

Fundación
para el Estado
de Derecho

SEMÁFORO DEL
ESTADO DE DERECHO ▶ No. 15

SEMÁFORO INDIVIDUAL - REFORMA AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

(Primer reporte de tráfico)

 **Semáforo
del estado
de derecho**

 **NED** NATIONAL
ENDOWMENT
FOR
DEMOCRACY
SUPPORTING FREEDOM AROUND THE WORLD

comunicaciones@fedecolombia.org
www.fedecolombia.org





Fotografía: Licencia Bangluxor

SEMÁFORO DEL ESTADO DE DERECHO

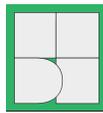
SEMÁFORO INDIVIDUAL - REFORMA AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Semáforo del Estado de Derecho

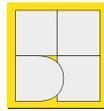
El Semáforo del Estado de Derecho es una herramienta que busca alertar sobre los posibles riesgos para el Estado de Derecho y para los principios de la democracia constitucional procedentes de reformas constitucionales, legislativas y actos administrativos.

Semáforo del Estado de Derecho

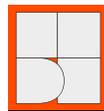
La Fundación clasifica los proyectos normativos bajo el color correspondiente, así:



El **color verde** indica que las iniciativas normativas son apropiadas, se adecuan y/o fortalecen los principios y las instituciones del Estado de Derecho. El verde no implica una aprobación absoluta de las iniciativas. Según sea el caso, la Fundación presentará con otro color (amarillo o rojo) las observaciones específicas en los apartes correspondientes.



El **color amarillo** implica tanto una **aprobación con reparos**, como una desaprobación por una **posible** inconveniencia, inconstitucionalidad o ilegalidad. Como inconvenientes serán considerados los proyectos normativos que, aunque válidos por el poder de reforma, son perjudiciales por sus consecuencias económicas, sociales o culturales.



El **color rojo** alerta las amenazas reales o altamente probables para el Estado de Derecho. En el caso de proyectos de acto legislativo, el color rojo señala casos de **graves vicios procedimentales** o **sustitución de la constitución**. Frente a proyectos de ley o actos administrativos, el color rojo indica que los mismos son **contrarios a los principios del Estado de Derecho** o **normas superiores**. Una clasificación roja debe ser considerada como una **alerta grave** para la opinión pública y las instituciones dado su riesgo significativo para el Estado de Derecho.





CONTEXTO DE SEMÁFORO INDIVIDUAL:

En este informe, la Fundación le hace el test del Semáforo al proyecto de ley (PL) 127 de 2024 Senado con el que se propone una reforma al Estatuto de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) para garantizar el principio de transparencia.

En su conjunto, **FEDe. Colombia clasifica como rojo** este PL de 14 artículos, en consideración a que algunos de ellos van en contra de los principios del Estado de Derecho de: (i) derechos humanos, (ii) gobierno constitucional y separación de poderes, (iii) autonomía y (iv) principio de legalidad.

HISTORIA DEL PROYECTO

El PL 127 de 2024 fue presentado el 14 de agosto de 2024 por congresistas de un partido de coalición de gobierno. Esta reforma tiene como propósito actualizar y mejorar los procesos de contratación pública en el país, con el fin de garantizar una mayor transparencia y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

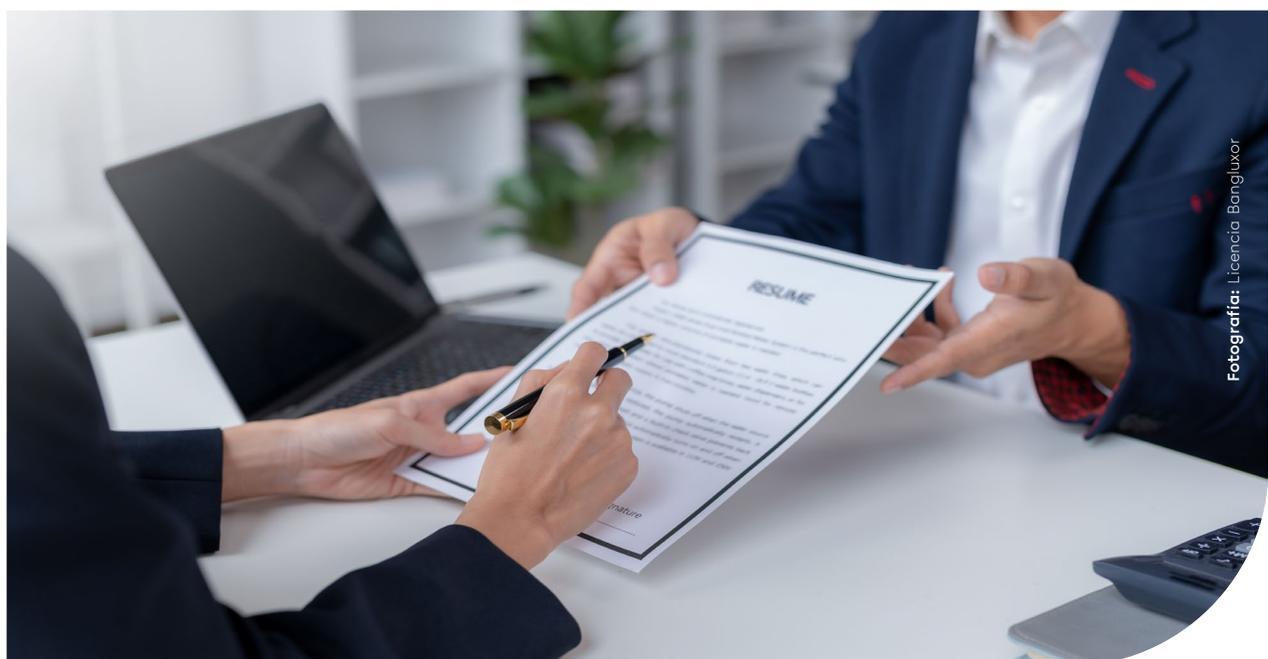
El articulado de esta iniciativa busca la inclusión de tecnologías y procesos que mejoren la gestión de datos y el seguimiento de los contratos

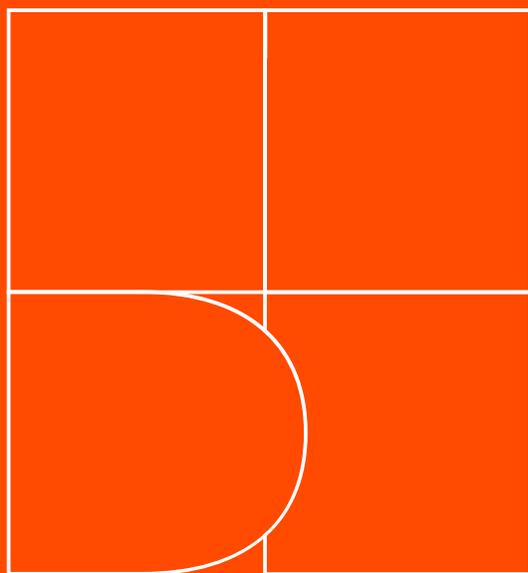
celebrados, así como fortalecer los mecanismos de vigilancia y auditoría de los procesos de contratación pública para evitar los actos de corrupción y alinear la contratación en Colombia con prácticas internacionales que garanticen un manejo transparente de los recursos estatales.

Entre las disposiciones más relevantes de esta propuesta legislativa se incluye la expansión del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación, que ahora incluiría las subcontrataciones con terceros, derivadas de la celebración de contratos o convenios entre entidades públicas, incluso si alguna de ellas está sujeta a un régimen normativo especial.

Además, se prohíbe a las entidades ejecutar recursos públicos a través de convenios con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional. Por último, se especifican los plazos en los procesos de licitación pública y se precisan las definiciones de anticipo y pago anticipado, puntualizando los términos de continuidad y prórroga de las interventorías de contratos bajo vigilancia.

Estado: este proyecto se encuentra pendiente de enviar a la Comisión Primera Constitucional del Senado





Fundación
para el Estado
de Derecho

TEST DEL SEMÁFORO

La Fundación aplica el test del Semáforo a los artículos relevantes del PL y rescata y alerta los siguientes riesgos:



Primero, se afectan los derechos humanos.

El artículo 29 de la Constitución establece el principio del debido proceso, que se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas. Según este principio, toda persona se presume inocente hasta que se demuestre su responsabilidad en un juicio y se garantiza su derecho a la defensa.

La Corte Constitucional ha expresado que el debido proceso es un derecho fundamental que protege la libertad y la seguridad jurídica. Este derecho se compone de ciertas garantías y principios como la legalidad, la designación de un juez natural, la favorabilidad penal y la presunción de inocencia. Además, el debido proceso tiene carácter constitucional, lo que permite a cualquier persona reclamar su protección durante un proceso, si considera que alguna acción u omisión podría afectarlo.¹

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)², en su artículo 3, establece que, en virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

El PL 127 de 2024, en su artículo 4, propone una modificación al artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en la cual se incluyen aspectos como los siguientes:

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 1992. MP. Jaime Sanín Greiffenstein.

² Ley 1437 de 2011.

(i) amplía la aplicación de las cláusulas excepcionales a todos los contratos estatales suscritos por entidades estatales sometidas o no al Estatuto General de Contratación; (ii) establece la cesión unilateral del contrato, por sanciones al contratista derivadas de actos de corrupción, proponiendo que se continúe con la ejecución del contrato con el oferente ubicado en el segundo orden de elegibilidad, sin indemnización al sancionado; (iii) en la actualidad, la Ley 1150 de 2007 que consagra el derecho al debido proceso en la aplicación de multas, cláusulas penales y declaratorias de incumplimiento, requiriendo una audiencia previa con el contratista afectado y un procedimiento mínimo garante del debido proceso. El PL, en su artículo 13, propone modificar esa disposición, por lo que tales actuaciones (multas, cláusulas penales, declaratorias de incumplimiento) podrían imponerse sin las garantías mínimas que les asisten a los contratistas.

Además, los cambios presentados por este PL podrían representar una derogatoria tácita del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Dicho artículo establece que la declaración de incumplimiento, así como la imposición de multas y sanciones, deben estar precedidas por una audiencia en la que se brinde la oportunidad al contratista de expresarse y debatir lo sucedido. Por lo tanto, la eliminación de este requisito y la imposición unilateral por parte de la administración, sin audiencia o dar voz al afectado, constituiría una violación al derecho fundamental al debido proceso.

Segundo, se afecta el principio de gobierno constitucional y separación de poderes.

El artículo 228 de la Constitución determina que la administración de justicia es una función pública que se caracteriza por decisiones independientes, actuaciones públicas y porque sus términos procesales SERÁN llevados de forma diligente.

El CPACA establece que las actuaciones administrativas deben ser eficaces y expeditas, evitando demoras innecesarias, actuando en pro de optimizar el tiempo y garantizar la máxima calidad en dichas actuaciones.

Ley 1150 de 2007 establece que la licitación pública es la modalidad de selección que constituye la regla general para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública³.

³ En tal sentido ver: Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1999. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sin embargo, con la finalidad de proteger los principios de eficiencia, eficacia, economía y celeridad, se establece la contratación directa por urgencia manifiesta⁴, la cual se define como una circunstancia que exige la toma de medidas inmediatas, concretas y objetivas, para preservar la prestación de un servicio o suministro de bienes⁵.

Este PL contempla, en su artículo 10, la creación de un control automático de legalidad ante jueces y tribunales administrativos. Según esta disposición, al día siguiente de expedirse el acto administrativo que declare la urgencia manifiesta, se debe remitir a la autoridad judicial el expediente completo de actuación, junto con sus antecedentes y las pruebas que respaldan los hechos justificativos,. Así, en única instancia, se resolverá sobre la legalidad o ilegalidad de la medida.

En caso de declararse ilegal, se ordenará a la autoridad administrativa que termine unilateralmente el contrato, la orden de obra o el servicio, y proceda con la liquidación en el estado en que se encuentre. Además, se compulsarán copias a los organismos de control y demás autoridades competentes.

Las modificaciones al artículo 43 de la ley 80 de 1993, introducidas por este PL, presentan ciertas problemáticas en cuanto a su conveniencia. El plazo para que el juez se pronuncie sobre la declaración de urgencia manifiesta no se ajusta a la realidad de los trámites judiciales. Esto se evidencia al conceder un periodo de 5 días para que el Ministerio Público se pronuncie y también para que se escuche al servidor que declaró la urgencia manifiesta.

Sumado a lo anterior, el PL desconoce que la exigencia a la administración de remitir, al día siguiente de declarada la urgencia manifiesta, todo el expediente contractual podría intervenir en los esfuerzos administrativos que demandan concentrar personal y medidas para atender la situación que requiere atención urgente e inmediata.

Esto, presenta un escenario poco conveniente respecto de los términos, tanto para el trámite judicial como para la atención de una situación de emergencia, que fomentaría la congestión del sistema judicial, al equiparar

⁴ Ley 80 de 1993, artículos 42 y 43 y, Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 4, literal a

⁵ Agencia Nacional de Contratación Pública, Concepto C-452 de 2023. Nohelia del Carmen Zawady.

incluso este término con el de la acción de tutela, alterando el correcto funcionamiento del aparato judicial.

Siguiendo la misma línea de lo expresado anteriormente, el artículo 12 del PL introduce cambios al artículo 95 de la Ley 1523 de 2012, la cual regula la política nacional de gestión del riesgo de desastres, y establece mecanismos de actuación ante declaratorias de desastre nacional y calamidad pública. En esta línea, el artículo 95 de la Ley 1523 de 2012 hace referencia al control posterior y excepcional que realiza la Contraloría General de la República sobre el manejo de los recursos gestionados a través del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

Ahora bien, el PL amplía este control sobre la contratación y el manejo de los recursos destinados para la atención y prevención de los desastres para que sea preventivo, concomitante y posterior. También indica que se dará prelación en el trámite a las denuncias sobre posibles actos de corrupción o desviación de poder sobre los recursos orientados a la atención y prevención de desastres.

Pese a lo anterior, esta disposición podría ser inconveniente puesto que, si bien la Constitución, en su artículo 276, habilita el control fiscal preventivo y concomitante, debe considerarse que el mismo depende de la necesidad de la situación y de la defensa del patrimonio público. Además no puede implicar coadministración, toda vez que se debe respetar la autonomía de la administración, en punto a la gestión contractual de tales situaciones, sin perjuicio del seguimiento posterior y selectivo de la Contraloría.

Tercero, la iniciativa va en contra del principio de autonomía administrativa.

El artículo 287 de la Constitución establece que las entidades territoriales poseen autonomía para gestionar sus intereses, ejercer sus correspondientes competencias, administrar sus recursos, entre otros. Además, el artículo 113 constitucional destaca que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas.

La Ley 489 de 1998 señala que, de acuerdo con el principio autonomía administrativa, las entidades podrán tomar decisiones dentro del marco de sus competencias de forma independiente y sin interferencias, salvo en los casos previstos por la ley.

En cuanto a este principio, la Corte Constitucional ha expresado que el contenido mínimo del principio de autonomía territorial lo establece el artículo 287 de la Constitución, que incorpora cuatro derechos esenciales de las entidades territoriales que habrá de respetar el legislador: gobernarse por autoridades propias, establecer los tributos necesarios para cumplir sus tareas, administrar los recursos para la realización efectiva de sus funciones y participar en las rentas nacionales. Además, la jurisprudencia ha reconocido que dentro de tal núcleo esencial se incluye el derecho a elaborar su propio presupuesto de rentas y gastos⁶.

Este PL, en su artículo 3, busca modificar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1474 de 2011 de la siguiente manera: (i) para proyectos de infraestructura, se incluyen requisitos adicionales en la fase de estructuración, como son estudios de ingeniería de detalle (fase 3), salvo para contratos de concesión, donde se podrá delegar en el contratista la gestión predial, ingeniería de detalle, obtención de licencias. (ii) para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación y para aquellas con régimen especial, se establece el uso de metodologías de trabajo colaborativo (Building Information Modeling). (iii) se establece un nuevo requisito de validación de proyectos de inversión en infraestructura, en virtud del cual, entidades técnicas sin ánimo de lucro deberán emitir conceptos vinculantes sobre proyectos de inversión en infraestructura que superen los 10.000 SMMLV.

En cuanto a esto, someter las decisiones de la administración pública a cuerpos consultivos presenta una limitación a la autonomía administrativa y contractual. A pesar de que la intención inicial es garantizar la idoneidad técnica y viabilidad de los proyectos, es de suma importancia que esta supervisión no transgreda la capacidad de las entidades públicas de decidir y actuar de forma autónoma.

Cuarto, se vulnera el principio de legalidad.

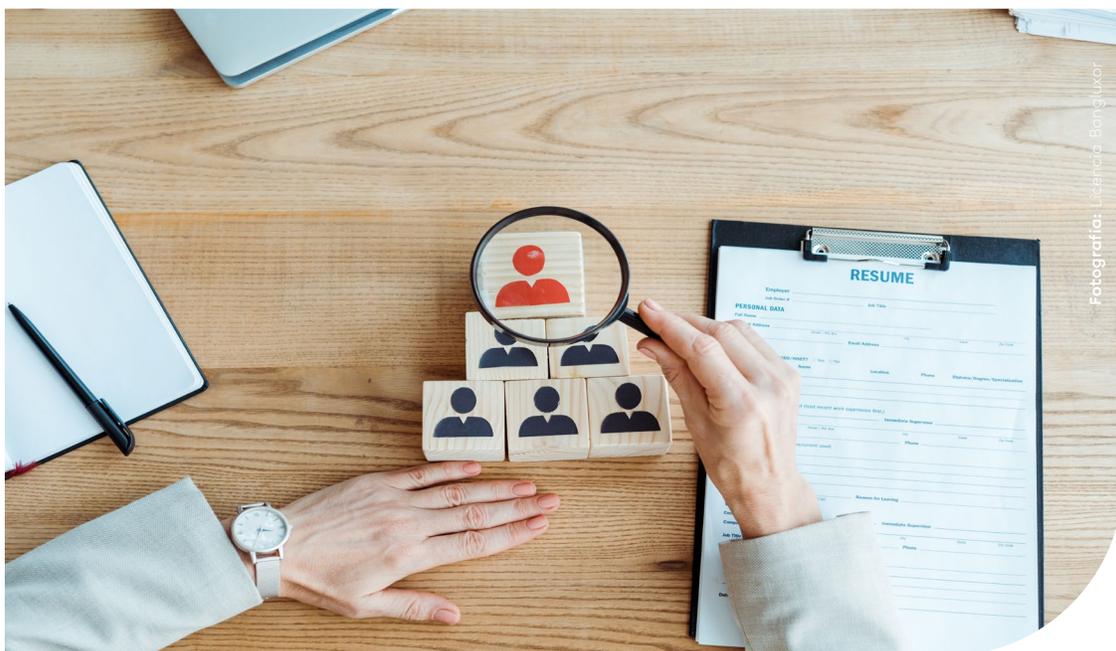
El artículo 209 de la Constitución determina que la función administrativa debe desarrollar sus funciones siguiendo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, siempre con el objetivo de cumplir con los fines del Estado.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett

La Corte Constitucional dicta en su jurisprudencia que, siguiendo el principio de estricta legalidad, es deber del legislador actuar con la mayor precisión y claridad posible, siempre buscando que su intención sea determinada o fácilmente determinable⁷.

Así, el artículo 13 de este PL, el cual señala las derogatorias, determina que se derogará el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, que establece los factores de ponderación en los procesos de selección, por lo que cabe cuestionar ¿qué factores regirán posterior a esta derogatoria? Sumado a esto, el artículo previamente mencionado del PL también incluye una derogatoria al “párrafo” del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, se pregunta ¿se deroga el párrafo de la norma o algún párrafo específico del artículo 56?. Por último, también se alude al Decreto 092 de 2012, ¿la referencia correcta será al Decreto 19 de 2012?

Ante esto es claro que no se siguió el principio de legalidad establecido constitucionalmente. La falta de precisión sobre qué principios deben seguir los ciudadanos y la imprecisión al señalar los artículos derogados indican una grave deficiencia. Esto dificulta que tanto la administración como los ciudadanos puedan sujetarse adecuadamente a un ordenamiento jurídico que no es explícito, claro y preciso.



⁷ Corte Constitucional, Sentencia C091 de 2017. MP. María Victoria Calle Correa.

CONCLUSIÓN

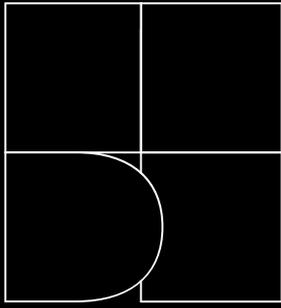
Este PL 127 de 2024 presenta importantes modificaciones en materia de contratación pública en Colombia, las cuales, si bien buscan combatir la corrupción y mejorar la eficiencia de los contratos estatales, también afectan negativamente los principios fundamentales del Estado del Derecho.

En primer lugar, se vulneran los derechos humanos al transgredir el principio fundamental al debido proceso, al eliminar procedimientos esenciales como la audiencia previa en la imposición de multas y sanciones, constituyendo una clara violación al principio de presunción de inocencia y a las garantías procesales.

En segundo lugar, se afecta el principio de gobierno constitucional y separación de poderes, al establecer un control automático judicial de legalidad, en los casos en que se materialice la figura de la urgencia manifiesta, con unos plazos que no se ajustan a la realidad de los trámites judiciales y que ponen en riesgo la atención efectiva de situaciones de emergencia.

Además, se vulnera el principio de autonomía territorial, al imponer requisitos adicionales para la estructuración de proyectos de infraestructura y someter la validación de esto a cuerpos consultivos, lo que limita la capacidad de las entidades territoriales para gestionar sus propios recursos y para tomar sus propias decisiones dentro del marco de sus competencias. Estas medidas que, en un inicio, buscan actuar en pro de la viabilidad técnica de los proyectos, restringen la independencia y autonomía del Estado debilitando su capacidad de acción.

Por último, la falta de claridad en qué artículos serán derogados por este PL imposibilita la claridad sobre las normas que rigen las actuaciones en ámbitos de contratación, lo que abre la puerta a escenarios de incertidumbre que resultan contraproducentes en la lucha anticorrupción.



Fundación
para el Estado
de Derecho

SEMÁFORO DEL
ESTADO DE DERECHO ▶

SEMÁFORO INDIVIDUAL - REFORMA AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

(Primer reporte de tráfico)

Septiembre de 2024



✉ comunicaciones@fedecolombia.org

🌐 www.fedecolombia.org

TEST DEL SEMÁFORO

La Fundación aplica el test del Semáforo a los artículos relevantes del PL y rescata y alerta los siguientes riesgos:



Primero, se afectan los derechos humanos.

El artículo 29 de la Constitución establece el principio del debido proceso, que se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas. Según este principio, toda persona se presume inocente hasta que se demuestre su responsabilidad en un juicio y se garantiza su derecho a la defensa.

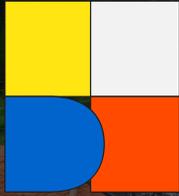
La Corte Constitucional ha expresado que el debido proceso es un derecho fundamental que protege la libertad y la seguridad jurídica. Este derecho se compone de ciertas garantías y principios como la legalidad, la designación de un juez natural, la favorabilidad penal y la presunción de inocencia. Además, el debido proceso tiene carácter constitucional, lo que permite a cualquier persona reclamar su protección durante un proceso, si considera que alguna acción u omisión podría afectarlo.¹

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)², en su artículo 3, establece que, en virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

El PL 127 de 2024, en su artículo 4, propone una modificación al artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en la cual se incluyen aspectos como los siguientes:

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 1992. MP. Jaime Sanín Greiffenstein.

² Ley 1437 de 2011.



Fundación
para el Estado
de Derecho

SEMÁFORO DEL
ESTADO DE DERECHO ▶ No. 15

SEMÁFORO INDIVIDUAL - REFORMA AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

(Primer reporte de tráfico)

 Semáforo
del estado
de derecho

 **NED** NATIONAL
ENDOWMENT
FOR
DEMOCRACY
SUPPORTING FREEDOM AROUND THE WORLD

comunicaciones@fedecolombia.org

www.fedecolombia.org



(i) amplía la aplicación de las cláusulas excepcionales a todos los contratos estatales suscritos por entidades estatales sometidas o no al Estatuto General de Contratación; (ii) establece la cesión unilateral del contrato, por sanciones al contratista derivadas de actos de corrupción, proponiendo que se continúe con la ejecución del contrato con el oferente ubicado en el segundo orden de elegibilidad, sin indemnización al sancionado; (iii) en la actualidad, la Ley 1150 de 2007 que consagra el derecho al debido proceso en la aplicación de multas, cláusulas penales y declaratorias de incumplimiento, requiriendo una audiencia previa con el contratista afectado y un procedimiento mínimo garante del debido proceso. El PL, en su artículo 13, propone modificar esa disposición, por lo que tales actuaciones (multas, cláusulas penales, declaratorias de incumplimiento) podrían imponerse sin las garantías mínimas que les asisten a los contratistas.

Además, los cambios presentados por este PL podrían representar una derogatoria tácita del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Dicho artículo establece que la declaración de incumplimiento, así como la imposición de multas y sanciones, deben estar precedidas por una audiencia en la que se brinde la oportunidad al contratista de expresarse y debatir lo sucedido. Por lo tanto, la eliminación de este requisito y la imposición unilateral por parte de la administración, sin audiencia o dar voz al afectado, constituiría una violación al derecho fundamental al debido proceso.

Segundo, se afecta el principio de gobierno constitucional y separación de poderes.

El artículo 228 de la Constitución determina que la administración de justicia es una función pública que se caracteriza por decisiones independientes, actuaciones públicas y porque sus términos procesales SERÁN llevados de forma diligente.

El CPACA establece que las actuaciones administrativas deben ser eficaces y expeditas, evitando demoras innecesarias, actuando en pro de optimizar el tiempo y garantizar la máxima calidad en dichas actuaciones.

Ley 1150 de 2007 establece que la licitación pública es la modalidad de selección que constituye la regla general para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública³.

³ En tal sentido ver: Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1999. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sin embargo, con la finalidad de proteger los principios de eficiencia, eficacia, economía y celeridad, se establece la contratación directa por urgencia manifiesta⁴, la cual se define como una circunstancia que exige la toma de medidas inmediatas, concretas y objetivas, para preservar la prestación de un servicio o suministro de bienes⁵.

Este PL contempla, en su artículo 10, la creación de un control automático de legalidad ante jueces y tribunales administrativos. Según esta disposición, al día siguiente de expedirse el acto administrativo que declare la urgencia manifiesta, se debe remitir a la autoridad judicial el expediente completo de actuación, junto con sus antecedentes y las pruebas que respaldan los hechos justificativos,. Así, en única instancia, se resolverá sobre la legalidad o ilegalidad de la medida.

En caso de declararse ilegal, se ordenará a la autoridad administrativa que termine unilateralmente el contrato, la orden de obra o el servicio, y proceda con la liquidación en el estado en que se encuentre. Además, se compulsarán copias a los organismos de control y demás autoridades competentes.

Las modificaciones al artículo 43 de la ley 80 de 1993, introducidas por este PL, presentan ciertas problemáticas en cuanto a su conveniencia. El plazo para que el juez se pronuncie sobre la declaración de urgencia manifiesta no se ajusta a la realidad de los trámites judiciales. Esto se evidencia al conceder un periodo de 5 días para que el Ministerio Público se pronuncie y también para que se escuche al servidor que declaró la urgencia manifiesta.

Sumado a lo anterior, el PL desconoce que la exigencia a la administración de remitir, al día siguiente de declarada la urgencia manifiesta, todo el expediente contractual podría intervenir en los esfuerzos administrativos que demandan concentrar personal y medidas para atender la situación que requiere atención urgente e inmediata.

Esto, presenta un escenario poco conveniente respecto de los términos, tanto para el trámite judicial como para la atención de una situación de emergencia, que fomentaría la congestión del sistema judicial, al equiparar

⁴ Ley 80 de 1993, artículos 42 y 43 y, Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 4, literal a

⁵ Agencia Nacional de Contratación Pública, Concepto C-452 de 2023. Nohelia del Carmen Zawady.