patrimonial del erario.

1. GENERALIDADES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

1.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Desde una órbita integral e incluyente proclama la Constitución Política al Estado colombiano como un: Estado social de derecho. El Estado de derecho deviene de una idea decimonónica en la cual el principio de legalidad prima sobre todas las situaciones que configuran una sociedad, prevaleciendo esta fórmula sacramental sobre la persona humana. No obstante y con la inclusión del Estado social desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la concepción y configuración del Estado colombiano cambia radicalmente, la Ley pierde su posición dominante, entrado a ocupar dicho lugar el ser humano, fundamentando así al Estado Social de Derecho en: “...*el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y la prevalencia del interés general.*”⁴ El término Estado Social de Derecho, se le instituye a la forma de Estado que adquiere un papel activo en la dirección, control y regulación de la actividad económica de la sociedad, donde se propugna por los derechos y garantías colectivas en los servicios tradicionales de la administración. Según la Corte Constitucional: “*El Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección.*”⁵

Enmarcados en este ámbito cabe resaltar que el Estado asumiendo su rol de garante, estructura un engranaje tendente al mejor logro de sus objetivos, de allí que la Carta Política contemple en su articulado el compromiso primordial de “...*servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la*

⁴ COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Artículo 1.

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...” y “*...proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*”⁶ De ahí que la administración pública no puede actuar sino para el cumplimiento de finalidades de interés público, buscando la satisfacción de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado.

En este orden de ideas, el Estado como garante de una convivencia pacífica y de un orden social justo, debe procurar por satisfacer las demandas de bienes y servicios necesarios que precisa la población colombiana. A fin de lograrlo, el Estado utiliza una de las formas con la cual materializa dicha finalidad como lo es la celebración de contratos, los cuales denotan un carácter especial al ser ejecutados por entidades estatales cuyo objeto es entre otros: la ejecución de obras civiles, el suministro de determinados bienes, la prestación de servicios de salud, de servicios públicos, etc.; a su vez instituye la figura del servidor público para que celebre y ejecute dichos contratos, siendo estos “*...los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*”⁷; y crea la normatividad inherente para que en observancia de dicha actividad regule el proceder de sus servidores públicos, estableciendo las competencias y funciones a las autoridades administrativas, sin duda, obedeciendo a la necesidad de dotarlas de herramientas para el mejor cumplimiento de su cometido, garantizando el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, erradicando cualquier forma de arbitrariedad y corrupción, prohibiendo la incorrecta utilización del erario y buscando la eficiencia y transparencia que se demanda de las actuaciones estatales, logrando así, que el estricto ejercicio de la función administrativa se desarrolle dentro del marco legal estipulado.

⁶ COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Artículo 2.

⁷ COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Artículo 123.

De aquí que, la función administrativa debe: “*estar al servicio de los intereses generales con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la desconcentración de funciones*”⁸

Así, manifiesta Libardo Rodríguez:

“El gran poder de la administración es su facultad de obrar unilateralmente. Con fundamento en esa facultad realiza la mayoría de sus actos porque, en primer lugar, se considera que ha recibido ese poder del constituyente y, además, porque tiene el poder político suficiente para imponer sus actos aun antes de ser analizados por los órganos de control que el mismo Estado prevé dentro de su organización.”⁹

La autorización legal con la que cuenta el Estado colombiano para ejercer la administración mediante la contratación estatal, se establece principalmente en el artículo 150 de la Carta Política. Determina el inciso final del citado artículo que: “*Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional*”¹⁰. Es decir, establece y fija, un marco normativo, en calidad de estatuto, tramitado por el Congreso de la República, para que la celebración de contratos por parte del Estado, por ejemplo aquellos que denotan los numerales 9 y 14 del mismo artículo 150, cuenten con la autorización u aprobación para ser ejecutados. En estos términos

“esta autorización prevista en la Constitución debe entenderse contenida en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, en las disposiciones que regulan las competencias para contratar en los estatutos orgánicos de las

⁸ COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Artículo 209.

⁹ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo. General y colombiano. Bogotá: Editorial Temis. 2011. p. 431

¹⁰ COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Artículo 150. Inciso final.

diferentes entidades públicas y en las disposiciones presupuestales que definen las competencias para la ordenación de gastos y que destinan partidas para determinadas actividades, de tal manera que no debe entenderse necesariamente como una autorización individual para cada contrato, salvo que en el caso específico pueda considerarse que el contrato no encaja dentro de las diferentes normas habilitantes para contratar.” Asimismo “si se trata de los departamentos y municipios, los artículos 300 numeral 9 y 313 numeral 3 de la Constitución, establecen como una de las funciones de las asambleas y concejos la de autorizar al gobernador y al alcalde, respetivamente, para celebrar contratos.”¹¹

1.1.1 Interés general. Como se ha señalado, la administración pública actúa precisamente bajo el postulado del interés general, buscando la satisfacción de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado. Circunscritos a esto, debemos entender el principio de prevalencia del interés general, contemplado en el artículo primero de la Constitución Política Colombiana de 1991, como fundamento y prioridad del Estado. Es válido acotar: “(...) *que el Estado tiene la responsabilidad de propiciar y defender el interés general sobre el interés particular, sin que ello sirva, obviamente para arrogarse la facultad de desconocer, vulnerar y violar derechos fundamentales de las personas*”¹²

Otrora la Corte Constitucional expuso que

“...el fin de la contratación pública en el Estado social de derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas...”. “El

¹¹ RODRÍGUEZ, Libardo. Op. cit. p. 469-470.

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-545 de 1995. M.P: Fabio Morón Díaz.

interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas” estos últimos “...vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato...” y por ende “...supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.”¹³

1.1.2 Fines esenciales del Estado. El Estado es creado bajo un orden concreto y con la finalidad esencial de servir a los ciudadanos. Justifica su existencia al erigir la Carta Política y estipular en ella los fines con los cuales procura preservar en integridad los deberes, derechos y garantías en cabeza de cada colombiano. Por consiguiente, crea medios, organizaciones e instrumentos para asegurar el cumplimiento de dichos fines.

Contemplados en el artículo 2° de la Constitución Política, los fines del Estado son aquellos cuya realización constituye el mínimo necesario para que el Estado pueda subsistir: servir a la comunidad, promover la prosperidad general, facilitar la participación de todos en las decisiones que nos afecta, defender la independencia nacional, asegurar la convivencia pacífica, proteger la vida, honra y bienes de los colombianos, entre otros.

En este orden de ideas, la defensa, tanto de los fines esenciales como del interés público, no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación, haciendo entonces de la contratación estatal uno de los instrumentos más eficaces en la consecución de los fines y propósitos del Estado. Así “... *las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado...*”¹⁴

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2009. MP: María Victoria Calle Correa.

¹⁴ COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Artículo 209.

1.2 ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

1.2.1 Antecedentes históricos. La contratación administrativa es el conjunto de normas que se crean para reglar algunas de las actividades desplegadas por el Estado colombiano, para consumar los fines que consagra en la Constitución. Aproximadamente dicha normatividad, ya especializada, se consuma con la expedición del Decreto Ley 150 de 1976, el cual contenía reglas básicas para distinguir entre contratos administrativos y contratos privados de la administración. Posteriormente, nace a la vida jurídica, el que se considera el primer Estatuto de contratación propiamente dicho: el Decreto 222 de 1983, el cual, contenía los elementos esenciales para que las entidades del Estado deberían aplicar cuando ejecutaban contratos administrativos y privados. No obstante, se le permitía a las entidades públicas tener su propio estatuto de contratación, siempre y cuando respetaran las normas establecidas, por el ya mencionado decreto.

Diez años después, ante la ineficiente prestación de los servicios prestados por las entidades públicas, la cual no permitía cumplir los cometidos esenciales se daría la expedición del llamado Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la Ley 80 de 1993 se convertiría entonces en el estatuto único al cual todas las entidades públicas de Colombia, en adelante, sujetarían la contratación. Desde sus principios la legislación se preocupó más por la escogencia de contratistas y regular algunas cláusulas de los contratos estatales, pero no se preocupó por sustituir el ordenamiento general de los contratos. Sin embargo, luego de la expedición de la Ley 80 de 1993, la inseguridad jurídica conlleva al Estado a la expedición de una legislación excesiva, a tal punto que podría pensarse, que contrariaría lo establecido constitucionalmente, toda vez que lo que se buscaba con la Constitución de 1991 era emitir un estatuto único, que reinara en materia contractual.

Acontece entonces para el año 2007 la expedición de la Ley 1150, con la cual se introduciría medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993. Así, la Ley 1150 realiza modificaciones al ya vigente estatuto contractual, buscando establecer los mecanismos idóneos para el manejo adecuado del erario. Posteriormente vendría el Decreto 734 de 2012, el cual reglamentaría el Estatuto Contractual, pero una vez más la seguridad jurídica se ve vulnerada. El ordenamiento contractual que deviene del Decreto 734 con su entrada en vigencia borra de manera inmediata la práctica y legislación que en materia contractual se habían apilado después de la expedición de la Ley 1150, situación que sería menos gravosa, si quince meses después el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 no hubiese derogado en su integridad el ya mencionado Decreto 734.

Leyes, decretos y resoluciones han buscado que la contratación estatal se haga de manera eficiente y transparente, bajo un control eficiente y oportuno del Estado, protegiendo el patrimonio estatal. Es así que en virtud de la función administrativa contemplada en el artículo 209 de la Constitución Política, la finalidad de la contratación estatal no es otra que la satisfacción del interés público y de las necesidades colectivas. Es por esto, que los contratos celebrados por las entidades estatales no pueden ser ajenos a los principios rectores instituidos constitucionalmente y los principios que rigen la contratación pública, ya que la celebración de un contrato por parte del Estado, necesariamente implica la presencia del interés público, por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados.

Supeditado a lo anteriormente mencionado, cabe resaltar que todo servidor público, al celebrar y ejecutar un contrato deben tener siempre presente la finalidad que enmarca la contratación estatal. Las motivaciones de índole personal, político o de cualquiera otra condición que conduzcan a desdibujar dicha finalidad, serán sancionadas, disciplinaria, fiscal y penalmente, es por esto que la adecuada comprensión de la finalidad de la contratación estatal garantiza la

posibilidad de alcanzar los propósitos enmarcados constitucionalmente por el Estado y el desarrollo de una gestión contractual transparente.

1.2.2 Marco normativo. El interés público y la consumación de los fines esenciales del Estado de los que hemos venido hablando, se materializan en gran parte por medio de la contratación pública, hecho que conlleva a la ejecución por parte del Estado, de aproximadamente un 70% del presupuesto nacional. Ante dicha situación, se hace indispensable rodear de garantías la contratación, es un imperativo que obedece no solo, al alto porcentaje de presupuesto que se maneja sino a la importancia económica y social de la gestión pública contractual.

Sin embargo, *“las nuevas reglas de contratación pública colombiana son muy flexibles y le dan a la legislación en esta materia un carácter de marco; con este rasgo se abrió un amplio margen de regulación en los asuntos contractuales por la vía de los decretos.”*¹⁵

Las principales normas que desde el punto de vista legal constituyen el marco jurídico de la contratación estatal son seis: las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y los Decretos Leyes 4170 de 2011 y 19 de 2012, así mismo la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, 1450 de 2011.

1.2.2.1 Constitución política. Dentro del trazado legal de la contratación, establece el artículo 150, en su último inciso, la competencia que se le otorga al Congreso de expedir el estatuto general de contratación

“[...] denominación que no significa que se trate de una ley estatutaria o que se tramite como tal. Su naturaleza no tiene rango superior al de otras leyes de la República.

¹⁵ GÓMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos. Bogotá: Legis. 2012. p. 23.

[...] De igual forma, establece el artículo 352, el contenido de la ley orgánica del presupuesto en la que se define “la capacidad de los organismos y entidades para contratar.

[...] A su vez, los artículos 150 numeral 9, 300 numeral 9 y 313 numeral 3. Establecen el régimen de autorizaciones para contratar para el gobierno nacional, los gobernadores y los alcaldes, por parte de sus respectivas corporaciones de elección popular, Congreso, Asambleas y Consejo.”¹⁶

Finalmente, el artículo 209 de la Carta Política establece que la función administrativa debe:

“estar al servicio de los intereses generales con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la desconcentración de funciones.

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

1.2.2.2 Leyes principales

Ley 80 de 1993. La cual dispone las reglas y principios que rigen los contratos de las Entidades estatales.

¹⁶ AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Guía metodológica para la auditoría de la contratación, realizada por las contralorías. Bogotá: Autor. 2010. p. 6.

Ley 1150 de 2007. La cual introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la ya expedida Ley 80 de 1993 y dicta otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

1.2.2.3 Leyes y decretos complementarios

Revisten de vital importancia:

- Decreto 222 de 1983. Derogado.
- Decreto 679 de 1994. Derogado.
- Decreto 626 de 2001. El cual reglamente parcialmente la Ley 80 de 1993.
- Decreto 2170 de 2002. Derogado.
- Ley 816 de 2003. Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública.
- Decretos 3629 y 3740 de 2004. El primero reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 y el segundo se encuentra derogado.
- Ley 905 de 2004. Por medio de la cual se modifica la Ley 509 de 200 sobre promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana y se dictan otras disposiciones.
- Decretos 959, 2434, 4375 de 2006. Derogados.
- Decreto 066, 2474, 4828 de 2008. Derogados.
- Decreto 2025 y 2493 de 2009. Derogados.
- Decreto 1464 y 2473 de 2010. Derogados
- Decreto 2516 de 2011. Derogado.
- Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.
- Ley 1474 de 2011. Estatuto anticorrupción.
- Decreto 019 de 2012. Ley anti-trámites.
- Decreto 734 de 2012. Derogado.

- Decreto 1510 de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

En esencia, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 continúan vigentes, es decir, los principios, fines, sujetos y parte general siguen rigiendo.

No obstante, con la expedición del Decreto 734 de 2012, se buscaba integrar todos los decretos reglamentarios de la contratación pública, es decir, buscaba ocuparse de todos los procesos y procedimientos contractuales, las modalidades de selección, los contratos, las garantías, la contratación electrónica, el SECOP, el registro único de proponentes, la enajenación de bienes del Estado, las reglas de desempate, entre otros.

“El nuevo “ordenamiento” contractual del Decreto Reglamentario 734 de 2012, modificado recientemente por el Decreto 1397 de 2012, compuesto por 283 artículos con su entrada en vigencia inmediata borró de un plumazo de un día para otro, toda la praxis contractual que se había acumulado en los últimos 4 años con la aplicación del Decreto 2474 de 2008 y con otras normas que con sus respectivas sentencias, se interpretaban y aplicaban por más de una década. Igualmente deroga 27 decretos reglamentarios, hace innovación en la forma de numerar los artículos y títulos del reglamento y se observa puede adolecer de varias ilegalidades e inconstitucionalidades al reproducir normas que precedieron; no obstante lo anterior su objetivo central es simplificar los reglamentos.”¹⁷

Ahora, con la expedición del Decreto 1510 de 2013 y los cambios que de él se desprenden,

“los operadores jurídicos y asesores de entidades públicas, en procura de lograr una contratación eficiente, eficaz y económica, en el marco de la seguridad

¹⁷ GÓMEZ LEE, Iván Darío. Op. cit. p. 34.

jurídica, demandarán de la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, continuar el acompañamiento y las generación de lineamientos que contribuyan al fortalecimiento de la gestión contractual, con el apoyo de ciudadanos y empresarios, que estarán como siempre a la expectativa frente a los efectos y alcance de todos estos cambios.”¹⁸

Actualmente, son 155 fuentes, las que se encuentran vigentes en materia de contratación estatal.¹⁹

1.2.2.4 La contratación estatal. Partamos del hecho que el Estado colombiano es constituido con el fin primordial de servir a cada uno de los colombianos, consolidándose por ello la finalidad de su existencia. Para cumplir dicho propósito, la administración pública debe equiparse de bienes y servicios, al igual que una persona o una empresa, a fin de cumplir a cabalidad con varias de sus funciones.

La contratación estatal, podría decirse que es el principal instrumento del Estado para la ejecución de las políticas sectoriales de seguridad, infraestructura, programas sociales y servicios públicos.²⁰ Así, la figura de la contratación estatal o pública, tiene lugar cuando las entidades del Estado contratan con personas jurídicas o naturales ya sean del sector público o privado.

Por lo tanto, se configuran los dos extremos de la relación, el Estado en su calidad de contratante remunera por recibir el bien o servicio que contrata y por otra parte el contratista, quien como ya se dijo podrá ser persona jurídica o natural, provee el bien o servicio contratado y recibirá un pago por ello. Sin embargo, una vez

¹⁸ GÓMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios al Decreto 1510 de 2013. Bogotá: Legis. 2013. p. XXI-XXII.

¹⁹ Para mayor comprensión y desarrollo, los autores recomiendan al lector remitirse a: GÓMEZ LEE, Iván Darío. *Ibíd.*, Anexo. Allí encontrará el lector un cuadro con la normatividad vigente.

²⁰ GÓMEZ LEE, Iván Darío. Contratación visible: Manual para un buen control de recursos en la contratación pública. Bogotá: Auditoría General de la República. 2011. p.7.

suscrito y perfeccionado el contrato, emerge la figura del interventor, el tercero en esta relación contractual, quien exigirá del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, es decir, está encargado de lograr el cumplimiento a satisfacción de lo pactado entre las partes.

La importancia de la contratación estatal radica, en que ésta se constituye como el instrumento de ejecución del presupuesto con el cual, el Estado colombiano lleva a cabalidad sus metas, además proporciona los fundamentos por los cuales se desarrolla la destinación de los recursos públicos. De igual forma, la contratación resulta de interés no solo para el Estado, sino también para la empresa privada o pública y la comunidad en general, ya que la correcta destinación que se le da al erario, representa un lucro para la entidad contratista y mejora sustancialmente la calidad de vida de los ciudadanos.

Así lo contempla entonces el artículo 3° de la Ley 80 de 1993:

“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

Por ello es claro que son cuatro los fines de la contratación: cumplir los cometidos del Estado; prestar continua y eficientemente los servicios públicos; garantizar la efectividad de los derechos e intereses de los administrados quienes deben colaborar y cumplir una función social.

1.2.3 El estatuto general de contratación. Ley 80 de 1993. Tras varios proyectos infructuosos de reforma en el área de contratación estatal, en 1993 emerge a la vida jurídica la Ley 80, la cual expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que se presenta “*como un estatuto que define los grandes principios de los contratos de las entidades públicas sobre la base de un equilibrio entre los intereses privados y el interés general.*”²¹

Ante la prolífica normatividad y la pluralidad de regímenes especiales existentes en materia de contratación estatal, con la Ley 80 logra consolidarse lo referente a ella, dándole agilidad y transparencia a la función administrativa y exigiendo responsabilidad a los sujetos intervinientes en la actividad contractual, eso sí, sin limitar la autonomía de la voluntad de las partes

“... lograr que la relación contractual descansa sobre la autodeterminación y la autovinculación de las partes, esto es, que el postulado de la autonomía de la voluntad constituya la fuente principal de los efectos que regirán la ejecución del contrato dentro del respeto que impone la igualdad de oportunidades que se traduce en el acatamiento de las condiciones impuestas en los pliegos de condiciones, términos de referencia o demás cuadernos de requisitos para la selección y sin perjuicio, claro está, de imperativos de ineludible cumplimiento que se apoyan en la necesidad de preservar el interés colectivo que en materia de contratación estatal resulta ser un valor de importancia significativa.”²²

Es así, que con la expedición del estatuto de contratación estatal se consagra y define, las reglas y principios sobre los cuales se debe encaminar la realización y ejecución de los contratos celebrados por las entidades públicas, es decir, se dota

²¹ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 50.

²² COLOMBIA. Gaceta del Congreso, n° 75, 23 de septiembre de 1992. Exposición de motivos proyecto de ley de contratación de la administración pública.

a las entidades estatales de una estructura general y unos principios sobre los cuales se desarrollará su función administrativa.

La Ley 80 del 28 de Octubre de 1993, expedida por el Congreso de la República en uso de las facultades conferidas por el artículo 150 constitucional, decreta 81 artículos con los cuales se pretendía unificar el régimen contractual. Si realizamos un breve recorrido por la estructura de la Ley, nos encontraremos, a grandes rasgos, con:

- El objeto de la Ley.
- Fines de la contratación.
- Derechos y deberes de las entidades estatales.
- Derechos y deberes de los contratistas.
- Inhabilidades e incompatibilidades.
- Principios de la contratación.
- De la selección objetiva del contratista.
- Estructura de los procedimientos de selección.
- Definición de contrato estatal.
- Tipología contractual.
- Elementos esenciales de los contratos.
- Capacitados para contratar.
- Partes del contrato estatal.
- Responsabilidad contractual.
- Control de la gestión contractual.

No cabe duda entonces que este estatuto contiene aspectos que significaron un avance en la normatividad contractual. No obstante, la pretensión unificadora de la normatividad con la que se originó esta Ley no se consolidó. Empezaron a

aparecer numerosas excepciones que no habían sido regladas, el por qué de esto, se empieza a manifestar mediante la doctrina y la jurisprudencia colombiana.

“El carácter de norma general, de expresión de principios generales sobre la contratación, la ausencia de detalle en la regulación, permite que mediante la reglamentación de los procedimientos, sea más posible su actualización, lo que ha llevado al gobierno a la expedición de una reglamentación abundante sobre la misma, con la expedición de varios decretos reglamentarios...”²³

Sobre el carácter ordinario de la ley de contratación la Corte precisa que el inciso final del artículo 150 constitucional

“puede suscitar algunas inquietudes, particularmente en lo que concierne al sentido de la expresión “estatuto general” que si bien a primera vista parece estar aludiendo a determinada tipología legislativa –las leyes estatutarias o las leyes marco-, realmente no tiene otra connotación que la de reflejar el querer del constituyente de que exista un estatuto que regule toda la actividad contractual del Estado con arreglo a unos principios universales [...]

[...] Tampoco es válido considerar que el precepto constitucional obliga al legislador a dictar un estatuto contractual que desarrolle la materia en forma integral y casuística, por cuanto una concepción de esta naturaleza significa que el constituyente quiso desconocer el campo de acción que le corresponde a la administración respecto de los contenidos normativos, que al estar expuestos a las cambiantes circunstancias, demanda una regulación ágil y expedita que permita lograr la debida ejecución de la ley [...]

[...] Del precepto superior no puede inferirse la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia

²³ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2005. p. 27.

contractual, pues si esta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como finalmente quedó redactada la aludida competencia legislativa.”²⁴ Sobre la base de este contexto constitucional, el legislador excluyó de la ley ciertos campos en los que la atracción del derecho privado es más significativa y el panorama legislativo aparece complejo.²⁵

Sin embargo, no todos los regímenes y las regulaciones que posteriores a la expedición de la Ley 80 surgieron, contrarían el carácter unificador de ella. En el caso del establecimiento de los regímenes excepcionales de contratación

“la mayoría de ellas [*excepciones*] constituyen en realidad leyes particulares que no se oponen a los principios de la ley. Además la jurisprudencia ha reducido de manera significativa el campo de aplicación de ciertas excepciones, y las excepciones verdaderas no afectan de la misma manera el sistema unitario de la ley 80.”²⁶ *Cursiva fuera del texto*

“El estatuto de contratación se monta sobre una idea clara: la etapa precontractual se rige por el derecho público y todo lo referente a la etapa de ejecución contractual por el ordenamiento privado. En la etapa precontractual la legislación a aplicar será en principio la Ley 80, en subsidio el Código Contencioso Administrativo; para la etapa de ejecución del contrato el régimen aplicable será la Ley 80 y en subsidio la legislación mercantil, (si es un acto de comercio), y a falta de esta la legislación civil.”²⁷

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 2001. MP: Clara Inés Vargas Hernández. En igual sentido; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-508 de 2002. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

²⁵ NARANJO, Carlos Eduardo. El nuevo régimen de contratación de la administración pública, en Régimen de contratación estatal. Dir. Jorge Pino Ricci. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1996. 176.

²⁶ BENAVIDES, José Luis. Op. cit. p.54.

²⁷ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Legis Editores. 2003. p.33.

1.2.4 Principios de la contratación estatal. El Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública nos presenta tres principios fundamentales de obligatoriedad y de rigurosa aplicación. De igual forma los principios generales y particulares del derecho administrativo y de la función pública deben ser observados en todos los procedimientos precontractuales, contractuales y postcontractuales. Más aún, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 13 estableció que los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del estatuto contractual serían aplicados a todos los contratos, aunque no se rijan por la Ley 80 de 1993.²⁸ Naturalmente, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, enmarcados en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80, garantizan que la contratación sea un instrumento eficaz para cumplir a cabalidad los fines estatales.

Sin embargo, no son de única aplicación en el desarrollo de la contratación. Con las modificaciones que trae a la vida jurídica la Ley 1150 de 2007, se tendrá en cuenta el principio de la selección objetiva. A su vez, de conformidad con el desarrollo de la función administrativa y por ende los postulados que devienen del artículo 209 de la Constitución Política, se deberá enmarcar la contratación en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, ya que son estos los principios generales a los cuales deben estar sujetas las entidades estatales y los contratistas al momento de actuar. De igual forma serán aplicables los principios consagrados en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo en lo pertinente a la materia en cuestión. Asimismo la eficiencia, la eficacia, la equidad, la contradicción, la conmutatividad, el equilibrio económico, la planeación, la buena fe y la legalidad, constituyen el eje fundamental de los principios sobre los cuales el Estado, las entidades estatales y contratistas desarrollan su función.

²⁸ AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Guía metodológica para la auditoría de la contratación, realizada por las contralorías. Op. cit. p. 20.

Los principios de la contratación estatal “*son reglas que inspiran toda la regulación, sin que requieran de una manifestación legal expresa. Tienen su aplicación al momento mismo de hacer la interpretación del contrato o de cualquiera de sus estipulaciones.*”²⁹

En lo que atañe a la Ley 80, expresamente ha regulado los principios de transparencia, economía, responsabilidad y aunque no le da el nombre de principio, consagra la ecuación económica contractual. Así

“las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”³⁰

1.2.4.1 Principio de transparencia. Desarrollado por los artículos 24 de la Ley 80 y 2° de la Ley 1150. Este principio se constituye en el deber ser de la contratación estatal. Atendiendo al interés público se orienta específicamente en la selección objetiva, fundamentándose así en:

- La igualdad, respecto a las oportunidades que tendrán los proponentes, es decir, dar a todos el mismo tratamiento, pues es deber de la Administración otorgar la misma oportunidad de participar a todas las personas, naturales y jurídicas, que reúnan las condiciones para ofertar
- La publicidad, de los procedimientos y actos que surtan del proceso de contratación y que por regla general se realizan por convocatoria pública.

²⁹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Op. cit. 52.

³⁰ LEY 80 DE 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 23.

Darlos a conocer, permitiendo a los ciudadanos ejercer control sobre dichos actos, dado el interés público inherente a la contratación realizada por el Estado.

- El respeto por los procedimientos, es decir, cumplir con lo ya estipulado en las modalidades de selección, dando a conocer y controvertiendo los actos, teniendo claras, precisas, completas y objetivas las reglas.³¹

Este principio pretende atacar directamente la corrupción. Es por esto que conjuntamente con los principios que enmarcan la función administrativa, busca garantizar la moralidad de la contratación y la imparcialidad de la administración en la escogencia del contratista, aplicando los principios de igualdad, publicidad y la libre concurrencia. Remitiéndonos al artículo 24 de la Ley 80 podemos determinar que como regla general, este principio sirve como base para la selección del contratista por medio de la licitación pública, no obstante, no debe ignorarse su aplicación respecto a las otras modalidades de selección.³² Otrora expuso la Corte Constitucional, que el principio de transparencia a su vez, garantiza el principio de imparcialidad constitucional a prever la norma, la regla general, de surtirse el proceso siempre por licitación pública salvo las excepciones legales.³³

Entre uno de los objetivos que devienen del principio de transparencia, es el de fundamentar la confianza de los contratistas o proponentes y de la sociedad, que hacen de la gestión pública, un instrumento eficaz y eficiente.

“Las administraciones públicas, tienen que encontrar un equilibrio adecuado entre los objetivos de garantizar la transparencia, ofrecer una igualdad de oportunidades para los proponentes y otros aspectos, sobre todo la eficacia. El impulso de la

³¹ AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Guía metodológica para la auditoría de la contratación, realizada por las contralorías. Op. cit. p.20.

³² PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Op. cit. p. 54.

³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 DE 1999. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

transparencia deberá, por tanto, tender en aumentar esa transparencia en aquello que permita un control suficiente de la corrupción. Si el nivel de transparencia se define de forma adecuada, las ventajas superarán al coste, en especial, al comparar el coste inicial de la transparencia con las posibles consecuencias negativas de la corrupción para el uso de los fondos públicos relacionados con la contratación y, posiblemente, para la confianza de la sociedad civil.”³⁴

“La contratación estatal debe desarrollarse, en todas sus etapas, de forma imparcial, con sujeción a las normas legales y de manera ampliamente publicitada”³⁵

1.2.4.2 Principio de economía. Desarrollado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el principio de economía se edifica, a fin de conseguir la eficiencia y eficacia en el proceso contractual, su estructura se basa en:

- La eliminación de trámites que dilaten el proceso.
- La resolución de controversia expedita.
- El cumplimiento de ciertos requisitos y deberes pre-contractuales, contractuales y postcontractuales que aseguren la ejecución correcta.³⁶

Si desglosamos el principio de economía, nos encontramos con tres términos indispensables para la comprensión de dicho principio. En primera medida debemos entender la economía, desde el punto de vista de agilizar las decisiones y los procedimientos, ofreciendo las mejores condiciones de precio en igual calidad; la eficiencia, como la optimización de recursos; y la eficacia, como el

³⁴ PNUD - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – Colombia. Buenas prácticas de transparencia en la gestión contractual. Bogotá: Autor. 2011. p. 21.

³⁵ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro. Contratos Estatales. Bogotá: Editorial Temis. 2007. p. 40.

³⁶ AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Guía metodológica para la auditoría de la contratación, realizada por las contralorías. Op. cit. p. 20.

cumplimiento de metas y finalidades, es decir, cumplir la finalidad de los procedimientos.

Sin duda, cabe resaltar que mediante este principio se busca inyectar celeridad y eficacia a las actuaciones que devienen de la actividad contractual, se trata entonces, de dar agilidad a los trámites.

“Con él se exige que sólo se realicen las etapas y procedimientos estrictamente indispensables para la selección objetiva del contratista, e igualmente que la actividad se desarrolle en la ejecución de las obligaciones a cargo de cada una de las partes, se haga optimizando costos y evitando actuaciones dilatantes y perjudiciales para el otro.”³⁷

“La contratación estatal debe propender porque sean mínimos los costos asociados con ella, tanto para la administración misma como para los particulares que negocian con ella.”³⁸

El principio de economía entonces, busca reducir los costos de la contratación, adoptando mecanismos que supriman trámites, acelerando y unificando el deber ser del servidor público.

1.2.4.3 Principio de responsabilidad. Desarrollado por el artículo 26 de la Ley 80, se enfoca en las conductas que la entidad estatal, los funcionarios, oferentes y contratistas, deben tener en cuenta al momento de desplegar el aparato contractual del Estado. Podemos observar el principio de responsabilidad en:

- La contratación debe atender al interés general de la Entidad.

³⁷ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Op. cit. p. 58.

³⁸ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Reforma al estatuto general de la contratación de la administración pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007. Bogotá: Editorial Legis. 2007. p. 1-2.

- Los servidores, oferentes y contratistas deben responder por sus actuaciones y omisiones.
- El representante legal de la Entidad, será el director y responsable de la actividad contractual.³⁹

Entendamos así, que tanto servidores públicos como particulares que se encuentren inmersos en procesos de contratación estatal serán responsables por las actuaciones u omisiones, que causen perjuicios y contravengan las leyes y normas reglamentarias, influyendo negativamente en el desarrollo de los fines por los cuales se va a contratar.

“El principio de responsabilidad somete a todos los que intervienen en la actividad contractual a sufrir las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones a su cargo, sancionando disciplinaria, penal y patrimonialmente a quienes realicen conductas que afecten a cualquiera de las partes en la contratación. La responsabilidad recaerá, en principio, en el funcionario u órgano que toma la decisión, ya sea por ser titular de la facultad de contratación o por haberla recibido en delegación.”⁴⁰

Las actuaciones en materia contractual, desplegadas por el Estado a fin de satisfacer las necesidades que demandan los ciudadanos, se orientan esencialmente, como ya se dijo, por los tres principios anteriormente esbozados, instituyéndose como reglas de comportamiento que hacen parte del marco normativo del ejercicio de la función pública. Estos principios se concretan en actividades dentro del trámite de la contratación, orientados a su vez por los principios establecidos en artículo 209 de la Carta Política. Se hace necesario así que exista mayor visibilidad y transparencia, el compromiso de adelantar de

³⁹ AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Guía metodológica para la auditoría de la contratación, realizada por las contralorías. Op. cit. p. 20-21.

⁴⁰ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Op. cit. p. 62.

manera eficiente y responsables los procesos contractuales y respetar íntegramente los principios de la contratación pública, con el único propósito de defender los intereses, derechos y bienes públicos.⁴¹

Ahora bien, no atañe a esta investigación estudiar a profundidad los demás principios sobre los que se enmarca la contratación. Sin embargo, resulta de vital importancia el principio constituido en el deber de selección objetiva.

1.2.4.4 Del deber de selección objetiva. Anterior a la expedición de la Ley 80, los procedimientos de selección del contratista suponían la escogencia objetiva del mismo. Con la expedición del estatuto contractual y más aún, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, se busca asegurar que siempre se haga dicha escogencia aplicando los criterios objetivos de selección.

Según lo estipulado por el artículo 5° de la Ley 1150 “*es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.*”

Debemos entonces entender que el

“ofrecimiento más favorable es aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia, primero el de verificación, que determina el cumplimiento de las condiciones de los proponentes con unas exigencias jurídicas, técnicas (experiencia, organización, equipos) y financieras; segundo, de verificación y evaluación de la calidad e idoneidad de los bienes y servicios que se solicitan y que deben cumplir los proponentes; y tercero, la evaluación de la oferta económica. El análisis de todos estos factores y la ponderación precisa, detallada

⁴¹ AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Guía metodológica para la auditoría de la contratación, realizada por las contralorías. Op. cit. p. 21.

y concreta de los mismos, está contenido en los estudios previos y serán exigidos en los pliegos o términos de referencia, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos.”⁴²

De esta forma, se empieza a erradicar los vicios administrativos que bajo postulados subjetivos, ofrecían a conveniencia la adjudicación de los contratos, exteriorizándose así una violación flagrante de principio de igualdad que rige los trámites contractuales.

Entonces ¿qué factores han de considerarse para la escogencia objetiva?

- Capacidad jurídica.
- Experiencia.
- Capacidad financiera.
- Capacidad de organización.
- Oferta más favorable, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia, haciendo una ponderación precisa y detallada de los mismos en los pliegos de condiciones.
- Menor precio ofrecido (solo se aplica para las contrataciones en las que se pretenda adquirir o suministrar bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización).
- Experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo (solo se aplica en los procesos para selección de consultores).

“La selección objetiva de una propuesta supone la definición previa por parte de una entidad estatal de los criterios que debe cumplir un proponente, cuando la misma pretende la adjudicación de un contrato.”⁴³

⁴² PNUD - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo– Colombia. Op. cit. p. 22.

⁴³ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013. p. 510.

Dando continuidad y para efectos de sintetizar el estudio de los principios, evidenciamos rápidamente algunos otros principios que enmarcan el régimen contractual colombiano:

- Igualdad: Se configura dando a todos el mismo tratamiento.
- Moralidad: Es el actuar de conformidad con principios éticos y morales.
- Celeridad: Dar impulso oficioso de procedimientos y trámites.
- Imparcialidad: Garantizando los derechos de todas las personas sin discriminación.
- Contradicción: Configurado en el derecho a controvertir las decisiones suscitadas en el régimen contractual.
- Equidad: Igualdad para los receptores
- Equilibrio económico: Se presenta en los eventos en que por alguna circunstancia ajena a su voluntad se resquebraje la contraprestación económica que llevó al contratista a obligarse con la entidad estatal, reciba una compensación o indemnización que restablezca su interés.
- Buena fe: La creencia de estar actuando conforme a la ley, bajo un marco moral y ético.
- Conmutatividad: Mantener las ventajas económicas previstas al momento del surgimiento del contrato para cada una de las partes.
- Legalidad: El ejercicio de la actividad contractual deberá estar sometido a la voluntad de la ley y su jurisdicción.

1.3 MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 se establecen dos modalidades de selección: a) la licitación pública y concurso de méritos y b) eventos de contratación directa. Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de

2007 se establecen cuatro modalidades de selección: a) licitación pública; b) selección abreviada; c) concurso de méritos; y d) contratación directa. Actualmente, en virtud de lo contemplado en el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 y que desarrolla el Decreto 1510 de 2013, las modalidades de selección son cinco, las cuatro ya establecidas por la Ley 1150 y una última denominada, mínima cuantía.

En el marco de esta investigación, reviste de vital importancia el estudio de la contratación directa. Sin embargo, a continuación comentaremos cada una de las modalidades de selección, a manera de instructivo, consecuente al objeto de estudio.

1.3.1 Licitación pública. El parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 la define como: *“el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.”*

La licitación pública entonces se debe entender como ese procedimiento mediante el cual la entidad pública invita a personas, naturales o jurídicas, para que participen en la presentación de propuestas que conlleven a la ejecución de determinado objeto contractual. Así, la entidad estatal, hará la convocatoria pública y establecerá previamente las características del bien o servicio que está solicitando.

Algunos doctrinantes han definido así la licitación pública:

“Procedimiento de selección del contratista donde el número de proponentes o licitantes no tienen limitaciones, por cuanto, como está previsto el procedimiento,

pueden concurrir a esta todas aquellas personas que estén en condiciones de presentar oferta”⁴⁴

“Procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente.”⁴⁵

Concretamente,

“si lo que se pretende adquirir o construir es un objeto complejo, que admite muchas variaciones, distintas posibilidades, que se puede construir o ejecutar de diferentes maneras, que no es posible unificar sus procedimientos, ni mucho menos estandarizar. Que este objeto no es posible de someterlo a códigos, sistemas o procedimientos unificadores y que además es de gran valor económico, este contratista habrá que escogerse mediante el procedimiento de licitación pública.”⁴⁶

En conclusión, este procedimiento se usa para adquirir o ejecutar aquellos objetos de valor y aquellas obras de gran costo, que se consideran complejos y no son sujetos a sistematización. Mediante esta modalidad se puede contratar todo, exceptuando los casos que, en virtud del principio de economía, se puedan emplear otras modalidades. Por ejemplo: de presentarse un objeto de alta complejidad, pero de valor pequeño, es decir, que su cuantía sea baja, no se justificará así el uso de la licitación pública, por ende se acudirá a la selección abreviada de menor cuantía.

⁴⁴ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo. Teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editores. 1983. p. 181.

⁴⁵ DROMI, José Roberto. Licitación pública. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1977. p. 92.

⁴⁶ FRANCO GUTIERREZ, Omar. La contratación administrativa. Bogotá: Editorial Leyer. 2010. p. 223.

1.3.2 Selección abreviada. Define el artículo segundo, numeral 2 de la Ley 1150 a la selección abreviada como:

“la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, la circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.”

La selección abreviada se caracteriza por ser más rápida y ágil que la licitación. Principalmente se usa para adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por las entidades estatales.

“En la contratación abreviada la característica fundamental radica en que los bienes que se adquieren por este procedimiento, son bienes no complejos. Mejor, son bienes que por estar técnicamente unificados, por ser los mismos a pesar de su apariencia externa, son susceptibles de uniformidad, de agrupamiento, de sistematización, de codificación, pues sus características son iguales.

Esta circunstancia permite que el bien, que se adquiriera, es suficiente para la entidad, cumple cualquiera de ellos con las necesidades del ente oficial y por lo tanto adquirir el uno o el otro es lo mismo y por esta razón, en esta clase se adquisiciones lo que cuenta es el precio. Se le compra al que más barato lo ofrezca, pues se entiende que la calidad es igual y por lo tanto, el que lo ofrezca en las mejores condiciones de precios será el escogido.”⁴⁷

1.3.3 Concurso de méritos. Artículo 2°, numeral 3° Ley 1150 de 2007:

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 228.

“Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos, podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar, deliberante y calificado.”

En esta modalidad de selección, a diferencia de las anteriores, se tiene en cuenta la persona a quien se va a contratar para realizar la consultoría. Dicha persona deberá reunir las condiciones necesarias para llevar a cabo los proyectos de la entidad estatal contratante. La consultoría, como el tipo contractual en que se enmarca el concurso de méritos, se ejerce de dos formas. La primera, ejecutando, dirigiendo, supervisando, haciendo interventoría a los proyectos que lleva a cabo la entidad pública. En segundo lugar, se contrata a fin de diagnosticar, realizar estudios de pre-factibilidad o factibilidad de proyectos específicos y para que asesore técnicamente. Además, ha de tenerse en cuenta, que la persona que se vaya a contratar debe tener determinados requisitos, conocimientos especiales, cierta experiencia, debe ser una persona calificada en determinada o determinadas ciencias, con un bagaje intelectual especial.

1.3.4 Contratación directa. Mediante este tipo de modalidad, se invita directamente a una persona, natural o jurídica, para que ejecute un objeto determinado. Este tipo de contratación cuando procede deberá expedir un acto administrativo motivado, en el que se sustente el por qué procede. Dicho acto deberá señalar la causal que se invoca, determinar el objeto a contratar, el presupuesto y las condiciones del contratista, y la indicación del lugar, con los estudios previos, exceptuándose de estos últimos la urgencia manifiesta.

La finalidad de la contratación directa no es otra que dar mayor agilidad y prontitud a la celebración de ciertos contratos estatales. Permite de igual forma, tomar decisiones de manera rápida y efectiva. Debe dejarse claro que esta modalidad es de aplicación restrictiva toda vez que aquí no hay convocatoria pública y sus causales son de aplicación excepcional, ya que solamente procederá en los casos taxativamente contemplados en la ley.

1.3.5 Mínima cuantía. El procedimiento de esta modalidad fue establecido en el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 y en el nuevo decreto 1510 de 2013.

“Artículo 94. Transparencia en contratación de mínima cuantía. Adiciónese al artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.

La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

- a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

- b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;
- c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;
- d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

Parágrafo 1°. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2°. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.”

Asimismo, el artículo 84 del Decreto 1510 de 2013, reglamenta lo pertinente a los estudios previos, el procedimiento, la adquisición en grandes superficies y las garantías de la misma, respecto a la modalidad de selección por mínima cuantía.

1.4 GENERALIDADES DEL CONTRATO ESTATAL

1.4.1 Noción. Sin importar si pertenece al derecho civil, laboral, comercial o administrativo, existen tres elementos en común para identificar la base de todo contrato: deben haber unas partes que acuerdan algo; de ese objeto configurado en el acuerdo de las partes nace un vínculo jurídico de carácter obligatorio entre ellas; y, una vez establecida dicha relación, en virtud de ésta se permite exigir el cumplimiento del objeto que acordaron, es decir, sobreviene una prestación.⁴⁸

Define ESCOBAR GIL al contrato estatal como “*el instrumento jurídico para la ejecución de la planificación y del presupuesto y para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado.*”⁴⁹

Básicamente el contrato estatal se trata del acuerdo que se celebra entre una entidad pública y un particular (sea persona jurídica o natural) o la misma administración (en otra de sus ramas o secciones), tendiente a que este dé, haga algo, o se abstenga de hacer algo, previo el lleno de ciertos requisitos.

Expresa el artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...”

De la lectura del artículo anteriormente expuesto, podemos advertir que aunque la definición de contrato estatal tenga como soporte la regulación privada,

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 19.

⁴⁹ ESCOBAR GIL, Roberto. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Editorial Legis. 2003. p. 64.

manifestada en el artículo 1495 del Código Civil Colombiano, sigue conservando un régimen excepcional o de potestades exorbitantes que lo hacen diferente, por naturaleza, a aquellos contratos celebrados entre particulares, de tal forma que se dota al contrato de carácter estatal de una verdadera cobertura administrativa.⁵⁰

1.4.2 Perfeccionamiento del contrato. El perfeccionamiento del contrato se produce cuando surgen las obligaciones para las partes. De acuerdo a lo estipulado por el artículo 41 de la Ley 80, ante la solemnidad que deviene de los contratos estatales, se entenderá perfeccionado cuando se logre el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y se eleve a escrito.

Asimismo, de la lectura del artículo 39 de la Ley 80 se extrae que, resulta ineludible la disposición de constar por escrito y ser suscritos, lo cual permite concluir que en materia de contratación estatal no hay contratos verbales ni meramente consensuales. Sin embargo, las solemnidades que devienen, serán plenas o menos plenas, de acuerdo con la cuantía del contrato.⁵¹

1.4.3 Requisitos generales del contrato. Se dividen en tres y son:

- Requisitos previos al contrato: de omitirse, el contrato no nacería a la vida jurídica. Entre ellos encontramos: a) competencia del funcionario para contratar, b) autorización para que el funcionario competente pueda contratar, c) existencia del rubro o registro presupuestal y d) seleccionar al contratista mediante el procedimiento legal correspondiente.
- Requisitos concomitantes a la celebración del contrato: cumplidos los requisitos previos se podrá proceder al acuerdo de voluntades entre las partes. Entre ellos encontramos: a) elaboración de un contrato escrito con todas las cláusulas que deben llevar según su naturaleza, las obligatorias, b) la

⁵⁰ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Op. cit. p. 34.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 36.

constitución y otorgamiento de la garantía, por parte del contratista, y c) la firma de contrato por las personas autorizadas.

- Requisitos posteriores al contrato: Son aquellos por los cuales una vez suscrito el contrato pueda procederse a ejecutar. Entre ellos encontramos: a) la aprobación por parte de la entidad competente, b) el pago del impuesto de timbre, y c) la publicación del contrato en el órgano competente, para efectos de publicidad del acto.⁵²

1.4.4 Requisitos para la ejecución del contrato. No debemos inferir, que una vez perfeccionado el contrato, éste podrá ejecutarse. El perfeccionamiento tiene que ver con el surgimiento de las obligaciones, por su parte la ejecución del contrato no puede darse

“hasta tanto no se haya dado la aprobación de la garantía única de cumplimiento y que existan las disponibilidades presupuestales correspondientes para la vigencia en que se habrá de ejecutar el contrato, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, caso en el cual deberá obtenerse certificación de la oficina de presupuesto en tal sentido.”⁵³

1.4.5 Principales modalidades contractuales.⁵⁴ Entre ellas encontramos:

- Contrato de obra: Consiste en la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles, como construcción, mantenimiento, instalación, etc.
- Contrato de consultoría: Consiste en la realización de estudios, la diferencia con la prestación de servicios es que la consultoría se dirige a obras públicas en tres modalidades. La primera, respecto al diseño, planos, pre y factibilidad, y proyectos de inversión; en segundo término hablamos de la etapa en la que

⁵² FRANCO GUTIERREZ, Omar. Op. cit. p. 96-97.

⁵³ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Op. cit. p. 42.

⁵⁴ AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Guía metodológica para la auditoría de la contratación, realizada por las contralorías. Op. cit. p. 85-87.

se contrata para coordinar y realizar control e interventorías; y en tercera medida se contratará para efectos de supervisión.

- Contrato de prestación de servicios: Se suscribe para realizar actividades institucionales, se caracterizan por ser de tracto sucesivo y porque la entidad contratista no cuenta con el personal para desarrollar dicha actividad, por ejemplo: mantenimiento, transporte, aseo, celaduría, sistemas, entre otras. En el caso de que el contratista sea una persona natural, se entenderá que dicho contrato no configura un contrato de trabajo.
- Contrato de compraventa: Mediante el cual se transfiere la propiedad o dominios de un bien a cambio de una contraprestación. Para bienes tecnológicos debe comprender la capacitación e instalación cuando requiere de especificaciones especiales.
- Contrato de suministro: Es la adquisición permanente, periódica y continua, de bienes que son indispensables para el servicio de la entidad contratante. Se caracterizan por ser: bienes fungibles y de utilización común y diaria. Este tipo de contrato es de tracto sucesivo, admite revisión de precios y el presupuesto tiene una asignación permanente y fija.
- Contrato de fiducia: Es el contrato mediante el cual, la entidad pública confía el manejo de sus recursos a una persona jurídica, sin entregar la propiedad de los mismos y en consecuencia tales recursos no se constituyen en patrimonio autónomo, ni se escapan al manejo del ordenador del gasto de la entidad.
- Contrato interadministrativo: Son aquellos que celebran las entidades estatales entre sí, con el fin de alcanzar objetivos comunes. No importa si las características propias del acuerdo indica que se está en presencia de otro tipo de contrato. Este tipo de contrato no requiere de proceso de selección, de cláusulas excepcionales, de publicación y se puede prescindir de las garantías.
- Contrato de concesión: Es aquel mediante el cual la entidad estatal entrega a un particular el manejo total o parcial de un servicio público, o su explotación o conservación, a cambio de una remuneración que puede consistir en tasas, derechos, valorización o participación.

1.4.6 Cláusulas exorbitantes. Estas cláusulas son ajenas al derecho común. Su finalidad es conceder a las entidades estatales facultades particulares en los contratos suscritos con particulares; *“como la satisfacción del interés general debe ser prioritaria, es lógico que la administración tenga una serie de prerrogativas para conseguirla.”*⁵⁵

Las cláusulas excepcionales o exorbitantes son

*“estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales.”*⁵⁶

*“Son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privado, porque rompen con el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil. En otros términos - sigue el autor- son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultaría ilícitas, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público.”*⁵⁷

Dispone el artículo 14 del estatuto contractual, que a fin de cumplir con los fines de la contratación las entidades podrán pactar cláusulas de terminación, interpretación y modificación unilateral; sometimiento a las leyes colombianas y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra; y la cláusula de reversión.

⁵⁵ DÍEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra. 1983. P.323.

⁵⁶ VEDEL, Georges. Derecho administrativo. Madrid: Biblioteca jurídica Aguilar. 1980. p. 205.

⁵⁷ DROMI, José Roberto. Derecho administrativo. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. p. 325.

Manifiesta también la ley, que las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente. Hace una aclaración respecto a los contratos de suministro y de prestación de servicios, determinando que para ellos la entidad estatal a su juicio podrá pactar o no dichas potestades exorbitantes.

Son entonces cláusulas exorbitantes: terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación unilateral, sometimiento a las leyes colombianas, caducidad, caducidades especiales y reversión.

1.4.7 Sujetos contractuales. Como lo expusimos anteriormente, los tres elementos básicos del contrato son: el contratante, el contratista y la prestación. Para efectos de estudio, en este numeral haremos énfasis en los dos sujetos, que por sus cualidades, adquieren calidad de contratante y contratista respecto a la celebración de un contrato estatal.

Naturalmente en todos los contratos administrativos, el contratante será la administración, es decir, la entidad del Estado que en uso de sus facultades, contrata para suplir las necesidades de los ciudadanos.

La administración está conformada por personas y entidades, las cuales por disposición legal están encargadas de manejo de los recursos públicos. No debemos confundir la Administración con el Estado, pues ésta es uno de los medios por los cuales obra el Estado. *“El Estado y su brazo ejecutor, la administración, es una persona jurídica de derecho público, y cuando actúa como contratante, emite sus declaraciones de voluntad a través de sus representantes.”*⁵⁸ Dichos representantes son los servidores públicos. En materia contractual define el artículo 2º numeral 2 de la Ley 80 de 1993 que:

⁵⁸ FRANCO GUTIERREZ, Omar. Op. cit. p. 20.

“Se denominan servidores públicos:

- a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.
- b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.”

La otra parte de la relación contractual es el contratista. El contratista es la persona natural o jurídica que se dispone para celebrar un contrato con la administración. Se diferencia la persona natural y jurídica, respecto a los requisitos que se le solicitan al momento de contratar. Por ley, la persona jurídica, básicamente deberá acreditar su existencia, su capacidad y su representación, contrario a la persona natural, quien solo debe acreditar su capacidad.

Ley 80 de 1993, artículo 6:

“Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.”

De igual forma pueden contratar con la administración, los consorcios y las uniones temporales, como se infiere del artículo anterior. Define la Ley 80 de 1993 en su artículo 7° estos sujetos contractuales:

“De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por:

1. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.
2. Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Parágrafo 1º.- Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

Parágrafo 2º.- Derogado.

Parágrafo 3º. En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios.”

2. CONTRATACIÓN DIRECTA POR URGENCIA MANIFIESTA

2.1 CONTRATACION DIRECTA

2.1.2 Noción. La contratación directa es una modalidad legal de seleccionar a un contratista en la cual la concurrencia de oferentes es limitada. En esta modalidad se entiende que la administración, identificando previamente unas necesidades, las cuales pretende satisfacer para cumplir los fines esenciales del Estado y cumpliendo con los requisitos legales que fundamentan la contratación directa, se pone en contacto con un proponente determinado para llegar al acuerdo que genera la contratación.

De esta forma, la contratación directa *“es la facultad que tiene el jefe de una entidad estatal o de su delegado, de proceder a escoger sin licitación, la persona o entidad con la cual se va a celebrar un contrato por parte de la entidad que él representa.”*⁵⁹ Se puede decir que es un proceso de contratación, muy semejante al proceso de contratación que utilizan los particulares en sus relaciones económicas y jurídicas.

Por otra parte, el postulado de la autonomía de la voluntad privada es un factor determinante en los negocios privados o de los particulares. Sin embargo, este postulado no es absoluto para el caso de la contratación directa, tratándose de contratos en los cuales una de las partes es una entidad estatal que se rige por el Estatuto de Contratación. Si bien es cierto que sus procedimientos pueden ser más expeditos y de corta duración, es una modalidad de contratación que tiene unas características definidas y que se rige por los principios que desarrollan la

⁵⁹Ibíd., p. 340.

contratación estatal siendo uno de éstos, el de mayor importancia, el de la selección objetiva del contratista que es el referente del proceso.

“En otras palabras, contrario a lo que ocurre en el derecho común, en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es eminentemente reglado, de manera que las partes, entidad pública y particular están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad.”⁶⁰

De igual forma el Consejo de Estado conceptúo acerca de la contratación directa y sus características en los siguientes términos:

“En contraste, la contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas en los casos expresa y taxativamente previstos en la ley (art. 24 N.1 Ley 80 de 1993), pueden celebrar contratos sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, mediante un trámite simplificado, abreviado ágil y expedito, que debe cumplir los mismos principios que la ley dispuso para el primero [...]

[...] La Sala ha recalcado que "... la contratación directa hace más flexible el procedimiento de elección y le da posibilidad a la Administración de que el trayecto de análisis de propuestas sea más ágil..." y que "dicho proceder excepcional surgió como mecanismo para evitar que la administración, en casos expresamente determinados, (...) o por urgencia manifiesta o por la misma naturaleza del negocio o de los bienes [sic] que se pretendía adquirir, estuviera obligada a someterse a procedimientos largos y dispendiosos y que por el contrario pudiera elegir al

⁶⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso-administrativo. Sección tercera. Diciembre 03 de 2007. C.P: Ruth Stella Correa Palacio.

contratista rápidamente y satisfacer de manera pronta necesidades apremiantes.”[...]

[...] Por lo tanto, la contratación directa es un procedimiento reglado excepcionalmente y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual pueden acudir las entidades públicas para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados en la ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de bienes y servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para la licitación pública, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública.”⁶¹

De la lectura de la sentencia del Consejo de Estado anteriormente citada se extraen las características de la modalidad de contratación directa, haciéndose evidentes las siguientes: es excepcional, de interpretación restrictiva, aplicable solo en los supuestos normativos taxativamente señalados en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 del 2007 y el Decreto 1510 del 2013, tampoco se puede aplicar esta modalidad de contratación por analogía o por extensión.

Es evidente que la contratación directa tiene dos características que son de su esencia y tiene dos prohibiciones que le dan su sustancia. Empezaremos a explicar las dos características para luego pasar a las prohibiciones sustanciales. El adjetivo *excepcional* según la Real Academia Española denota lo siguiente: “*excepcional*: 1. *adj.* Que constituye excepción de la regla común. 2. *adj.* Que se aparta de lo ordinario o que ocurre rara vez.”⁶² Según este adjetivo característico de la contratación directa, podemos concluir que ésta es una modalidad de contratación estatal que no es de aplicación ordinaria, que rara vez procede su aplicación, o en otros términos, podemos decir que en contratación estatal la regla

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Real Academia Española. Internet. <http://lema.rae.es/drae/?val=excepcional>.

común para seleccionar al contratista es la licitación pública con todas sus formalidades y que la contratación directa es la excepción a la regla común, es por esto que sostenemos que la contratación directa solo procede en los casos taxativamente señalados en el Estatuto de Contratación Estatal.

En este mismo sentido ha conceptuado la doctrina “*En efecto, entendemos que el gobierno [...] adopta una decisión razonable, en la medida en que toda causal de contratación directa, dado su carácter excepcional, debe tener un alcance restrictivo en pro de las reglas generales aplicables a los concursos de tipo abierto.*”⁶³

Por su parte, MALLANA CAMACHO conceptúa acerca de la excepcionalidad de la contratación directa y deja claro que la regla general para escoger al contratista es la licitación pública:

“Para comenzar, se debe señalar que el Estatuto de Contratación para la Administración Pública tenía como una de sus reglas principales la prevista en el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que consiste en establecer para las entidades estatales la obligación de seleccionar siempre a sus contratistas a través de la licitación o concurso públicos, y bajo el procedimiento establecido en el mismo estatuto, [...] lo que se ratifica con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que el numeral 1 del artículo 2, señala que dentro de las modalidades de selección se encuentra la licitación pública, advirtiendo que la escogencia del contratista siempre se efectuará por regla general a través de esta modalidad.”⁶⁴

Así mismo,

⁶³ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La nueva estructura de los procesos selectivos en la contratación estatal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 2009. p. 516.

⁶⁴ MALLANA CAMACHO, Ernesto. Op. cit. p. 753

“lo anterior encuentra sustento en el Art. 6° de la C.P. que prevé que los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les esté atribuido por el ordenamiento jurídico. Explicó que la taxatividad y el principio de aplicación restrictiva, deben entenderse como la proscripción de la interpretación analógica y extensiva de los supuestos normativos que persiguen una consecuencia jurídica; lo que significa que debe respetarse el contenido literal y sentido expreso de las normas.”⁶⁵

El carácter *excepcional* de la contratación directa, requiere que las normas jurídicas que la reglamentan sean *interpretadas en forma restrictiva*, pues de lo contrario se desvirtuaría el objeto del Estatuto de Contratación Estatal, Ley 1150 del 2007 y del Decreto 1510 del 2013, al permitirse que las Entidades Estatales utilicen la contratación directa para hipótesis fáctico legales distintas a las legalmente establecidas y previstas en la ley, lo que contraría de forma manifiesta la intención del legislador de aplicar como regla general la licitación pública.

Por lo tanto, esta segunda característica, la *interpretación restrictiva* de la modalidad de contratación directa, deviene del *carácter excepcional* de la modalidad en comento. Se define de igual forma como: “*Restrictivo*: 1. *adj.* Que tiene virtud o fuerza para restringir o apretar. 2. *adj.* Que restringe, limita o acorta.”⁶⁶ Es de claridad meridiana que este adjetivo le imprime a la modalidad de contratación directa un carácter limitante en cuanto a su interpretación y esta limitancia denota que en relación a la modalidad de contratación directa se debe interpretar ésta conforme al tenor literal de la ley, por lo tanto, no se puede hacer una interpretación extensiva de la modalidad de contratación directa so pretexto de acudir al espíritu de la ley para indagar sobre la real voluntad de lo que quiso decir el legislador cuando consagró las causales por las cuales procede la

⁶⁵ COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE. Acción de simple nulidad. Radicado 2010-264. MP: Tulia Isabel Jarava Cárdenas.

⁶⁶ Real Academia Española. Internet. <http://lema.rae.es/drae/?val=rae>

contratación directa, por lo tanto en esta modalidad hay que atenerse al tenor literal de la ley.

La interpretación restrictiva:

“En la interpretación restrictiva se restringe el alcance de la norma apartando de ella determinados supuestos que se encontrarían incluidos de acuerdo con la redacción de su texto, pero que se entiende que no fue voluntad del legislador comprenderlos dentro de éste. Con la interpretación restrictiva se reduce el alcance del texto de la norma. La interpretación restrictiva se aplica preferentemente a las normas prohibidas y a las especiales, en las cuales la consecuencia jurídica se aplica estrictamente a los casos descritos en el supuesto de hecho. En efecto, si el sentido y alcance de la norma están completamente expresados en la norma, la interpretación es declarativa; pero si el sentido y alcance de la norma es más amplio que su texto, la interpretación es extensiva; por el contrario, si la significación y alcance de la norma son menos que el del texto, la interpretación es restrictiva.”⁶⁷

2.1.3 Principios en la contratación directa. En todas las modalidades de contratación estatal y especialmente en la contratación directa se deben respetar los principios que rigen la contratación estatal: el principio de transparencia, de responsabilidad, de economía y sobre todo el de selección objetiva del contratista. Así mismo, se debe respetar el principio de publicidad.

“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollaran con acuerdo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicaran en las mismas las normas que regulan la

⁶⁷ ROJAS RÍOS, Gloria Isabel. La interpretación jurídica. Internet.
<http://www.monografias.com/trabajos72/interpretacion-juridica/interpretacion-juridica2.shtml>

conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”⁶⁸

Partimos del presupuesto que la administración debe respetar los principios que desarrollan la contratación estatal máxime cuando decide utilizar la modalidad de contratación directa, esta idea esta refrendada ampliamente por la doctrina colombiana: “*La contratación directa debe adelantarse con el respeto de los principios de transparencia, economía y responsabilidad. Se debe dar publicidad a los actos y la selección de la oferta debe proceder de la valoración objetiva de las mismas.*”⁶⁹

En este sentido también la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera diáfana en relación a la prelación de los principios que desarrollan la contratación estatal:

“De igual modo, respecto de la crítica del demandante que tacha la contratación directa de exclusionista y, por esa vía, de contraria a la igualdad de oportunidades, tampoco encuentra la Corte que haya un principio de razón suficiente en ese argumento pues, **no es cierto que dicha clase de contratación implique que la entidad estatal contratante pueda inobservar los principios de economía, transparencia y de selección objetiva. Por el contrario, en ella también rigen, para asegurar que en esta modalidad de contratación también se haga realidad la igualdad de oportunidades.** (Negrilla subrayada fuera de texto).”⁷⁰

⁶⁸ ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Op.cit. Artículo 23.

⁶⁹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Contratación administrativa en Colombia. p. 317 En: MORENO MOLINA, José Antonio. Contratos públicos en España, Portugal y América Latina. Madrid: Difusión jurídica y temas de actualidad. 2009. P. 283-324.

⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 2001. M.P: Clara Inés Varga Hernández.

Del análisis anteriormente elaborado podemos definir con claridad la modalidad de contratación directa estableciendo que es un proceso de contratación estatal de carácter excepcional y de interpretación restrictiva que procede aplicar solo en los supuestos previstos taxativamente en la ley en virtud del cual el Estado elige directamente al contratista sin necesidad de hacer una convocatoria pública.

Queda claro que siempre que la administración pretenda adelantar una contratación, no importa cuál sea la modalidad de contratación que se elija, se deben respetar y observar los principios que rigen la contratación estatal, ya que su inobservancia es contraria al principio de legalidad, uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, máxime cuando la modalidad de contratación escogida para seleccionar al contratista es la contratación directa.

Vale la pena precisar, que en esta modalidad de contratación no se hace convocatoria pública, por lo tanto se sacrifica el principio de igualdad de concurrencia en cuanto a la participación de los contratistas, en aras de la efectividad y eficiencia de las actuaciones que toma la administración cuando debe satisfacer las necesidades de sus administrados.

Finalmente, podemos concluir tres características esenciales, aplicables al procedimiento por contratación directa:

- No hay necesidad de la concurrencia de varias ofertas.
- Es un procedimiento facultativo, excepcionalísimo y de aplicación restrictiva.
- Es potestativo del Estado la libre escogencia del contratista, basado en el principio de selección objetiva.

2.1.4 Evolución normativa. La contratación directa con el paso del tiempo ha sufrido cambios significativos. Es así, que por medio de la reforma al estatuto de contratación estatal, realizada con la expedición de la Ley 1150 del 2007, *por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la*

Ley 80 de 1993, y el Decreto 1510 del 2013, se suprimieron causales y crearon otras, para la modalidad de contratación directa. De esta forma manifiesta el profesor GÓMEZ LEE:

“Las seis causales de contratación directa que lo fueron en vigencia de la Ley 80 de 1993 y que dejaron de serlo son las siguientes: (1) La menor cuantía establecida en el literal a), numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, hoy causal de contratación por selección abreviada. (2) La declaratoria de desierta de la Licitación o Concurso previsto en el literal g), numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 paso a ser causal de contratación por selección abreviada. (3) La adquisición de productos de origen o destinación agropecuarios contemplada en el literal k), numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se transforma en causal de contratación por selección abreviada. (4) Los contratos de salud previstos literal l), numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 pasaron a ser causal de contratación por selección abreviada. (5) Los contratos de las Empresa Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta contempladas en el literal m), numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 pasaron de ser causal de contratación directa a un régimen especial. (6) La no presentación de propuestas o la falta de voluntad de participación contemplada en el literal h), numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 fue suprimida del ordenamiento jurídico colombiano, dado que ese evento está inmerso en el evento de declaratoria de deserta de la licitación que da lugar a un proceso abreviado.

Desde el punto de vista cualitativo la Ley 1150 de 2007 reduce las causales de contratación directa de trece a nueve. Vale la pena destacar que creó una nueva causal, la de entidades territoriales en reestructuración por falta de liquidez. Se desagregó una causal de la Ley 80 de 1993, como quiera que se separen los

eventos de contratos de prestación de servicios y de proyectos de ciencia y tecnología.”⁷¹

2.1.5 Causales. Las causales de contratación directa están establecidas en la Ley 80 de 1993, posteriormente modificadas por el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1510 del 2013. Las únicas causales de contratación directa serán las siguientes:

2.1.5.1 La urgencia manifiesta. Artículo 42. Ley 80 de 1993:

“Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción, cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección públicos.

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

Parágrafo: con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.”

Para efectos de esta investigación, se hará un extensivo desarrollo a esta causal de contratación directa, en la segunda parte del presente capítulo.

⁷¹ GÓMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos. Op. cit. p. 147-149.

2.1.5.2 Contratación de empréstitos. Al respecto, “Esta causal ante la necesidad de las entidades de buscar mecanismos de financiación a mediano y largo plazo. Se deben tener en cuenta las restricciones de las leyes 617 de 2000 y 819 de 2003. Adicionalmente, para esta modalidad de empréstitos hay reglas especiales, como el artículo 3 del Decreto 2681 de 1993 y varias disposiciones reglamentarias que lo complementan.

Respecto a esta causal tampoco, se presentó modificación, aunque en el artículo 20 de la ley 1150 del 2007 se hacen precisiones para mantener idéntico el régimen jurídico de los organismos multilaterales de crédito, (...) también resultan aplicables para esta materia las disposiciones del párrafo 2 del artículo 41 de la ley 80 de 1993, relacionado con operaciones de crédito público, dentro de los cuales se menciona el empréstito.”⁷²

2.1.5.3 Convenios o contratos interadministrativos. El artículo 2 numeral 4 literal c) de la ley 1150 de 2007 consagra esta clase de contratos como causal de contratación directa de la siguiente forma:

“Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2, del presente artículo.

⁷² *Ibíd.*, p. 150.

En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales.”

Como primera conclusión de esta causal de contratación directa podemos decir que es un requisito esencial para la celebración de un contrato interadministrativo que las obligaciones derivadas del respectivo contrato tengan relación directa con el objeto social principal de la entidad ejecutora.

En segunda medida, evidenciamos que no siempre que en el objeto social de la entidad ejecutora aparezca la actividad que se pretende contratar, procede celebrar un contrato interadministrativo, ya que la misma ley consagra unas excepciones cuando la administración pretende celebrar un contrato interadministrativo con una universidad, con las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, o con personas jurídicas sin ánimo de

lucro conformadas por la asociación de entidades públicas o las federaciones de entidades territoriales cuando estas son las ejecutoras, cuando el objeto a contratar sea una obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios o fiducia pública.⁷³

Así las cosas siempre que las entidades anteriormente mencionadas pretendan contratar con el Estado los objetos descritos anteriormente tendrán que participar en una licitación pública o una selección abreviada y no podrán ser contratados por medio de contratos interadministrativos, esto para evitar que una universidad cualquiera del país la cual tiene como actividad principal ofrecer el servicio de educación aparezca ejecutando un contrato de obra, por ejemplo la construcción de un puente ya que como mencionamos anteriormente su actividad principal es ofrecer el servicio de educación y no la construcción de obras civiles, no importa que la universidad en su portafolio de servicios ofrezca la carrera de ingeniería Civil.

La tercera conclusión que evidenciamos en lo que tiene que ver con los contratos interadministrativos es para aquellos eventos en el que el régimen de la entidad ejecutora es un régimen especial y por lo tanto no se rige por la ley 80 de 1993. Como regla general a la ejecución de estos contratos se la aplicara el estatuto de contratación estatal, excepto que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el objeto social de la entidad ejecutora.

⁷³ LEY 1474 DE 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Artículo 92.

2.1.5.4 Contratación de bienes y servicios en el sector defensa, la dirección nacional de inteligencia y la unidad nacional de protección que necesiten reserva para su adquisición. Esta es una causal de contratación directa y tiene como característica que siempre que se pretenda adquirir bienes y servicios para el sector defensa que tengan el carácter de reservados se puede adelantar la contratación respetando las siguientes reglas: las entidades contratantes no están obligadas a publicar los documentos del proceso por los cuales se pretenden adquirir bienes y servicios para el sector defensa que tengan el carácter de reservados, de igual forma no están obligadas a recepcionar varias ofertas, los bienes y servicios que se pretendan adquirir se debe hacer en condiciones de mercado, por lo tanto se concluye que aunque la entidad contratante no esté obligada a publicar los estudios y análisis del mercado no está exenta de realizar dichos estudios ya que la entidad contratante debe salvaguardar el patrimonio público.

“Las entidades estatales no están obligadas a publicar los documentos del proceso para adquirir bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas.”⁷⁴

2.1.5.5 Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas. “Esta clase de contratos son siempre *intuitu personae*, es decir se celebran con la única persona que tiene la capacidad científica y tecnología requerida para el cumplimiento del objeto o finalidad propuesta por la entidad.”⁷⁵

Se determina en el artículo 79 del vigente Decreto 1510 de 2013 que:

⁷⁴ COLOMBIA. Decreto 1510 de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Artículo 78.

⁷⁵ GÓMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos. Op. cit. 158.

“La contratación directa para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas debe tener en cuenta la definición contenida en el Decreto ley 591 de 1991 y las demás normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.”

2.1.5.6 Los contratos de encargo fiduciario. Procede en “los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el acuerdo de reestructuración de pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando las celebren con entidades financieras del sector.”⁷⁶

“Con la expedición de las leyes mencionadas anteriormente, se permite que las entidades particulares y también los entes territoriales, cuando se encuentran en dificultades económicas, puedan llegar a acuerdos con sus acreedores, para evitar que la entidad, tratándose de entes privados principalmente, puedan desaparecer.”⁷⁷

Precisamos que el encargo fiduciario es el contrato en el cual una persona, natural o jurídica, entrega a otra, uno o más bienes determinados, con el fin de que esta última cumpla con ellos una finalidad especial, bien sea en beneficio del fideicomitente o en beneficio de un tercero. Así, dicha modalidad procederá cuando una de las partes en una relación contractual, tenga que encargar a un tercero, que para el caso ha de ser una entidad financiera del Estado, para que administre sus bienes y cumpla con las obligaciones pactadas, ya que dicha entidad se encontraría en la llamada reestructuración de pasivos.

⁷⁶ COLOMBIA. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. Artículo 4, literal f.

⁷⁷ FRANCO GUTIERREZ, Omar. Op. cit. 347.

2.1.5.7 Contratación directa cuando no existe pluralidad de oferentes.

Cuando la administración decide contratar directamente invocando ésta causal, tiene la obligación en la etapa precontractual de indagar si en el territorio nacional existen varios oferentes con los cuales puede satisfacer la necesidad que demanda la entidad contratante, *“estas circunstancias deben constar en el estudio previo que soporta la contratación.”*⁷⁸ Si de dicha indagación concluye que no hay pluralidad de oferentes, el ordenador del gasto estará facultado para contratar directamente. Esta indagación que debe hacer previamente a la contratación la entidad contratante, la debe realizar en el sentido de constatar que solo hay un oferente que posee los derechos de autor, de propiedad industrial o de proveedor exclusivo del bien o servicio que se demanda. Esta característica tiene que estar acreditada para todo el territorio nacional.

2.1.5.8 Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

“Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponde a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

⁷⁸ COLOMBIA. Decreto 1510 de 2013. Op. cit. Artículo 80.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.”⁷⁹

De la lectura del artículo anterior se extraen claramente las exigencias legales para que la administración haga uso de su facultad legal de contratar directamente los objetos previstos en el artículo anterior, los cuales son: 1) la administración debe verificar que la persona que desea contratar tenga experiencia y sea idónea para ejecutar el objeto del contrato a celebrar; 2) la administración no está obligada a recibir varias ofertas; 3) los servicios profesionales y de apoyo a la gestión deben ser de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría, lo que significa que las actividades a contratar deben estar relacionadas con el funcionamiento de la entidad; 4) las actividades a contratar no pueden ser realizadas con personal de planta; 5) que requieran conocimientos especializados; y 6) actividades artísticas que solo pueden ser contratadas con determinadas personas naturales.

2.1.5.9 Adquisición de bienes inmuebles. Las entidades estatales pueden adquirir bienes inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:

- 1) Avaluar con una institución especializada el bien o los bienes inmuebles identificados que satisfagan las necesidades que tiene la entidad estatal.
- 2) Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de adquisición, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública.

⁷⁹ *Ibíd.*, Artículo 81.

- 3) La entidad estatal puede hacer parte de un proyecto inmobiliario para adquirir el bien inmueble que satisfaga la necesidad que ha identificado, caso en el cual no requiere el avalúo de que trata el numeral 1 anterior.⁸⁰

2.1.5.9 Arrendamiento de bienes inmuebles. Las Entidades Estatales pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:

- 1) Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en que la Entidad Estatal requiere el inmueble.
- 2) Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública.⁸¹

Finalmente de la lectura de esta sección podemos concluir que las causales de contratación directa proceden:

- Por su naturaleza, para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.
- En razón al objeto del contrato, para la contratación de bienes y servicios en el sector Defensa que necesiten reserva para su adquisición, para la adquisición de bienes inmuebles y para el arrendamiento de bienes inmuebles.
- En razón a la calidad de las partes, respecto de los contratos interadministrativos.
- Por circunstancias especiales, en los casos de urgencia manifiesta y cuando no existan pluralidad de oferentes en el mercado.

⁸⁰ *Ibíd.*, Artículo 82

⁸¹ *Ibíd.*, Artículo 83.

2.1.6 Procedimiento general. Determinadas las características y las causales por las cuales procede la contratación directa, nos aprestamos a extraer de la normatividad vigente, el procedimiento que a nuestro parecer, resulta de aplicación general a todas las causales de contratación directa. Para extraer este procedimiento general nos hicimos las siguientes preguntas:⁸²

2.1.6.1 ¿Se requiere de estudios previos para la contratación directa? Sí, los estudios previos son de obligatoria elaboración para todas las modalidades de contratación estatal, máxime para la modalidad de contratación directa, ya que el ordenador del gasto está sujeto a los principios que desarrollan la contratación estatal y es de real importancia evidenciar que en la etapa precontractual el ordenador del gasto respete y aplique el principio de planeación como materialización del principio de transparencia, realizando unos estudios previos serios y fundamentados que lleven a la administración a especificar y concretar puntos relevantes para fundamentar su decisión, estos estudios previos deben ser elaborados antes de la adjudicación o la firma del contrato.⁸³

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre el principio de planeación:

“La jurisprudencia de la sala a sostenido repetidamente (sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 14.287), que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente

⁸² SÁNCHEZ C, Manuel, abogados, consultores & asociados Ltda. Régimen de contratación estatal. Modalidad de contratación directa. Ley 1150 de 2007-Decreto Reglamentario 2474 de 2008. Bogotá. 2009. p. 17.

⁸³ Al respecto dice el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011: MADURACION DE PROYECTOS 12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta contratación será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos aspectos relevantes.”⁸⁴

2.1.6.2 ¿Para la contratación directa, cuál debe ser el contenido de los estudios previos? El contenido de los estudios previos para esta modalidad de selección debe ser el siguiente:

- La descripción de la necesidad (causa del contrato) que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
- El objeto a contratar, con sus especificaciones esenciales, y la identificación del contrato a celebrar (presupuesto esencial de todo contrato).
- La modalidad de selección del contratista, incluyendo los fundamentos jurídicos que fundamentan su elección (exigencia obvia).
- El valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la contratación y los rubros que lo componen (no hacerlo vulnera el principio de economía y conmutatividad).
- La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable.
- El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.
- El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del contrato (pertinente para toda modalidad de contrato).
- La indicación de si la contratación respectiva esta cobijada por un acuerdo internacional o un tratado de libre comercio vigente para el Estado colombiano.⁸⁵

⁸⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo contencioso-administrativo. Radicado 14.854. C.P: Mauricio Fajardo.

⁸⁵ GÓMEZ LEE, Iván Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos. Op. cit. p. 177-178

2.1.6.3 ¿Qué otros requisitos previos a la suscripción del contrato se requieren para llevar a cabo la contratación directa? La entidad estatal para adelantar un proceso de contratación directa debe antes de la suscripción de un contrato expedir un acto administrativo motivado en la cual justifique la razón por la cual procede aplicar la modalidad de contratación directa en detrimento de la licitación pública.

“Acto administrativo de justificación de la contratación directa. La entidad estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

- La causal que invoca para contratar directamente.
- El objeto del contrato.
- El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.
- El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales a, b y c del artículo 75 del presente decreto.”⁸⁶

De la interpretación sistemática que hemos hecho de la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 del 2011 y el decreto 019 del 2012, hemos concluido que los siguientes son los pasos esenciales que debe tener en cuenta la administración para que proceda a celebrar un contrato mediante la modalidad de contratación directa:

- Elaborar los estudios y documentos previos.
- Expedir el certificado de disponibilidad presupuestal.

⁸⁶ COLOMBIA. Decreto 1510 de 2013. Op. cit. Artículo 73.

- Elaborar el acto administrativo de justificación de la contratación directa suscribir el contrato.

2.2 URGENCIA MANIFIESTA

2.2.1 Antecedentes históricos. Inmersa en la contratación directa, la urgencia se erige como causal para la procedencia de dicha modalidad de contratación. Por esto y para adentrarse en la historia de la urgencia manifiesta en Colombia, debemos remontarnos a 1912, en este año se expide la Ley 110 del 23 de noviembre, la cual expidió el Código Fiscal Nacional, el cual establecía la posibilidad de prescindir de la licitación pública cuando hubiere *urgencia evidente* calificada por los ministros.

“Para esta época todo contrato estatal debía contener distintas autorizaciones para su ejecución, tales como la aprobación del Presidente de la República, en algunos casos la autorización del Congreso de la República, y finalmente el control de legalidad del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.”⁸⁷

Tres años más tarde se expide de igual forma la Ley 65 de 1915 modificando el, para ese entonces vigente, Código Fiscal Nacional estableciendo que para que se procediera al decreto de una urgencia manifiesta y se contratara bajo dicha causal, solo sería necesaria la autorización del Presidente de la República, eliminando el control de legalidad que anteriormente se exigía.

Después, en el año 1921 la Ley 61, establece que se procederá al uso de la urgencia manifiesta como causal de contratación, solo si fuese requerido conjurar necesidades inmediatas de orden público, seguridad nacional o amenaza de calamidad como una epidemia o inundación, no sin antes ser autorizada por el

⁸⁷ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Op. cit. p. 703

respectivo Consejo de Ministros. Ya para 1964, con la expedición de la Ley 4ª se dispone el uso de la urgencia manifiesta al tenor de la existencia de una inminente paralización, suspensión o daño de un servicio público, o en los casos de calamidad o grave perjuicio social.

Así, luego de doce años emerge el Decreto Ley 150 de 1976, regulando minuciosamente la contratación de las entidades del Estado, pues incluye la nulidad absoluta de los contratos que se hubiesen celebrado bajo el influjo del abuso o desviación de poder del funcionario público responsable de la contratación bajo la causal de urgencia manifiesta. De forma semejante el Decreto Ley 222 de 1983 adiciona para la nulidad de los contratos celebrados con ocasión de la urgencia manifiesta la falta de competencia de los funcionarios.

Finalmente para 1993 con la expedición de la Ley 80, erigiéndose así el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se ratifica la urgencia manifiesta, y en virtud del principio de transparencia, como una causal para proceder a contratar directamente y seleccionar al contratista. Tiempo después y luego de sufrir una modificación mediante la Ley 1150 de 2007 y una reglamentación mediante el Decreto 734 de 2012, la figura de la urgencia manifiesta sigue indemne es los dos artículos dispuestos por la Ley 80 de 1993.

En virtud de lo anterior realiza entonces el Consejo de Estado, un esbozo de la denominación de urgencia manifestando que:

“Tal y como lo registra la doctrina, el concepto de urgencia surgió en 1902 en Francia, cuando el Comisario de Gobierno Romieu lo mencionó en sus conclusiones dentro del asunto Societé Immobilière de Saint Just, destacando la urgencia como "...peligro inminente para la seguridad, salubridad y tranquilidad, que habilita a la Administración a adoptar medidas contrarias a las reglas formales, procedimentales o competenciales existentes", y ha sido analizado tanto

desde el punto de vista de la gravedad de los acontecimientos que dan lugar a obviar procedimientos y formalidades legales de la actuación administrativa, como desde el punto de vista de la inminencia del peligro que amenaza el interés general, aludiendo así a estados de necesidad o emergencia de un lado, y a la urgencia de otro, pero siempre partiendo del hecho cierto de la afectación o amenaza del interés público o general; así ha dicho la doctrina argentina:

"Para cierta doctrina, especialmente aquella que glosa el derecho comparado, la urgencia no es un concepto autónomo, sino que siempre aparece vinculada al estado de necesidad, sea como componente esencial, sea como elemento accidental".

En este orden de ideas, tradicionalmente se ha distinguido la urgencia del estado de necesidad en base al elemento fáctico, más precisamente en base a la mayor o menor gravedad de la coyuntura. Mientras que la necesidad supone una situación de extrema gravedad (poco frecuente), que pone en peligro fines esenciales de la comunidad, la urgencia supone situaciones menos graves, menos angustiosas (más frecuentes)."

De acuerdo con esta interpretación, la necesidad (emergencia) tendría consecuencias mucho más drásticas y enérgicas que la urgencia, puesto que permitiría a la Administración, incluso, exceder las competencias propias del Poder Ejecutivo, pudiendo realizar incluso las propias del Poder Legislativo y el Judicial, mientras que el estado de urgencia, apenas permite "...desplazamientos dentro del marco competencial administrativo, como así también el apartamiento de las formalidades y procedimientos que impedirían la actuación urgente de la Administración."⁸⁸

⁸⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso-administrativo. Sección tercera. Fallo 14275 de 2006. C.P: Ramiro Saavedra Becerra.

2.2.2 Noción de urgencia manifiesta. En el desarrollo de este capítulo hemos concluido que la contratación directa es una modalidad de contratación de carácter excepcional, de interpretación restrictiva, que se rige por los principios que desarrollan la contratación estatal (principio de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva) y que tiene un procedimiento general que se aplica a todas las causales de contratación directa.

Es por esto, que en el transcurso de esta sección fijaremos los presupuestos legales por los cuales procede la declaratoria de la urgencia manifiesta, su noción, su control y la responsabilidad en que incurre el ordenador del gasto por una indebida declaración de la urgencia manifiesta.

La urgencia manifiesta es una causal de contratación directa estipulada en el estatuto de contratación estatal, artículos 41, 42, y 43 de la Ley 80 de 1993, esta causal de contratación directa es sui generis ya que es la causal de contratación directa más extrema, porque supone el sacrificio del principio de transparencia en lo que respecta a la publicidad y la igualdad de concurrencia.⁸⁹

La misma ley le permite a la entidad contratante no publicar la selección del contratista, de igual forma la entidad contratante no está obligada a solicitar previamente ofertas cuando invoca esta causal de contratación.⁹⁰

⁸⁹ La ley, en aplicación del postulado de la preeminencia del interés público, sacrifica los principios de igualdad y transparencia que sustentan la licitación o concurso público, por entender que un proceso de esta naturaleza conlleva un tiempo que no es posible perder si se trata de no afectar el interés público que reclama apresuradamente el bien, obra o servicio. En: DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Op. cit. p. 331-355

⁹⁰ Procesos por contratación directa sin ofertas, estos procesos de contratación no requieren de la obtención de ofertas y están excluidos de la obligación de solicitar Registro de Proponentes, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1150 (modificado por el art. 221 del decreto 019 de 2012), las causales se encuentran en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150. En: MALLANA CAMACHO, Ernesto. Op. cit. p. 747.

La urgencia manifiesta tiene unas características especiales⁹¹ y para que proceda su declaración la administración debe fundamentarla en unos supuestos fácticos establecidos taxativamente en el estatuto de contratación estatal.

Dichos supuestos fácticos deben ser apremiantes, que demanden la necesidad inmediata del actuar de la administración para garantizar la prevalencia del interés general por medio de la contratación de bienes, obras o servicios. Al respecto manifiesta la Corte:

"No encuentra la Corte reparo alguno de constitucionalidad a la declaración administrativa de urgencia manifiesta regulada en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, puesto que constituye una justificada excepción a los procedimientos reglados de selección objetiva si se tiene en cuenta que su aplicación se encuentra sujeta a la existencia de situaciones evidentes de calamidad pública o desastre que afecten de manera inminente la prestación de un servicio, que son circunstancias que por su propia naturaleza hacen imposible acudir al trámite de escogencia reglada del contratista".⁹²

En la misma línea, podemos establecer que la urgencia manifiesta es una institución que se fundamenta en situaciones de hecho que amenazan el interés público, que por su carácter de eventos críticos y apremiantes, demanda una actuación inmediata y ágil por parte de la administración, para que realice las contrataciones pertinentes sin dilación alguna, en procura de garantizar el postulado de la preeminencia del interés público. Manifiesta el Consejo de Estado:

⁹¹ La urgencia debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva... la urgencia es una cuestión de hecho, concreta, actual, que debe ser debidamente acreditada y fundada en los pertinentes estudios técnicos, y verificada por la autoridad competente. En: DROMI, José Roberto. Derecho administrativo. Op. cit. p. 329.

⁹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 2001. M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

“Se hace entonces evidente la prevalencia del interés general, en este caso, por encima de las formalidades de las actuaciones administrativas, pues el régimen jurídico cede ante situaciones excepcionales con el fin de permitir que las soluciones se den en el menor tiempo posible”⁹³

En este mismo sentido la doctrina ha establecido lo siguiente:

“No cabe duda que es el evento que por excelencia amerita la agilidad del trámite de contratación. Se da en circunstancias en que no puede darse espera a la decisión de contratar, ni a la escogencia del contratista bajo las reglas de la licitación. Son contrataciones destinadas a conjurar una catástrofe, una calamidad, la paralización de un servicio público esencial etc.”⁹⁴

“Los contratos por urgencia manifiesta son los que hay que celebrar inmediatamente, que no dan espera, que no permiten cumplir con los trámites engorrosos y demorados, pues la administración está ante una situación de hecho que debe remediar ya. Estos contratos requieren o mejor, no pueden someterse a los trámites de la licitación pública, porque el contrato es de urgencia y deberá celebrarse directa e inmediatamente.”⁹⁵

⁹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo contencioso-administrativo. Exp: 34425. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹⁴ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Op. cit. 221.

⁹⁵ FRANCO GUTIERREZ, Omar. Op. cit. p. 353.

En síntesis, de la urgencia manifiesta podemos decir:

- Es una situación de hecho.
- Apremiante.
- Imprevisible.
- Requiere un actuar inmediato por parte de la administración a fin de garantizar el interés general.
- Su finalidad es conjurar o evitar perjuicios actuales o venideros de carácter inminente.
- Se debe declarar mediante acto administrativo motivado.

Es palmario que en estas situaciones tiene prevalencia el interés general, por lo tanto las formalidades y ritualidades de la ley en lo atinente a las reglas generales de la contratación estatal, deben ceder en procura de salvaguardar dicho postulado.

2.2.3 Del acto administrativo que declara la urgencia manifiesta. Reza el artículo 42 de la Ley 80: “*La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.*”⁹⁶

En lo que respecta a este acto administrativo, podemos precisar tres características específicas: es de carácter general, discrecional y separable.⁹⁷

El acto administrativo de carácter general es aquel que se expide de forma objetiva y abstracta dirigido a personas indeterminadas. Así, el acto administrativo que declara la urgencia manifiesta es *general* ya que no va dirigido específicamente a alguien, solo describe una situación fáctica especial, no

⁹⁶ LEY 80 DE 1993. Op. cit. Inciso segundo.

⁹⁷ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Op. cit. p. 758-760.

produce efectos a una persona o a un grupo de personas en particular, su carácter es erga omnes y será oponible desde su expedición o desde su publicación.⁹⁸

Es *discrecional* porque la administración tiene la potestad de hacer valer su propia voluntad cuando se encuentre frente a una situación que no está completamente reglada y que pone de manifiesto a la administración una colisión de intereses. Por lo tanto la administración debe hacer un juicio de valor para decidir cuál de los intereses protegerá, siempre y cuando su actuar vaya encaminado a satisfacer los fines del Estado, dentro de los límites preestablecidos por el ordenamiento jurídico.⁹⁹

En el caso sub examine, la administración no tiene predeterminado su actuar, por lo tanto la ley le confiere el poder o la libertad al ordenador del gasto para que identifique y compare una situación de hecho especial contra los supuestos fácticos previstos en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 y realice una valoración objetiva, si de dicha valoración el ordenador del gasto concluye que la situación fáctica demanda atención inmediata por ser imprevista, urgente y por afectar el interés público, teniendo como límite de su actuar el ordenamiento jurídico,

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 758. Respecto al acto administrativo por el cual se declara una urgencia manifiesta, en cuanto a que no va dirigido a una persona en particular, sino al reconocimiento de una situación excepcional para personas indeterminadas, se considera que se adecua a la definición de actos generales. Por lo tanto, ese acto administrativo que no produce efectos para ningún particular, en su carácter de acto administrativo general, producirá sus efectos a partir el momento de su expedición, salvo que se establezca dentro del mismo acto que produciría efectos a partir de su publicación.

⁹⁹ El mecanismo de la discrecionalidad es descrito, partiendo de la consideración, de que ante una determinada hipótesis planteada a la administración, juegan una infinidad de intereses, por lo cual frente a la autoridad que ha de tomar una decisión se plantea la determinación de cuál de esos intereses deberá proteger en relación al interés primario. Cada vez que la administración deba actuar discrecionalmente, se encuentra ante varios intereses en conflicto, por lo cual necesita establecer cuál es el interés que ha de satisfacer mediante el proveimiento que habrá de dictar. Ante esta situación el funcionario que ha de emanar el acto debe, previamente, formarse un juicio sobre la escogencia de los distintos medios idóneos para satisfacer la exigencia pública. En el ejercicio de la discrecionalidad la administración pondera un interés esencial en relación de intereses secundarios, los cuales pueden impedir o modificar la actuación del interés primario. Por lo que según Giannini, la discrecionalidad es escogencia comparativa de varios intereses secundarios en relación a un interés primario. En: CALAFELL, Jorge Enrique. Teoría del acto administrativo. Internet.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/24/pr/pr4.pdf>

procederá a declarar la urgencia manifiesta siempre fundamentando el acto administrativo en una afectación del interés público. MALLANA sostiene:

“Para el caso en cuestión, el artículo 42 en mención, preceptúa que el acto administrativo de urgencia manifiesta declara una relación sucesiva de hechos, tendientes a demostrar situaciones excepcionales que ameritan acciones rápidas de la administración, lo que se traduce en que el funcionario público debe realizar un juicio de valor, confrontando la situación fáctica contra los presupuestos que establece la ley para decretar la urgencia manifiesta, pero haciendo un análisis sobre la oportunidad, el mérito y su conveniencia de decretar el acto, calificando de esta manera el acto administrativo como discrecional.”¹⁰⁰

Por último, es *separable* porque es un acto definitivo, previo a la celebración del contrato y tiene incidencia directa en la celebración de este. Referente a esto sostiene el Consejo de Estado:

“Considera la sala, que dentro de la categoría de los actos precontractuales se deben incluir aquellos mediante los cuales se declara la urgencia manifiesta, ya que su finalidad es determinar, ordenar o autorizar la celebración de contratos de forma directa.”¹⁰¹

La importancia de definir si el acto administrativo por el cual se declara una urgencia manifiesta es separable o precontractual, está relacionada en cuanto a la acción que se debe impetrar en el caso eventual en que se interponga una demanda. Por lo tanto, como es un acto previo a la contratación se debe demandar el acto mediante la acción de nulidad o mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹⁰⁰ MALLANA CAMACHO, Ernesto. Op. cit. p. 759.

¹⁰¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo contencioso-administrativo. Exp: 34425. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

No se debe confundir la cuerda procesal a seguir interponiendo la acción contractual, ya que la jurisprudencia y la doctrina han dejado muy claro la característica del acto administrativo que declara la urgencia manifiesta, como separable, definitivo para la contratación pero previo a ésta, por lo tanto no es procedente interponer una acción contractual contra un acto administrativo que no posee dicha calidad. Señala el Consejo de Estado:

“Una de las consecuencias de esta clasificación, es que mientras éstos los actos precontractuales son susceptibles de control judicial mediante las acciones de simple nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho; los otros, esto es, los actos contractuales, serán objeto de control por la jurisdicción a través de la acción contractual”¹⁰²

En este mismo sentido la doctrina se ha pronunciado:

“Se considera que el acto de urgencia manifiesta entra en la categoría de actos separables previos de la actividad contractual, por cuanto de dicha declaratoria se desprende un procedimiento especial de selección de contratistas y la posterior celebración del contrato estatal.

Con la expedición de la Ley 80 se pensó que se había agrupado en un solo concepto los actos administrativos previos a la celebración del contrato y los que se expidieran con posterioridad, por cuanto de acuerdo con lo previsto en el artículo 77 de la misma ley, se señaló que los actos administrativos que produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual serían susceptibles de controversia mediante la acción contractual prevista en el Código Contencioso Administrativo.

¹⁰² *Ibíd.*

Sin embargo, en jurisprudencia del Consejo de Estado se interpretó al principio en este sentido para luego concluir que la impugnación de los actos administrativos anteriores a la celebración del contrato se seguiría por la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, postura que posteriormente fue asumida por el legislador con la expedición de la Ley 446 de 1998.

Es así como el artículo 32 de la mencionada ley (modificadorio del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo), al definir la acción contractual, expresamente señaló que tratándose del control jurisdiccional de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, las acciones pertinentes serían las de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

Por lo tanto, en la condición de acto separable previo de la actividad contractual que tiene el acto administrativo que declara una urgencia manifiesta cuando se pretenda su impugnación se seguirá el trámite previsto para las acciones de nulidad, por tratarse de un acto de carácter general.”¹⁰³

Respecta a la contratación directa, la obligación que le asiste a la administración a expedir un acto administrativo de justificación cuando decide invocar una de las causales contempladas por la ley. No obstante, este acto administrativo no es obligatorio en el caso de la contratación directa por urgencia manifiesta, por la premura de contratar y de solucionar la situación apremiante. Por ello, la ley prescribe que el acto administrativo por el cual se declara la urgencia manifiesta hará las veces del acto administrativo de justificación, esto ateniéndonos al principio de economía. Al respecto expresa el Consejo de Estado:

¹⁰³ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Op. cit. p. 760.

“Este principio exige al administrador público el cumplimiento de procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable.”¹⁰⁴

Asimismo lo expresa el artículo 74 del Decreto 1510 de 2013: *“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 lo que respecta a la elaboración de los estudios previos, es claro de la lectura del artículo 74 mencionado anteriormente, que cuando la administración contrata directamente invocando la causal de urgencia manifiesta no está obligada a elaborar estudios previos.

“Los ESTUDIOS PREVIOS, independientemente de la modalidad de selección que proceda, resultan OBLIGATORIOS para todos los eventos contractuales, con la única salvedad de la contratación por URGENCIA MANIFIESTA, así mismo considerado por el legislador, dado que por la naturaleza de esta clase de contratos, se presentan condiciones peculiares que le impiden a la entidad contratante acudir a los procedimientos de selección y aún, imposibilitan justificar en forma PREVIA la celebración de contrato para conjurar sus causas.”¹⁰⁵

Sin embargo, corresponde a la administración hacer unos análisis en cuanto a adquirir bienes y servicios a los precios estipulados en el mercado. No es de recibo que la administración escudándose en una necesidad apremiante, pretenda contratar de forma directa a cualquier precio, esto violaría flagrantemente el

¹⁰⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo contencioso-administrativo. Exp: 17767. C.P: Olga Mélida Valle de de la Oz.

¹⁰⁵ PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA. Contratación estatal. Fallo de segunda instancia. Rad: IUC-D-2011-120-333693 (IUS-2009-301549).

principio de transparencia que rige para toda la contratación estatal sin importar la modalidad y causal de contratación que se invoque.¹⁰⁶

De igual forma la administración debe seleccionar al contratista de forma objetiva, esto quiere decir que la administración debe adelantar de forma diligente y seria un análisis en el cual se establezcan los factores de capacidad económica, capacidad jurídica, idoneidad, experiencia, equipos, precios, previos a la adjudicación o a la firma del contrato con la finalidad de escoger al contratista que más le convenga a la administración. Asimismo la administración tiene absolutamente prohibido seleccionar a un contratista considerándolo mediante factores subjetivos.¹⁰⁷

2.2.4 Supuestos fácticos que justifican la declaratoria de urgencia manifiesta. Para empezar, resulta relevante manifestar que se ha clasificado las causales que generan la urgencia de dos maneras, en preventivas y curativas. Las primeras por su parte, tienen el propósito de evitar la caída de un servicio público, cuya solución mediante el trámite normal conduciría a una parálisis del mismo y, las otras, tienden a remediar el hecho calamitoso o de desastre.

¹⁰⁶ En caso de urgencia manifiesta el acto administrativo que la declara hace las veces de acto de justificación. Esta causal no requiere la elaboración de estudios previos. No significa lo anterior que la administración pública pueda obrar de forma arbitraria e irresponsable, pues todas las decisiones que adopte deben ser razonadas y responder a un análisis de los diferentes aspectos que afectan las situaciones que motivan su gestión. En: COLOMBIA, Procuraduría General de la Nación. (2011). Circular conjunta 014.

¹⁰⁷ En efecto, en la contratación, ya sea de manera directa o a través de licitación o concurso públicos, la administración está obligada a respetar principios que rigen la contratación estatal y, especialmente, ciertos criterios de selección objetiva a la hora de escoger el contratista al que se le adjudicará el contrato. Respecto a la contratación directa, en interpretación de la norma precitada, la Sala observa que con anterioridad a la suscripción del contrato, es deber de la administración hacer un análisis previo a la suscripción del contrato, análisis en el cual se deberán examinar factores tales como experiencia, equipos, capacidad económica, precios, entre otros, con el fin de determinar si la propuesta presentada resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata. En: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo contencioso-administrativo. Radicación Nº 19001-23-31-000-2002-01577-01. M.P: Germán Rodríguez Villamizar.

No obstante, en ambas situaciones las hipótesis deben ser ciertas, objetivas, actuales y obedecer a una circunstancia imprevisible. Estos presupuestos deben indefectiblemente concurrir de manera simultánea al momento de declararse la urgencia manifiesta.¹⁰⁸

Ley 80 de 1993. Artículo 42.

“DE LA URGENCIA MANIFIESTA. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección.

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

PARÁGRAFO. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.”

Reviste de vital importancia que la administración realice una valoración objetiva de los hechos en que pretende fundamentar la declaratoria de urgencia manifiesta, ya que estos hechos los debe contrastar con los presupuestos fácticos normativos establecidos en la Ley.

¹⁰⁸ PROCURADURÍA PROVINCIAL DE SINCELEJO. Radicación N° 119-02807.2008. Octubre 06 de 2011.

De la lectura del artículo 42 en mención, podemos extraer los supuestos fácticos por los cuales la administración puede declarar una urgencia manifiesta:

- Cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes o la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro.
- Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción.
- Cuando se trata de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre, que demanden actuaciones inmediatas.

En vista de lo anterior, debemos entender que el primer presupuesto se enmarca cuando la administración se encuentra frente a una situación crítica que demande una atención inmediata ya que se está en riesgo de paralizar un servicio y debe declarar la urgencia manifiesta para proceder a contratar el suministro de bienes o la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro para garantizar la continuidad del servicio público y por esta vía garantizar el interés general.

El carácter de este primer presupuesto resulta muy general, por consiguiente se obliga a la administración a fundamentar la declaratoria en hechos reales, hechos que verdaderamente amenacen con paralizar la prestación de un servicio. En relación a las otras dos situaciones fácticas, se acota que son específicas y muy claras, no dan oportunidad de equivocación o interpretación errónea por parte de la administración.¹⁰⁹

¹⁰⁹ En lo que a eso se refiere, manifiesta el Consejo de Estado: El artículo 42 de la ley 80 de 1993, se refiere a tres motivos para declarar la urgencia manifiesta a saber:

- Cuando se amenace la continuidad del servicio.
- Cuando se presente situaciones relacionadas con los estados de excepción (guerra exterior, conmoción interior, y emergencia económica, social y ecológica) y
- Cuando se presenten calamidades públicas, situaciones de fuerza mayor o desastre.

Partamos del hecho que la administración se encuentra frente a una situación apremiante. Procederá entonces a confrontar dicha situación, analizada objetivamente, con los supuestos fácticos que enmarca la ley. Si de esta acción concluye que amerita actuar inmediatamente para garantizar el interés público, procederá entonces, a declarar la urgencia manifiesta y contratar directamente.

Es de suma importancia que la administración en la valoración objetiva en mención concluya que no es procedente acudir a un proceso ordinario de contratación ya que estos llevarían un tiempo más o menos largo para la contratación lo cual haría más gravosa la situación que per se es apremiante. En cuanto a esto manifiesta el Consejo de Estado:

“En otras palabras, si analizada la situación de crisis se observa que la administración puede enfrentarla desarrollando un proceso licitatorio o sencillamente acudiendo a las reglas de contratación directa, se hace imposible, en consecuencia una declaratoria de urgencia manifiesta. Así las cosas, la imposibilidad de acudir a un proceso ordinario de selección de contratistas constituye un requisito legal esencial que debe ser respetado por las autoridades cuando se encuentren frente a situaciones que aparentemente pueden dar lugar a la utilización de este instrumento contractual.”¹¹⁰

El literal a, es amplio y genérico, lo que hace necesario precisar que esta situación debe ser invocada en casos de amenaza real de paralización de un servicio, no simplemente cuando la entidad pública pretenda adquirir bienes y servicios que, en estricto rigor, no son necesarios para la continuidad del mismo. En cuanto a los eventos descritos en los literales b) y c) son claros y no existe motivo de duda. En: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. Concepto 677 de 1995. C.P: Luis Camilo Osorio Isaza.

¹¹⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo contencioso-administrativo. Exp: 34425. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

2.2.5 El perfeccionamiento del contrato en la urgencia manifiesta. La regla general en cuanto al perfeccionamiento del contrato estatal es que este se celebre por escrito, cuando se haya logrado un acuerdo en cuanto al precio y el objeto del mismo, no importa cuál sea la modalidad de contratación.¹¹¹

En lo que respecta a la urgencia manifiesta, cabe precisar que en los eventos en que se enmarca, casi siempre la administración no tiene oportunidad a que los contratos se celebren por escrito y por ende a realizar una negociación con el contratista en cuanto al precio que le pagará la administración a éste por el bien o servicio que pretende adquirir.

Si la situación es tan apremiante que no permite un acuerdo entre administración y contratista en cuanto al precio del contrato, se prescindirá de elaborar el contrato por escrito, en vista que lo perentorio de la situación requiere atención inmediata sin dilación alguna.¹¹² Como consecuencia, la administración dará orden de inicio al contratista para que realice las actividades pertinentes que lleven a conjurar dicha situación en aras de garantizar el orden público. De igual forma, la administración dejará constancia escrita de la autorización impartida, de no celebrar por escrito y no pactar la remuneración.

“En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta Ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.”¹¹³

No significa esto, que la administración este facultada para no celebrar por escrito los contratos que devienen de una urgencia manifiesta, dado que la misma ley

¹¹¹ LEY 80 DE 1993. Op. cit. Artículo 41.

¹¹² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo contencioso-administrativo. Exp: 34425. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹¹³ LEY 80 DE 1993. Op. cit. Artículo 41. Inciso cuarto.

dicta cuales son los elementos esenciales para el perfeccionamiento del contrato estatal, entiéndase por el objeto del contrato, el acuerdo sobre la remuneración y que este se realice por escrito. De modo que, a la administración le está proscrito no perfeccionar los contratos que celebre con sus contratistas y mantener a estos en un limbo jurídico.

Ahora bien, en la urgencia manifiesta la falta de acuerdo previo sobre el precio del contrato entre la administración y el contratista, no impide que la administración de orden de inicio al contratista para ejecutar el objeto del contrato. Al respecto, dicha remuneración se acordará entre las partes antes de la firma del contrato, si no hubiere acuerdo entre las partes la contraprestación se determinará de la siguiente forma:

“A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste por un perito designado por las partes.”¹¹⁴

2.2.6 Ejecución de traslados presupuestales por la administración en la urgencia manifiesta. El parágrafo 1 del artículo 42 de la ley 80 de 1993, tiene el objetivo de otorgarle a la administración que declare una urgencia manifiesta, unas herramientas en materia presupuestal que cumplen una finalidad instrumental dentro del proceso de contratación administrativa, pues provee a la administración de los recursos necesarios para conjurar las situaciones de excepción que no dan lugar a prever situaciones anormales ni a programar acciones para solucionar estas.

¹¹⁴ *Ibíd.*, Artículo 43. Inciso 5.

Por lo tanto, el ordenador del gasto está autorizado para realizar los traslados presupuestales internos correspondientes para celebrar los contratos pertinentes con los cuales se pretenden solucionar la situación de urgencia, estos traslados presupuestales nunca podrán exceder el monto de las apropiaciones estipuladas en la respectiva vigencia fiscal.

“Cuando se dé aplicación al párrafo del artículo 42 del estatuto de contratación de la administración pública, es decir cuando se recurra a traslados internos en una entidad para atender necesidades y gastos derivados de la declaratoria de una urgencia manifiesta, el presupuesto general de la Nación se mantendrá incólume, pues lo que dicha norma autoriza es simplemente que algunos de los rubros que conforman el presupuesto de cada sección, valga decir de cada entidad pública, se vean afectados por una decisión de carácter administrativo, que determina aumentar unos rubros y disminuir otros, en situaciones calificadas y declaradas como de urgencia manifiesta.”¹¹⁵

2.2.7 Controles a la urgencia manifiesta y responsabilidad de los funcionarios que la declaran. El artículo 43 de la Ley 80 de 1993 consagra el control posterior que se le realiza al acto administrativo que declara la urgencia manifiesta.

La urgencia manifiesta es una figura de la que no puede abusarse, ya que solo en situaciones de hecho especiales el legislador le permite a la administración celebrar contratos directamente obviando los procesos ordinarios que son la regla general en la contratación estatal. Por esta razón es que el acto administrativo que declara la urgencia manifiesta y los contratos que se celebren con ocasión de ésta, deberán ser enviados inmediatamente, con carácter obligatorio, al ente de control correspondiente para que se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo que declaró la urgencia manifiesta.

¹¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-772 de 1998. M.P: Fabio Morón Díaz.

“Mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, el cual junto con los contratos que se hayan suscrito como consecuencia de la urgencia manifiesta, mas el expediente que contenga todos los antecedentes administrativos, la actuación y las pruebas que fundamentan los hechos que generaron la declaratoria, deberá ser remitido inmediatamente al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal de la respectiva entidad.”¹¹⁶

Reza el artículo 43º Ley 80 de 1993.

“Del Control de la Contratación de Urgencia. Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración.

Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.”

De lo anterior, podemos extraer dos características que le dan la sustancia al control posterior que ejerce la Contraloría sobre la declaratoria de urgencia manifiesta.

¹¹⁶ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Op. cit. p. 756.

La primera es que, una vez declara la urgencia manifiesta, se procederá a celebrar los contratos con los cuales la administración pretende atender la urgencia con inmediatez, esto se enviarán a la Contraloría respectiva y la segunda característica reza que este envío se debe realizar de forma obligatoria al ente de control correspondiente, para que éste se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo que declaró la urgencia manifiesta.

“El control fiscal ejercido sobre actuaciones de contratación directa por declaración de urgencia manifiesta, se caracteriza por: a) La inmediatez de la revisión y, b) La forma obligatoria del control. Bajo estas circunstancias absolutamente excepcionales, dentro de las cuales se excluyen algunos de los procesos legales previstos para la contratación estatal, el legislador quiso mantener un control inmediato y obligatorio, en todos los casos, para verificar que la conducta de los administradores se ciña a los intereses del Estado.”¹¹⁷

Igualmente, es evidente que el ente de control tiene como término perentorio dos (2) meses para pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo de declaratoria de urgencia manifiesta. Si la Contraloría encuentra que la urgencia manifiesta no está ajustada a derecho, procederá a compulsar copias al superior jerárquico al interior de la entidad estatal contratante del funcionario que la declaró, para que inicie la investigación disciplinaria correspondiente; si el funcionario público es de aquellos que al interior de la administración no tiene superior jerárquico (gobernador, alcalde), el ente de control procederá a compulsar copias a la Procuraduría para que se pronuncie sobre la declaratoria de la urgencia manifiesta.

Ahora, si la Contraloría encuentra que el acto administrativo que declaró la urgencia manifiesta no se ajustó a derecho, procederá a declarar la improcedencia

¹¹⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil. Concepto 677 de 1995. C.P: Luis Camilo Osorio Isaza.

de ésta. Contra ese acto administrativo que profiere la Contraloría solo procede el recurso de reposición.

“Artículo 2º. Contra las decisiones que declaren la improcedencia de la urgencia manifiesta, sólo procede el recurso de reposición, de conformidad con la estipulación prevista en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, el cual será interpuesto ante el respectivo Contralor Delegado, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del correspondiente acto administrativo.”¹¹⁸

De igual forma, debemos precisar sobre el asunto o razón por la cual tiene que pronunciarse la Contraloría cuando realiza el control posterior de una urgencia manifiesta. Le es permitido a la Contraloría pronunciarse sobre la ocurrencia de los hechos sobre los cuales la administración fundamentó la declaratoria de la urgencia manifiesta. Dicho en otras palabras, a la Contraloría solo le está permitido verificar si realmente los hechos que invocó la administración como causal de la urgencia manifiesta se sucedieron y que se adecuan a los presupuestos fácticos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993. Por lo tanto, hecha esta verificación fáctica-legal, la Contraloría debe proceder a pronunciarse en el sentido de declarar la urgencia manifiesta como ajustada o no a derecho. A la Contraloría no le está permitido entrar a analizar las causas por las cuales sucedieron los hechos que le sirvieron de fundamento a la administración para declarar la urgencia manifiesta. Al respecto señala el Consejo de Estado:

“A juicio de la Sala, el ejercicio de este control implica la verificación de la ocurrencia de unos hechos, no el examen de las causas que los generaron. Así, si el órgano de control encuentra que los hechos que sirven de fundamento a la declaración de urgencia manifiesta sí ocurrieron y que se ajustan a los

¹¹⁸ COLOMBIA. Contraloría General de la República. Resolución 5245 de 2001.

presupuestos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, dicha declaración será conforme a derecho.”¹¹⁹

En el ultimo inciso del artículo en comento, se establece que es causal de mala conducta el uso indebido de la urgencia manifiesta, lo cual quiere decir que la Procuraduría sancionará al servidor público que en ejercicio de sus funciones declare una urgencia manifiesta sin atender los supuestos fácticos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993

“Son faltas gravísimas las siguientes: [...] 33. Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la Ley.”¹²⁰

La sanción consistirá en la destitución e inhabilidad general, ya que la conducta del funcionario público que declare una urgencia manifiesta sin el lleno de los requisitos legales está clasificada como una falta gravísima. “El servidor público está sometido a las siguientes sanciones: 1) Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísimas.”¹²¹

Así mismo, la Fiscalía General de la Nación dentro de su poder jurisdiccional puede adelantar investigaciones en forma oficiosa o previa denuncia, sobre el actuar de los funcionarios públicos con la finalidad de establecer si dichas conductas son constitutivas de delitos que están establecidos en el título XV, delitos contra la administración pública del Código Penal, Ley 599 de 2000.

Finalmente, es relevante recordar que otro control al acto que declara la urgencia manifiesta se da por vía del juez contencioso administrativo, ya que como dejamos establecido anteriormente en este escrito, el acto de declaratoria de la urgencia manifiesta se puede demandar por medio de la acción de simple nulidad.

¹¹⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo contencioso-administrativo. Exp: 34425. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹²⁰ CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO. Ley 734 de 2002. Artículo 48. Numeral 33.

¹²¹ Ibídem. Artículo 44. Numeral 1.

3. ANÁLISIS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS VIGENTES DEL CONSEJO DE ESTADO Y ORGANISMOS DE CONTROL EN RELACIÓN CON LA DECLARATORIA DE URGENCIA MANIFIESTA

En este capítulo procederemos a analizar de forma sucinta los fallos y conceptos emitidos por el Consejo de Estado, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, que a consideración de los autores resultan relevantes para el estudio de la figura jurídica de la urgencia manifiesta. Este capítulo se llevará a cabo a través de la identificación y desarrollo de cuatro ejes temáticos que nos permitirán identificar las características sustanciales y procesales que le dan forma a la urgencia manifiesta, así como las reglas que la rigen.

3.1 LA PREVALENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL EN LA CONTRATACION DIRECTA

Interés general, fines del Estado y fines de la contratación estatal, son los tres ejes fundamentales que hacen de la contratación estatal un instrumento esencial para promover la prosperidad general y garantizar los principios, derechos y deberes de los ciudadanos, como reza el mandato constitucional.

Es por esto que la contratación estatal reviste de vital importancia, por ello está sometida al cumplimiento de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el de selección objetiva, principios que son de obligatorio cumplimiento, máxime cuando la modalidad de contratación que decide utilizar la administración es la contratación directa y específicamente la urgencia manifiesta. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

“Los servidores públicos como los particulares que contratan con la administración deben obrar bajo el claro e inequívoco entendimiento de que una de las finalidades esenciales de la contratación estatal la constituye, precisamente, el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, impone partir del criterio de la buena fe de sus actuaciones e implica, por ello, la simplificación de trámites, requisitos y procedimientos, en el ámbito de un estricto régimen de responsabilidad correlativo.”¹²²

De igual forma señala:

“El Estatuto de Contratación Administrativa se funda en principios generales, dentro de los cuales se destacan el de transparencia, economía y el de responsabilidad, contenidos en los artículos 24, 25, 26 y 27 de la Ley con el objeto de garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes y el cabal cumplimiento de los fines estatales. El principio de transparencia, previsto en el artículo 24 prevé la imparcialidad y la escogencia objetiva de contratistas, a cuyo efecto establece procedimientos de selección con actuaciones motivadas, públicas y controvertibles por los interesados. En desarrollo del anterior principio se reguló el deber de selección objetiva del contratista en el artículo 29. Se tiene así que la intención del legislador fue regular la escogencia del mejor oferente mediante una selección en la que prime la transparencia y la igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas. **El referido deber de selección objetiva rige sin consideración al procedimiento o trámite que se utilice para elegir al contratista, de manera que están sometidos a él no sólo la licitación pública y el concurso de méritos, sino también la contratación directa. En efecto, por tratarse de uno de los mecanismos dispuestos en la ley para la celebración del contrato estatal, está sometida a todas las reglas y principios que el**

¹²² Proyecto de ley N° 149 de 1992; Gaceta del Congreso, año 1, N° 75, miércoles 23 de septiembre de 1992, pág. 18.

estatuto contiene, dentro de los cuales está el principio de selección objetiva.” negrilla subrayadas fuera de texto.

Y continúa:

Posición que fue reiterada en sentencia C 508 del 3 de julio de 2002:

“...el Congreso de la República, en ejercicio de la atribución que le fue conferida por el artículo 150 inciso final, expidió por medio de la Ley 80 de 1993 el ‘Estatuto General de Contratación de la Administración Pública’, asunto que, como ya se dijo, fue expresamente reservado a la ley.

En ejercicio de tal función, en el artículo 1 de dicha ley expresó el legislador que ella tiene por objeto ‘Disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales’.

Ello significa, que los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia, precisa de manera concreta y regula en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa.”(Subraya la Sala)¹²³

¹²³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Fallo 12932 de 2004. C.P: Ramiro Saavedra Becerra.

No en vano, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, ven la necesidad de pronunciarse sobre la importancia de la aplicación de los principios en el régimen de contratación, cualquiera que sea la modalidad. La Carta Política anexa de igual forma los principios de la función administrativa, se busca pues, que todos los servidores públicos, sin excepción alguna, pero de prevalencia aquellos que administran los recursos de la administración, enmarquen su actuar bajo los postulados normativos que le imprimen el carácter vinculante y obligatorio al ejercicio de la función pública.

De igual forma se observa las calidades que se le otorgan a los principios, pues se trata de normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento sin importar la modalidad por la cual se proceda a contratar. Así, en lo que respecta al objeto de esta investigación, la aplicación de los principios rectores en la urgencia manifiesta no pierden su naturaleza, contrario, principios como el de transparencia y selección objetiva tienen mayor trascendencia, pues bajo esta modalidad, deben obviarse las consideraciones subjetivas al momento de la escogencia del contratista.

En sentencia más reciente Consejo de Estado ha corroborado esta tesis

“la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, **en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento** tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso” negrillas subrayadas fuera de texto.”¹²⁴

En igual sentido se ha pronunciado la Procuraduría.

¹²⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo contencioso-administrativo. Exp: 17767. C.P: Olga Mélida Valle de de la Oz.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben desarrollarse teniendo en cuenta los principios de transparencia, economía y responsabilidad, principios que tienen desarrollo en el mismo estatuto (artículos 24, 25 y 26).

El sometimiento a los mencionados principios, que suponen la obligación de adelantar la totalidad de las actividades del proceso contractual con absoluta objetividad y publicidad –principio de transparencia-, sin dilaciones injustificadas ni costos innecesarios –principio de economía- protegiendo los intereses de la entidad y sometiéndose a las reglas de administración de bienes ajenos –principio de responsabilidad-, se deriva del hecho de que las entidades públicas al contratar deben actuar en pro del interés público y en beneficio de la comunidad en general.”¹²⁵

Es por esto que sin excepción alguna, la obligatoriedad de la aplicación de los principios constitucionales y contractuales a la contratación no está de más, cumplen una función específica y es la de salvaguardar los recursos públicos. Ni siquiera, una modalidad como la contratación directa, más aún, por urgencia manifiesta, donde existe una premura y un interés por solucionar lo más pronto posible un hecho anómalo puede eximirse del cumplimiento íntegro de los principios rectores.

“En conclusión, la contratación por la vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraria a los principios de la contratación estatal, es decir, se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados.”¹²⁶

¹²⁵ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Radicado No. 021-84991-2003. Disciplinado: Diego Luis Noguera Rodríguez Cargo: Presidente de Ferrovías, Bogotá, D.C. 13 de junio de 2007

¹²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Fallo 34425 de 2011. C.P: Jaime Orlado Santofimio Gamboa.

En consecuencia, aunque la urgencia manifiesta está fundamentada en una situación de hecho apremiante que demanda una actuar ágil e inmediato por parte de la administración, no faculta a la administración para que realice contrataciones violando los principios que desarrollan la contratación estatal. Así las cosas, tratándose de la modalidad de urgencia manifiesta la administración tiene la obligación de observar rigurosamente los principios que sustentan la contratación estatal.

3.2 EXCEPCIONALIDAD DE SELECCIONAR AL CONTRATISTA POR MEDIO DE LA URGENCIA MANIFIESTA

Al ordenador del gasto de una entidad pública, en uso de sus facultades le es permitido mover el engranaje estatal para salvaguardar el interés público y satisfacer las necesidades de los ciudadanos. Generalmente, mediante la contratación estatal realizada por licitación pública, el Estado representado por la administración selecciona la oferta más favorable. No obstante, la ley faculta al ordenador a que de forma inmediata, sin procedimientos complejos, solucione una calamidad pública o una situación apremiante.

De esta forma, se abre paso a la contratación directa por la modalidad de urgencia manifiesta, determinando así su carácter excepcionalísimo, que permite obviar la casi regla general, para conjurar situaciones anormales, que constituyen fuerza mayor y que están relacionadas con hechos calamitosos.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

“La Ley 80 de 1993, artículos 41 a 43 incorporó la figura de la urgencia manifiesta como una modalidad de contratación directa. Se trata entonces de un mecanismo excepcional, diseñado con el único propósito de otorgarle instrumentos efectivos a

las entidades estatales para celebrar los contratos necesarios, con el fin de enfrentar situaciones de crisis, cuando dichos contratos, en razón de circunstancias de conflicto o crisis, es del todo imposible celebrarlos a través de la licitación pública o la contratación directa. Es decir, cuando la Administración no cuenta con el plazo indispensable para adelantar un procedimiento ordinario de escogencia de contratistas. En otras palabras, si analizada la situación de crisis se observa que la Administración puede enfrentarla desarrollando un proceso licitatorio o sencillamente acudiendo a las reglas de la contratación directa, se hace imposible, en consecuencia, una declaratoria de urgencia manifiesta.”¹²⁷

Pues bien, el mecanismo excepcional que constituye la contratación por urgencia manifiesta, es facultativa solo para situaciones especialísimas. Esta modalidad de selección taxativamente señalada por la ley no puede constituirse solo para evitar los trámites de un proceso de selección diferente. Señala claramente el Consejo de Estado, que la concepción de esta modalidad se erige bajo el fundamento fáctico de situaciones apremiantes, salidas de toda normalidad y con un muy bajo índice de planeación en aras de cumplir a cabalidad con los fines por los cuales el Estado colombiano se materializa. Se trata entonces de sortear de forma rápida y eficaz situaciones imperiosas por medio de una modalidad expedita y breve.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación se pronuncia con respecto a la excepcionalidad y comenta que “La Urgencia Manifiesta es una figura excepcional al tradicional mecanismo de licitación por concurso con que cuentan las entidades públicas para llevar a cabo su contratación, pero los funcionarios han interpretado mal la norma, toda vez que la utilizan para todos los casos con el fin de evitarse el engorroso sistema de licitación, teniendo en cuenta que con la Urgencia Manifiesta, se evitan también un tiempo más largo para contratar.”¹²⁸

¹²⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Fallo 34425 de 2011. C.P: Jaime Orlado Santofimio Gamboa.

¹²⁸ COLOMBIA. Procuraduría segunda delegada para la contratación estatal. Ref.: Expediente 075-00186-1997. Procurador delegado: Mario Germán Iguarán Delgado, 2001.

La celeridad de esta modalidad recae en que en la práctica, la premura de la situación no da lugar a que se realice otro proceso de selección del contratista, pues se trata de un evento crítico. Sin embargo, bien lo manifiesta la Procuraduría, de a poco se ha ido convirtiendo en un pasaje oscuro en la contratación, pues la mal interpretación, en ocasiones, de la norma, conlleva a que se desdibuje el fin principal de sobrellevar un evento anómalo, obviando la excepcionalidad y el carácter restrictivo de su aplicación.

Evidenciando el cumplimiento legal por parte del ordenador del gasto, es decir, que la urgencia manifiesta sea declarada dentro de los parámetros establecidos por la ley, como lo es la inmediatez de los hechos y el ajuste a una de las excepciones, de dichos hechos, calamitosos o de desastre, además, la imposibilidad de acudir a otros procedimientos de selección objetiva pues representaría un periodo de tiempo considerable, no habría temor al yerro jurídico.

“Para esta Sala, es importante señalar que la urgencia manifiesta, aunque implique la posibilidad legal para celebrar contratos de forma directa e inmediata, bajo ninguna circunstancia puede convertirse en una regla general o en un instrumento discrecional en manos de las autoridades públicas, todo lo contrario, su aplicación es de derecho estricto y procede previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993.”¹²⁹

No puede entonces entenderse de otra forma el carácter excepcional de la urgencia manifiesta. Como lo pone de precedente el Consejo de Estado, no hay fundamento alguno para determinar o convertir a la urgencia manifiesta en el vehículo de la voluntad de unos pocos, de la voluntad del funcionario público

¹²⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Fallo 34425 de 2011. C.P: Jaime Orlado Santofimio Gamboa.

ejecutante del erario, pues su estricta aplicación no puede violentarse para solucionar situaciones de carácter ordinario y previsible. Así, la configuración material del hecho debe estar enmarcada, necesariamente, en lo objetivo, veraz, necesario, urgente y por supuesto probado, de la situación.

“La figura de la urgencia manifiesta no puede ser la solución a la falta de planeación en una entidad pública, pues tiene de suyo, una aplicación excepcional como ya se dijo, que busca dar respuesta a un hecho imprevisible”¹³⁰

Finalmente, cabe advertir que la falta de gestión y de planeación no puede amparar una declaratoria de urgencia manifiesta, a fin de eludir un proceso contractual, pues se desbordarían entonces las facultades otorgadas al administrador del gasto, violando normas y principios contractuales de obligatorio cumplimiento para el servidor público.

3.3 LA DECLARATORIA DE URGENCIA MANIFIESTA SOLO PROCEDE EN LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS ESTABLECIDOS EN EL ESTATUTO DE CONTRATACION ESTATAL

Indiscutible resulta que la urgencia manifiesta se configura como el evento que por sus calidades requiere de prontitud en su trámite. Las circunstancias que la otorgan, no dan espera a un proceso extenso de contratación y por ende a la escogencia del contratista por una modalidad diferente a la contratación directa.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

“El artículo 42 de la ley 80 de 1993, se refiere a tres motivos para declarar la urgencia, a saber:

¹³⁰ COLOMBIA. Contraloría de Bogotá D.C. Rad.: 2-2012-14595. Agosto 13 de 2012.

- a) Cuando se amenace la continuidad del servicio
- b) Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción (guerra exterior, conmoción interior, y emergencia económica, social y ecológica), y
- c) Cuando se presenten calamidades públicas, situaciones de fuerza mayor o desastre.”¹³¹

Las contrataciones realizadas a través de la urgencia manifiesta están destinadas a sortear situaciones de hecho apremiantes, paralización de un servicio público esencial, calamidades, catástrofes, hechos relacionados con estados de excepción, entre otros, en aras de garantizar el bienestar de la comunidad y el fin mismo de Estado.

“La urgencia manifiesta procede en aquellos eventos en los cuales puede suscitarse la necesidad de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad o hechos constitutivos de fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia obviamente resulta entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño.”¹³²

¹³¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio civil. Concepto 677 de 1995. C.P: Luis Camilo Osorio Isaza

¹³² COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Fallo 34425 de 2011. C.P: Jaime Orlado Santofimio Gamboa.

Los eventos de urgencia, además de ser objetivos y probados, deberán poseer un carácter inminente. De aquí que lo “inminente” denote especial atención, pues es esto mismo lo que impide el abuso de la figura. A su vez, la urgencia manifiesta tiene un carácter temporal que es muy importante ya que éste significa que cuando se presente las situaciones de hecho apremiantes descritas en la ley, la administración debe actuar de forma inmediata.

“La aplicación de la urgencia manifiesta es restrictiva y excepcional, y se refiere únicamente a aquellos eventos que reclaman una actuación inmediata de la administración, con el fin de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes”¹³³

De igual forma debemos tener en cuenta que:

- a) “La urgencia manifiesta solo se puede declarar cuando exista al menos una de las causales prescritas en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, por hechos anteriores o concomitantes al acto que así lo disponga y siempre que sea necesario mantener la continuidad del servicio.
- b) La sola circunstancia de que los contratos se encuentren previstos en los planes y programas de desarrollo, no dan lugar a la declaratoria de urgencia. Para ello es indispensable que se presente al menos uno de los motivos determinados en la ley”¹³⁴

Así, resulta vana la pretensión de muchos ordenadores del gasto al querer transgredir la norma, resulta más que clara la taxatividad en la que se enmarca el desarrollo de esta figura. Es por ello que la Procuraduría General de la Nación en conjunto con la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la

¹³³ CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA. Respuesta a consulta con CACCI-14082 del 06 de diciembre de 2010.

¹³⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio civil. Concepto 677 de 1995. C.P: Luis Camilo Osorio Isaza

República conceptúan de esta forma sobre los supuestos fácticos en los que deberá enmarcarse toda declaración de urgencia manifiesta:

“Continua prestación del servicio:

Este concepto fue analizado por la Corte Constitucional en su sentencia T-618/00, de 29 de mayo de 2000, Magistrado Ponente, ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, en los siguientes términos:

"El principio de eficiencia implica la continuidad del servicio. Uno de los principios característicos del servicio público es la eficiencia y, específicamente este principio también lo es de la seguridad social. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, es decir que no debe interrumpirse la prestación salvo cuando exista una causal legal que se ajusta a los principios constitucionales. En la sentencia SU-562/99 expresamente se dijo sobre eficiencia y continuidad: "Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia.

Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción. Marienhoff dice que "La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna". Cursiva dentro del texto original.

- El inmediato futuro o el concepto temporal para establecer la urgencia de la actuación:

Es así como la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en el Fallo de Segunda Instancia de 22 de septiembre de 2005, Expediente 161-02564, señaló lo siguiente:

"Si un hecho es de urgencia manifiesta se impone su atención inmediata, prevalece su solución con el fin de proteger el interés público, la sociedad que es o pueda ser afectada por el mismo, pues lo importante desde el punto de vista de

los fines del Estado a los cuales sirve la contratación como instrumento jurídico, es la protección de la comunidad y el logro de la atención de los servicios y funciones que a las entidades estatales les corresponde legalmente cumplir. Ello justifica y hace necesaria la urgencia manifiesta.

Para la declaratoria de la urgencia manifiesta es necesaria la existencia de una de las situaciones que en forma genérica prevé el art. 42, y aunque puede decirse que esa norma no exige que ella sean imprevistas, por lo cual podría considerarse que pueden ser conocidas, previstas, previsibles, venir ocurriendo desde tiempo atrás, lo importante y determinante es que su solución se requiera en forma inmediata para garantizar la continuidad del servicio en el inmediato futuro, mediante el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras. También basta para decretar la urgencia con que se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción, así como situaciones excepcionales de calamidad o de fuerza mayor o de desastre que demanden actuaciones inmediatas; o bien situaciones similares a las anteriores que imposibiliten acudir a los procedimientos de licitación o concurso públicos, pero en todas se exige que la contratación de las soluciones correspondientes sea inmediata.

Por supuesto, si la autoridad administrativa se encuentra ante la inminente ocurrencia o la presentación efectiva del riesgo que, aunque obedece a una situación previsible, demanda una actuación inmediata para evitar graves daños al interés general, conforme a los hechos objetivamente señalados por el art. 42 de la Ley 80, es procedente la declaratoria de urgencia y la actuación excepcional de contratación por la vía de la selección directa del contratista. En este sentido, vale decir, del servidor se predica el deber de actuar para evitar la ocurrencia inmediata del riesgo o para disminuir la extensión de sus efectos dañinos una vez ocurrido."

- Los estados de excepción:

De acuerdo con los artículos 212 y subsiguientes de la Constitución Política, son estados de excepción:

- Guerra exterior: Se puede declarar cuando se recibe una agresión externa por parte de una nación extranjera.
- Conmoción Interior: Procede declararla por la grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía.
- Emergencia: Resulta pertinente su declaratoria cuando sobre sobrevienen hechos distintos de los previstos para declarar la conmoción interior o la guerra exterior, que perturben o amenacen en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyen grave calamidad pública.

- Calamidad, fuerza mayor o desastre: (Art. 64 Código Civil)

Se llama fuerza mayor o caso fortuito el hecho imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”¹³⁵

Finalmente cabe precisar, que el acto administrativo que declara la urgencia manifiesta y la serie de contratos que devengan de la urgencia manifiesta deberán no solo estar sustentados sobre los supuestos fácticos anteriormente mencionados, sino que denotarán el carácter objetivo y probado que deviene de la excepcionalidad de esta figura jurídica.

¹³⁵PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN & OTROS. Circular Conjunta N° 14 del 1° de febrero de 2011.

3.4 CONTROL POSTERIOR EN CABEZA DEL ENTE FISCAL RESPECTIVO (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL O CONTRALORÍA MUNICIPAL).

La urgencia manifiesta por su carácter de excepcionalísima, tiene un control posterior que busca garantizar la adecuada y correcta utilización de las contrataciones que se origina en ella. Este control se caracteriza por la inmediatez y su obligatoriedad. Es así que la administración después de declarar una urgencia manifiesta, debe enviar inmediatamente el acto administrativo de declaratoria de la urgencia manifiesta junto con los contratos celebrados para conjurar la situación apremiante, mas los documentos que la fundamentan.

No le es dable a la administración excusarse del envío de los contratos aduciendo que aún no los ha celebrado por lo tanto no los pude enviar, ya que las mismas características de la urgencia le imponen el deber de enviar todos los documentos correspondientes a fin que se realice el control posterior por la entidad fiscal.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

“Los otros requisitos formales exigidos por el legislador están presentes en el artículo 43 de la Ley 80 y se relacionan con el tema del control fiscal. Así, después de celebrados los contratos que se originen en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviarán a la autoridad competente para realizar el control fiscal, con el objeto de que esta investigue si fue o no procedente su declaratoria, éste funcionario tendrá dos meses para pronunciarse.

A juicio de la Sala, el ejercicio de este control implica la verificación de la ocurrencia de unos hechos, no el examen de las causas que los generaron. Así, si

el órgano de control encuentra que los hechos que sirven de fundamento a la declaración de urgencia manifiesta si ocurrieron y que se ajustan a los presupuestos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, dicha declaración será conforme a derecho. Ahora bien, esta modalidad de control fiscal resulta de gran utilidad, ya que puede impulsar la realización de otras investigaciones de tipo penal o disciplinario.”¹³⁶

Es sumamente importante clarificar el sentido del pronunciamiento de la Contraloría en cuanto al control que le realiza a la declaratoria de urgencia manifiesta, ya que la Contraloría solo puede pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la urgencia haciendo una valoración objetiva sobre los hechos que fundamentaron dicha declaratoria. En otras palabras, la Contraloría tiene prohibido indagar por las causas que generaron los hechos en los cuales se fundamentó la administración para declarar la urgencia manifiesta, tanto es así, que el pronunciamiento que realice la Contraloría se proferirá en el sentido de solo constatar si realmente los hechos en que se fundamentó la administración para declarar la urgencia manifiesta se sucedieron realmente.

En este mismo sentido se pronunció la Procuraduría General de la Nación en su fallo de fecha 4 de abril de 2005, en el cual encontró disciplinariamente responsable al Director de la CRA por haber omitido su deber funcional de enviar el acto administrativo que declaró la urgencia manifiesta más los contratos que se celebraron con ocasión de ésta.

“Quiso el legislador por tal razón al consagrar el mandato imperativo de enviar **inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la**

¹³⁶ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Fallo 34425 de 2011. C.P: Jaime Orlado Santofimio Gamboa.

actuación y de las pruebas de los hechos, contenido en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993; que tales actos y contratos derivados de las declaratorias de urgencia manifiesta, tuvieran un control posterior inmediato, precisamente en aras de garantizar la legalidad y validez de los mismos. De tal forma que para el pleno y óptimo ejercicio de ese control posterior de los actos y contratos derivados de las urgencias manifiestas, se convierte en un paso esencial la remisión, también inmediata, de los actos y contratos derivados de la urgencia manifiesta por parte de quien los produce y suscribe, es decir, para el presente caso, el entonces Director General de la -CRA- NESTOR MEJÍA PIZARRO, quien debía responder por el óptimo curso de los procesos contractuales a su cargo, entre ellos la remisión inmediata de los documentos derivados de las urgencias manifiestas a los órganos de control; (...)"¹³⁷

La contratación por urgencia manifiesta, como ya se ha dicho, es una actuación especial por parte de la administración, claramente reglada. Así, cuando un ordenador del gasto en una entidad del Estado utiliza irregularmente esta figura jurídica, aparece allí la figura del fiscalizador, bien sea el contralor o uno de sus delegados, y realizará el control posterior a dicha actuación, con el fin de determinar si la actuación se ajustó o no a la normatividad.

De no haberse llevado a cabo bajo los postulados que devienen de la urgencia manifiesta, el contralor o su delegado informará dicha irregularidad y se procederá a iniciar su respectivo proceso, que de probarse las irregularidades devendrán sus respectivas sanciones.

¹³⁷ Procuraduría segunda delegada para la contratación estatal. Radicado No. 165-73658/2002. Investigado Néstor Mejía Pizarro. Director general de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico -CRA- 4 de abril de 2005. Bogotá DC.

CONCLUSIONES

Una vez concluido el análisis que se pretendía con este estudio, el cual tuvo como premisa principal, la solidez sustancial y procesal que brinda la normatividad contractual vigente en el Estado colombiano para que los servidores públicos realicen una correcta declaratoria de urgencia manifiesta, sin que devenga de ésta repercusiones penales, fiscales y disciplinarias para el servidor que la declara; hemos evidenciado que la figura de la urgencia manifiesta es un instrumento jurídico que se emplea para solventar situaciones anómalas y perentorias en las cuales no es factible realizar un proceso de licitación pública, por lo que éste conlleva una duración un poco más extensa que agravaría la situación crítica inminente, menoscabando el interés general y llevando al declive el fin mismo del Estado.

De igual forma, es necesario advertir que dicha figura no admite exceso alguno, su aplicación es restrictiva, toda vez que solo procede en situaciones de atención inmediata. Posee un carácter inminente, objetivo, probado y no admite, gracias a su taxatividad, algún tipo de interpretación restrictiva o analógica. La urgencia manifiesta como causal de contratación directa solo puede aplicarse de forma excepcionalísima en aras de garantizar la prosperidad general y la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución y en la normatividad contractual.

Ahora bien, respecto a los supuestos fácticos en los que se motiva la urgencia manifiesta están claramente señalados en la ley. De aquí que el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 determine los eventos en los cuales procede la correcta declaratoria de urgencia manifiesta. Es decir, se presume que es de fácil comprensión para el ordenador del gasto establecer la procedencia de una declaratoria sujeta a los eventos taxativamente señalados en la ley.

Por otro lado, le da fuerza sustancial a la figura de la urgencia manifiesta el que deba ser declarada por medio de acto administrativo motivado. Este requisito constituye el deber de la administración de incoar su decisión ajustándose, en primera medida a los supuestos fácticos establecidos en el estatuto de contratación estatal y en segunda medida, a la manifestación de las causas por la cuales no procede acudir a un proceso licitatorio.

Del igual modo la administración no requiere de aprobación previa para proceder a declarar una urgencia manifiesta, es facultativo del jefe del gasto. Por ello, esta modalidad de selección debe regirse estrictamente por los principios inherentes a la contratación estatal y la función administrativa, no solo como deber del servidor público, si en observancia del proceso de selección, principios como el de transparencia y el de selección objetiva principalmente, se hacen de obligatoria aplicación.

La urgencia manifiesta se declara desde el análisis discrecional del ordenador del gasto, enmarcándola en una situación fáctica excepcional y determinando la existencia de mérito para proceder a su declaración. A nuestro parecer, en la mayoría de los casos respecto a esta potestad discrecional que le otorga la ley a la administración para realizar una valoración objetiva de los hechos y subsumirlos en los presupuesto fácticos para declarar la urgencia manifiesta, es donde se presenta pluralidad de casos problemáticos, ya que algunos ordenadores del gasto poco éticos, adecuan eventos que no se ajustan con los ya establecidos presupuestos fácticos para declarar la urgencia manifiesta, con la única intención de burlar el proceso licitatorio.

Por otra parte, en la figura de la urgencia manifiesta no se requiere de estudios previos, no es necesario adelantar estudios de necesidad y conveniencia pues la misma situación apremiante dictará prima facie lo necesario y conveniente para el actuar inmediato de la administración y así solventar la situación crítica

imprevisible e inminente. Como la situación requiere de una actuar inmediato la ley prevé la probabilidad que no se llegue a un acuerdo entre entidad contratante y contratista en cuanto a la remuneración, si resulta ser este el caso la ley da las pautas para fijar el precio del contrato siempre ajustados a los precios del mercado.

La ley también otorga potestad a la administración para que realice los traslados presupuestales internos necesarios con ocasión de atender la urgencia manifiesta. Las obligaciones contraídas en virtud de la declaración no podrán exceder el monto de las apropiaciones para los gastos de la respectiva vigencia fiscal. Así mismo, le impone el deber a la administración de enviar el acto administrativo que declara la urgencia manifiesta junto con los contratos que se celebren en virtud de ésta, mas todos los documentos que la soportan, con destino al órgano de control fiscal para que éste en el término perentorio de dos meses se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de la declaratoria de la urgencia manifiesta.

Consecuentemente, de la interpretación sistemática realizada a la normatividad contractual vigente en lo que respecta a la urgencia manifiesta, podemos manifestar que dicha modalidad de contratación directa, cuenta con la adecuada normatividad sustancial y procesal. En pocas palabras, (1) la urgencia manifiesta debe ser declarada mediante acto administrativo motivado en los hechos concretos, objetivos y probados, que la generan; (2) debe ser declarada por el funcionario competente para contratar y (3) su control estará a cargo principalmente de la Contraloría. (4) De dicho control puede sobrevenir una sanción disciplinaria y aún la (5) responsabilidad patrimonial para el funcionario que haya declarado la urgencia manifiesta sin que fuera procedente o su tramitación inadecuada.

Si bien, la normatividad contractual actualmente supera cambios drásticos, la figura de la urgencia manifiesta se ha mantenido incólume. No obstante,

manifestamos que a través del estudio realizado se detectan vacíos legales, que aunque no son objeto de estudio en esta investigación, probablemente puedan incidir en la errónea aplicación de esta modalidad de selección.

Por todos los argumentos anteriormente expuestos se hace evidente que la urgencia manifiesta es una figura jurídica suficientemente sólida desde el punto de vista sustancial y procesal. La normatividad vigente hacen que la declaratoria deba sujetarse estrictamente a ella cumpliendo los requisitos exigidos en la ley, sujetándola a un control posterior que tiene el carácter de inmediato y obligatorio, y haciendo de ella –la urgencia manifiesta- una figura de carácter excepcional, procedente en casos taxativamente establecidos por la ley, es decir de aplicación restrictiva, sin admisión a interpretación extensiva o analógica, características comunes a los procesos donde no hay convocatoria pública. En síntesis, es preciso señalar que existe la solidez sustancial y procesal para que los servidores públicos en aras de dar cumplimiento a los fines por los que se consolida la contratación estatal y por ende la función garantista del Estado, realicen una correcta declaratoria de urgencia manifiesta.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

ARAUJO OÑATE, Rocío. La ley 1150 de 2007: ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Bogotá: Universidad del Rosario, 2011.

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Guía metodológica para la auditoría de la contratación, realizada por las contralorías. Bogotá: Autor, 2010.

Novedades en la contratación pública, control fiscal con pedagogía social. Bogotá: Autor, 2012.

BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

CALAFELL, Jorge Enrique. Teoría del acto administrativo. Internet: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/24/pr/pr4.pdf>)

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto Jurídico. Radicado 80112- EE84353 de 2010.

Resolución 5245 de 2001.

Concepto Jurídico. Radicado 80112- EE33095 de 2010.

Circular Conjunta N° 14 del 1° de febrero de 2011.

CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. Rad.: 2-2012-14595. Agosto 13 de 2012.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA. Respuesta a consulta con CACCI-14082 del 06 de diciembre de 2010.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Legis Editores, 2003.

DÍEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1983.

DROMI, José Roberto. Derecho administrativo. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

Licitación pública. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1977.

Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

ESCOBAR GIL, Roberto. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá: Editorial Legis, 2003.

FRANCO GUTIERREZ, OMAR. La contratación administrativa. Bogotá: Editorial Leyer, 2010.

GACETA DEL CONGRESO, N° 75, 23 de septiembre de 1992. Exposición de motivos proyecto de ley de contratación de la administración pública.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. Causales y nuevo procedimiento en la contratación directa. Primer Seminario sobre la Reforma a la Ley 80 de 1993, 1993.

Contratación visible: Manual para un buen control de recursos en la contratación pública. Bogotá: Auditoría General de la República, 2011.

El derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios al Decreto 1510 de 2013. Bogotá: Legis, 2013.

El derecho de la contratación pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos. Bogotá: Legis, 2012.

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Veinte años de vigencia del Código Contencioso Administrativo Colombiano. Civilizar, N°5. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2004.

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro. Contratos Estatales. Bogotá: Editorial Temis, 2007.

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo. Teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editores, 1983.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La nueva estructura de los procesos selectivos en la contratación estatal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2009.

NARANJO, Carlos Eduardo. El nuevo régimen de contratación de la administración pública, en Régimen de contratación estatal. Dir. Jorge Pino Ricci. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Contratación administrativa en Colombia. p. 317 En: Moreno, J. Contratos públicos en España, Portugal y América Latina. Madrid: Difusión jurídica y temas de actualidad, 2009.

La contratación de las entidades estatales. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2005.

PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

PNUD - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – Colombia. Buenas prácticas de transparencia en la gestión contractual. Bogotá: Autor, 2011.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo. Radicado N°161-04519 de 2010.

PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA. Contratación estatal. Fallo de segunda instancia. Rad: IUC-D-2011-120-333693 (IUS-2009-301549).

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Radicado No. 021-84991-2003. Disciplinado: Diego Luis Noguera Rodríguez Cargo: Presidente de Ferrovías, Bogotá, D.C. 13 de junio de 2007

PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Ref.: Expediente 075-00186-1997. Procurador delegado: Mario Germán Iguarán Delgado, 2001.

PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Radicado No. 165-73658/2002. Investigado Néstor Mejía Pizarro. Director general de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico -CRA- 4 de abril de 2005. Bogotá DC.

PROCURADURÍA PROVINCIAL DE SINCELEJO. Radicación N° 119-02807.2008. Octubre 06 de 2011.

RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo. General y colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 2011.

SÁNCHEZ C, Manuel. Abogados, consultores & asociados Ltda. Régimen de contratación estatal. Modalidad de contratación directa. Ley 1150 de 2007-Decreto Reglamentario 2474 de 2008. Bogotá. 2009.

SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Reforma al Estatuto General de la contratación de la administración pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007. Bogotá: Editorial Legis, 2007.

VEDEL, Georges. Derecho administrativo. Madrid: Biblioteca jurídica Aguilar, 1980.

NORMATIVIDAD

CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991.

LEY 80 DE 1993. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”

LEY 734 DE 2000. “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.”

LEY 1150 DE 2007. “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.”

LEY 1474 DE 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”

DECRETO 019 DE 2012. “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.”

DECRETO 1510 DE 2013. “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.”

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-545 de 1995. M.P: Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-772 de 1998. M.P: Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 DE 1999. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 2001. M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-508 de 2002. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2009. MP: María Victoria Calle Correa.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio civil. Concepto 587 de 1994. C.P: Humberto Mora Osejo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio civil. Concepto 677 de 1995. C.P: Luis Camilo Osorio Isaza.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio civil. Concepto 925 de 1996. C.P: Roberto Suárez Franco.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio civil. Concepto 1073 de 1998. C.P: Javier Henao Hidrón.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio civil. Concepto 1439 de 2002. C.P: Susana Montes de Echeverri.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo contencioso-administrativo. Radicado 14.854. C.P: Mauricio Fajardo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo contencioso-administrativo. Exp: 17767. C.P: Olga Mélida Valle de de la Oz.

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sala de lo contencioso-administrativo. Radicación N° 19001-23-31-000-2002-01577-01. M.P: Germán Rodríguez Villamizar.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Fallo 13793 de 2001. C.P: Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Fallo 12932 de 2004. C.P: Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Fallo 14275 de 2006. C.P: Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso-administrativo. Sección tercera. Diciembre 03 de 2007. C.P: Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio civil. Concepto 1989 de 2008. C.P: William Zambrano Cetina.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Fallo 34425 de 2011. C.P: Jaime Orlado Santofimio Gamboa.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE. Acción de simple nulidad. Radicado 2010-264. MP: Tulia Isabel Jarava Cárdenas.

PÁGINAS WEB

www.corteconstitucional.gov.co

www.consejodeestado.gov.co

www.contraloriagen.gov.co

www.procuraduria.gov.co

www.auditoria.gov.co/

www.fiscalia.gov.co

www.contratos.gov.co

www.tesauro.com.co

www.transparenciacolombia.org.co

www.rae.es