**COVID-19 – Declaratoria de emergencia sanitaria – Resolución 304 de 2022**

Colombia al igual que numerosos países del mundo, afronta actualmente la compleja situación de salud pública presentada por causa de la pandemia del COVID -19, declarada así por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020 principalmente por la rápida velocidad de propagación del virus. Dicho organismo señaló que esta es una emergencia sanitaria y social mundial que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas, e instó a los Estados a tomar acciones urgentes, frente a la identificación, confirmación, aislamiento, monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas, con el objetivo de mitigar el contagio. En consecuencia las autoridades gubernamentales, han expedido un importante numero de actos administrativos estableciendo directrices orientadas a la prevención del virus y a la disminucion de la velocidad su contagio. Fue así como, el Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio colombiano mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 y estableció varias disposiciones destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado con el COVID-19. Esta medida, en principio, tendría lugar hasta hasta el 30 de mayo de 2020, pero podía ser prorrogada de ser necesario. Teniendo en cuenta que las circunstancias causadas por la pandemia se han mantenido en el tiempo, la emergencia sanitaria se ha venido prorrogando ininterrumpidamente mediante la expedición de los siguientes actos administrativos: i) la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 prorrogó la vigencia hasta el 31 de agosto de 2020; ii) la Resolución 1462 del 25 de agosto de 2020 prorrogó vigencia hasta el 30 de noviembre de 2020; iii) la Resolución 2230 del 27 de noviembre de 2020 prrorrogó vigencia hasta el 28 de febrero de 2021; iv) la Resolución 222 del 25 de febrero de 2021 la prorrogó hasta el 31 de mayo de 2021; v) la Resolución 738 del 26 de mayo de 2021, mediante la cual se extendió la emergencia sanitaria hasta el 31 de agosto de 2021; vi) la Resolución 1315 del 27 de agosto de 2021 que prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 30 de noviembre de 2021; vii) la Resolución 1913 del 25 de noviembre de 2021 que la extendió hasta el 28 de febrero de 2022 y viii) la Resolución 304 del 23 de febrero de 2022 que prorroga la emergencia sanitaria hasta el 30 de abril de 2022. En consecuencia, actualmente el estado de emergencia sanitaria se mantiene vigente, sin perjuicio de que se prorrogue nuevamente por disposición del Gobierno Nacional.

**COVID-19- Medidas en materia de contratación pública – Decreto 547 de 2020 – utilización de medios electrónicos en el procedimiento contractual**

dentro de las disposiciones normativas que se han expedido durante la pandemia ocasionada por el COVID-19, que han incidido en la contratación pública, las más importantes están contenidas en el Decreto 440 del 20 de marzo, cuyas medidas se mantuvieron *idénticas* en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020. En tal sentido, en este último se adoptan algunas medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual; medidas dentro de las cuales se encuentra la adopción de medios electrónicos para llevar a cabo las audiencias en los procedimientos de selección. De este modo, el artículo 1 de dicho Decreto establece que las audiencias públicas dentro de los procedimientos de selección contractual se pueden llevar a cabo por medios electrónicos

**COVID-19 – Decreto Legislativo 806 de 2020 – objeto – procesos judiciales – no aplica con respecto a procedimientos administrativos**

[…] es claro, no solo por las motivaciones que se exponen en el propio Decreto Legislativo 806 de 2020, sino por las normas que conforman su articulado, que la finalidad de dicho decreto está enfocada hacia la atención de las distintas actuaciones surtidas dentro del proceso judicial, con el fin de procurar por que el servicio público de administración de justicia se acomode a la realidad impuesta por la Pandemia por Covid-19, autorizando el uso de medios de comunicación electrónicos dentro del proceso judicial en sus distintas facetas y previendo modificaciones transitorias sobre normas referidas, entre otros temas, a la conformación y acceso a los expedientes (art. 4), al otorgamiento de poderes (art. 5), la presentación de la demanda (art. 6), la realización de audiencias (art. 7), la realización de las notificaciones personales (art. 8), las notificaciones por estados y traslados (art. 9), los emplazamientos para la notificación personal (art. 10), la resolución de excepciones en el proceso contencioso administrativo (art. 12), la posibilidad de emitir sentencia anticipada en dicho proceso (art. 13) y la apelación de sentencias en materia civil, de familia y laboral (art. 14 y 15). […] Así las cosas, […] la Agencia debe advertir que el Decreto Legislativo 806 de 2020 no toca al procedimiento administrativo contractual, sino al proceso judicial que se surte ante las distintas jurisdicciones enunciadas en el decreto en cuestión. En otras palabras, el Decreto 806 cuenta con un objeto preciso y específico, consistente en la toma de medidas dirigidas al proceso judicial en sus distintas especialidades, no así con respecto a los procedimientos administrativos, entre ellos, el procedimiento a través del cual el Estado lleva a cabo la contratación para proveerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, la especialidad del Decreto 806 de 2020 no obsta para indicar que el mismo Gobierno Nacional ha emitido otras normas que sí inciden y buscan regular específicamente la actividad contractual del Estado en el contexto de la Pandemia por Covid-19 y la utilización de tecnologías y medios electrónicos en el proceso de contratación, contenidas, aunque no únicamente, en el Decreto 537 de 2020, cuyos lineamientos y medidas fueron explicadas en este concepto y que, como se dijo, permanecerá vigente hasta el momento en que cese la declaratoria de emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud.

****

**CCE-DES-FM-17**

Bogotá D.C., 7 de abril de 2022

Señor

**Juliana Carolina Ardila Pérez**

**julianaardila@yahoo.com**

 **Concepto C –174 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | COVID-19 – Declaratoria de emergencia sanitaria – Resolución 304 de 2022 / COVID-19- Medidas en materia de contratación pública – Decreto 547 de 2020 – utilización de medios electrónicos en el procedimiento contractual / COVID-19 – Decreto Legislativo 806 de 2020 – objeto – procesos judiciales – no aplica con respecto a procedimientos administrativos |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220222001779 |

Estimada señora Ardila:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta realizada el 22 de febrero de 2022.

**1. Problema planteado**

En su consulta, usted solicita a esta Agencia «emitir concepto sobre la aplicación del Decreto 806 de 2020 en los procesos de selección (presentación de ofertas, observaciones etc.) y audiencias de adjudicación. El uso de las tecnologías de la información, remisión de poderes (Art. 5 Decreto 806/2020) y en general los artículos que le sean aplicables a estas actuaciones administrativas, de conformidad con el artículo 1 del mencionado Decreto».

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados[[1]](#footnote-1).

 Por ello, esta Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones[[2]](#footnote-2)– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo, se analizarán los siguientes temas: i) la declaratoria de la emergencia sanitaria para atender los efectos de la pandemia generada por el COVID-19; ii) la vigencia del Decreto Legislativo 537 de 2020, iii) el contenido del Decreto 537 de 2020, en particular, con respecto a la utilización de medios electrónicos en el proceso contractual y iv)referencia al objeto y alcance del Decreto Legislativo 806 de 2020.

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– se refirió a las medidas tomadas en materia de contratación pública con ocasión a la Pandemia por Covid-19, entre otros, en los conceptos C-248 del 19 de marzo de 2020, C-243 del 24 de marzo de 2020, C-245, C-247, C-253 y C-254 del 7 de abril de 2020, C-262 del 27 de abril de 2020, C-495 de 2020 y C-281 de 2021. La tesis planteada en estos conceptos se reiterará y complementará a continuación:

**2.1. Declaratoria de la emergencia sanitaria para atender los efectos de la pandemia generada por el COVID-19**

Colombia al igual que numerosos países del mundo, afronta actualmente la compleja situación de salud pública presentada por causa de la pandemia del COVID -19, declarada así por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020 principalmente por la rápida velocidad de propagación del virus. Dicho organismo señaló que esta es una emergencia sanitaria y social mundial que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas, e instó a los Estados a tomar acciones urgentes, frente a la identificación, confirmación, aislamiento, monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas, con el objetivo de mitigar el contagio.

 En consecuencia las autoridades gubernamentales, han expedido un importante número de actos administrativos estableciendo directrices orientadas a la prevención del virus y a la disminucion de la velocidad su contagio.

Fue así como, el Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio colombiano mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 y estableció varias disposiciones destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado con el COVID-19. Esta medida, en principio, tendría lugar hasta hasta el 30 de mayo de 2020, pero podía ser prorrogada de ser necesario.

Teniendo en cuenta que las circunstancias causadas por la pandemia se han mantenido en el tiempo, la emergencia sanitaria se ha venido prorrogando ininterrumpidamente mediante la expedición de los siguientes actos administrativos: i) la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 prorrogó la vigencia hasta el 31 de agosto de 2020; ii) la Resolución 1462 del 25 de agosto de 2020 prorrogó vigencia hasta el 30 de noviembre de 2020; iii) la Resolución 2230 del 27 de noviembre de 2020 prrorrogó vigencia hasta el 28 de febrero de 2021; iv) la Resolución 222 del 25 de febrero de 2021 la prorrogó hasta el 31 de mayo de 2021; v) la Resolución 738 del 26 de mayo de 2021, mediante la cual se extendió la emergencia sanitaria hasta el 31 de agosto de 2021; vi) la Resolución 1315 del 27 de agosto de 2021 que prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 30 de noviembre de 2021; vii) la Resolución 1913 del 25 de noviembre de 2021 que la extendió hasta el 28 de febrero de 2022 y viii) la Resolución 304 del 23 de febrero de 2022 que prorroga la emergencia sanitaria hasta el 30 de abril de 2022. En consecuencia, actualmente el estado de emergencia sanitaria se mantiene vigente, sin perjuicio de que se prorrogue nuevamente por disposición del Gobierno Nacional.

De manera posterior a la expedición de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, se declaró por el término de treinta (30) días el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, con lo cual, el presidente de la República con la firma de todos los ministros quedó autorizado para dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos[[3]](#footnote-3). Este primer estado de excepción estuvo vigente por treinta (30) días calendario. Posteriormente se ordenó un segundo estado de emergencia económica, social y ecológica, a través del Decreto Legislativo 637 del 6 de mayo de 2020, el cual rigió por otros treinta (30) días calendario. Por lo tanto, el estado de excepción mencionado tuvo vigencia hasta el 4 de junio de 2020.

Adicionalmente, de las disposiciones que se han expedido durante la pandemia, y que han incidido en la contratación pública, hay que destacar las contenidas en los Decretos 440 del 20 de marzo de 2020 y 537 del 12 de abril de 2020, que adoptaron medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual. El gobierno nacional también expidió el Decreto 499 del 31 de marzo de 2020, reiterado en el Decreto 544 del 13 de abril de 2020, por los cuales se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal. Finalmente, en este recuento normativo conviene hacer referencia al Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, que incluyó algunas disposiciones adicionales relevantes para la contratación estatal.

**2.2. Vigencia del Decreto Legislativo 537 de 2020**

Como se indicó con anterioridad, uno de los Decretos Legislativos expedidos en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la pandemia ocasionada por el COVID-19 fue el 440 del 20 de marzo de 2020. Mediante este Decreto se adoptaron medidas en materia de contratación estatal, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia. En tal sentido, dicho cuerpo normativo propició el distanciamiento social, permitiendo la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales. La finalidad del gobierno, con esta directriz, fue prevenir el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, así como en las actuaciones contractuales sancionatorias, siempre y cuando se respetara el derecho fundamental al debido proceso. Adicionalmente, facultó a las entidades estatales y a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que adelantaran procedimientos de contratación de forma ágil y expedita, encaminados a conjurar la crisis por el coronavirus COVID-19. Inclusive, se autorizó adicionar, en principio, de forma ilimitada los contratos que contribuyan a atender la pandemia, entre otras medidas.

El Decreto Legislativo 440 de 2020, según lo indicaba su artículo 11, rigió «[…] a partir de la fecha de su publicación» y produjo efectos «[…] durante el estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19». En consecuencia, dicho Decreto Legislativo perdió vigencia, ya que el estado de excepción no continuó. En su lugar, el gobierno nacional profirió el Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020, que, en esencia, conserva el espíritu y las disposiciones normativas del Decreto 440 de 2020, pero consagra en el artículo 11 una vigencia más extensa, que no quedó supeditada al estado de excepción regulado en el artículo 215 de la Constitución Política, sino a la emergencia sanitaria. En efecto, el mencionado artículo estableció que el Decreto 537 de 2020 «[…] rige a partir del 16 de abril de 2020 y estará vigente mientras se mantenga la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19».

Teniendo en cuenta que, como se explicó en el numeral anterior de este concepto, actualmente rige la Resolución la Resolución 304 del 23 de febrero de 2022, mediante la cual se extendió la emergencia sanitaria hasta el 30 de abril de 2022, por lo que se concluye que el Decreto 537 de 2020 se encuentra vigente, pues su aplicación está supeditada a que se mantenga la emergencia sanitaria. Partiendo de esta precisión sobre la vigencia del referido Decreto Legislativo, analizará a continuación al alcance de su contenido en torno a la utilización de medios electrónicos dentro del procedimiento de contratación.

**2.3. Contenido del Decreto 537 de 2020, en particular, con respecto a la utilización de medios electrónicos en el proceso contractual**

Como se dijo, dentro de las disposiciones normativas que se han expedido durante la pandemia ocasionada por el COVID-19, que han incidido en la contratación pública, las más importantes están contenidas en el Decreto 440 del 20 de marzo, cuyas medidas se mantuvieron *idénticas* en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020[[4]](#footnote-4). En tal sentido, en este último se adoptan algunas medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual; medidas dentro de las cuales se encuentra la adopción de medios electrónicos para llevar a cabo las audiencias en los procedimientos de selección[[5]](#footnote-5). De este modo, el artículo 1 de dicho Decreto establece que las audiencias públicas dentro de los procedimientos de selección contractual se pueden llevar a cabo por medios electrónicos[[6]](#footnote-6).

Tal artículo se armoniza con las disposiciones contenidas en las Leyes 527 de 1999, 962 del 2005, 1341 de 2009 y 1437 de 2011, al igual que en los Decretos 019 de 2012 y 2106 de 2019, con las cuales es viable concluir que las audiencias públicas en los procedimientos de selección contractual se pueden realizar por medios electrónicos, es decir, utilizando los sistemas de información digitales que favorecen la tele-presencia, de modo que se permita una interacción simultánea entre las personas que quieran estar presentes y las entidades estatales. De este modo, las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones utilizadas por las entidades estales deben permitir un intercambio de mensajes de datos en tiempo real, para que las personas puedan ver y escuchar lo que pasa en la audiencia, pero también escribir o hablar, garantizándose de este modo la participación, la libre concurrencia, así como la veeduría ciudadana.

Esto también aplica al procedimiento de selección abreviada y, concretamente, al de *subasta inversa*, como mecanismo de adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades estatales. En efecto, el artículo 2.2.1.2.1.2.5. del Decreto 1082 de 2015 establece que «La Entidad Estatal puede escoger si adelanta la subasta inversa electrónica o presencialmente». Ahora bien, ¿puede hacerse la subasta en forma electrónica en virtud del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el COVID-19, a pesar de que la entidad había escogido en el pliego de condiciones efectuar la subasta de manera presencial, teniendo en cuenta que el procedimiento se encuentra en curso? La respuesta es afirmativa, pues el artículo 1º del Decreto 537 del 12 de abril de 2020 –en idéntico sentido el Decreto 440 de 2020– dispone que todas las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección se pueden realizar de manera electrónica para evitar la expansión del virus. Además, dicho artículo contiene una regla especial para la subasta inversa que expresa:

[…] Para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, mediante el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa, el evento se podrá adelantar por medios electrónicos. En virtud de lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pondrá a disposición de las Entidades Estatales una aplicación para adelantar las subastas electrónicas en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP II. En ausencia de la aplicación, las entidades estatales podrán adquirir de manera directa la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para dichos efectos.

Parágrafo 1. En los procedimientos de selección que se encuentren en trámite, no es necesario modificar el pliego de condiciones para este fin. Sin embargo, mínimo dos días hábiles antes de la realización, la entidad deberá informar la metodología y condiciones para el desarrollo de las audiencias.

Como se observa, el parágrafo 1 facilita el adelantamiento de subastas para procesos de selección abreviada en curso, al permitir que estas se surtan sin la correspondiente modificación del pliego de condiciones, en los eventos en los que inicialmente se había dispuesto la ejecución del mecanismo de manera presencial. Esto previa socialización de las condiciones y metodología de la subasta, con una antelación mínima de dos días hábiles.

Tales apartados además prevén que la ANCP – CCE desarrollará una aplicación para efectuar la subasta inversa de manera electrónica a través de la plataforma SECOP II, la cual, conforme a lo expuesto, se encuentra disponible desde el año 2017 con algunas restricciones técnicas, respecto de las cuales esta Agencia está trabajando para poner a disposición de las entidades estatales una herramienta en la que puedan adelantarse subastas sin tales limitaciones. En ese orden, tratándose de entidades obligadas al uso de la plataforma SECOP II, que hayan previsto adelantar subastas de manera presencial, deberán verificar si las características del proceso de selección y herramientas tecnológicas con las que cuentan, les permiten adelantar la audiencia de subasta de manera electrónica a pesar de las limitaciones del módulo.

Si dadas las limitaciones del módulo de subasta del SECOP II y las características del procedimiento de selección no resulta posible adelantar la audiencia de manera electrónica a través del mismo, es procedente suspender la audiencia, pudiendo en principio realizarse de manera presencial o electrónica por fuera del SECOP II. Esto sucede por ejemplo en el caso de procedimientos de selección abreviada en los que el valor del contrato que de ellos se deriva esté determinado por el presupuesto oficial y la oferta económica es por precios unitarios o porcentajes de descuento, asunto respecto del cual se presenta una de las restricciones técnicas del referido módulo.

La realización de audiencias de manera presencial hoy en día sencillamente no es una opción ante las restricciones existentes, teniendo en cuenta el estado de emergencia sanitaria por el que atraviesa el país. Ante tal realidad, el artículo 1°, citado previamente, facilita la posibilidad de realizar audiencias de manera electrónica, por lo cual se dispuso el desarrollo del referido aplicativo. Sin embargo, ante la imposibilidad de realizar la audiencia de subasta a través del módulo correspondiente de SECOP II, como en el ejemplo del párrafo anterior, resulta procedente la aplicación de la parte final del inciso cuarto del artículo 1° *ibídem*, según el cual las entidades estatales podrán adquirir de manera directa la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para la realización de procesos de subasta, y realizar a través de dicha plataforma las audiencias.

No obstante, la anterior no es la única posibilidad a la que pueden acudir las entidades estatales ante la imposibilidad de realizar la audiencia de subasta de manera presencial o a través del módulo de SECOP II. En ese sentido, otra de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 537 del 12 de abril de 2020 y Decreto 440 del 20 de marzo de 2020, es la contenida en el artículo 3° de ambos decretos el cual otorga a las entidades estatales la facultad de suspender los procesos de selección en curso, lo cual solo procederá por razones del servicio y como consecuencia de la emergencia. Esta suspensión deberá disponerse a través de acto administrativo frente al que no proceden recursos. A esta potestad se suma la dispuesta en el inciso segundo de la norma, que permite a las entidades estatales revocar los actos administrativos de apertura, siempre que no se haya superado la fecha para para presentación de ofertas, sin embargo, tal revocatoria solo será procedente en caso de necesitarse los recursos en principio destinados al proceso de selección para enfrentar la emergencia, por lo que se exige que tal revocatoria sea motivada[[7]](#footnote-7).

Además de tales facultades especiales, también es pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.2.6 del Decreto 1082[[8]](#footnote-8) de 2015, que prevé la posibilidad de suspender la audiencia de subasta inversa adelantada por medios electrónicos, cuando en el curso de la misma se presenten fallas técnicas que impidan a los oferentes realizar sus lances, evento en el cual la subasta deberá ser suspendida y reanudada una vez haya sido superado la falla, siempre que tales falencias sean imputable a la entidad contratante.

De conformidad con lo anterior, son varias las posibilidades con las que cuentan las entidades estatales para enfrentar las situaciones en las que las restricciones vigentes originadas en la pandemia impiden desarrollar de manera presencial las audiencias de subasta programadas en el marco de procedimientos de selección abreviada, por lo que será competencia de cada entidad, a partir de un análisis particular de las características del proceso de selección que adelanta, determinar cuál es la alternativa en la que mejor se encuadra su situación.

i) Tratándose de entidades obligadas a usar SECOP II, la primera y preferente alternativa es la de adelantar la audiencia de manera electrónica a través del módulo de subasta de dicha plataforma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de los Decretos 537 y 440 de 2020. Esto siempre que las restricciones técnicas de dicho módulo y las características del proceso de selección así lo permitan;

ii) De no resultar posible adelantar la audiencia a través del referido módulo, las entidades podrán acudir al mercado para adquirir la plataforma disponible para adelantar este tipo de audiencias, y realizar la misma por fuera de SECOP II;

iii) En caso de estimarlo necesario, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, según el artículo 3° del Decreto 537 y 440 de 2020, las entidades estatales podrán suspender el proceso de contratación mediante acto administrativo contra el que no proceden recursos, mientras que existan condiciones para levantar dicha suspensión;

iv) Frente a situaciones en las que la entidad precise disponer de los recursos en principio dispuestos para el proceso de contratación, para hacer frente a situaciones producto del actual estado de emergencia originada en la pandemia, de conformidad con el segundo inciso del artículo 3° del Decreto 537 y 440 de 2020, podrá disponerse la revocatoria del acto de apertura del respectivo proceso de contratación, siempre que no se haya superado la fecha para presentación de ofertas.

Lo anterior supone que la suspensión de la audiencia de subasta presencial es una alternativa viable en el marco de las medidas tomadas por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 537 y 440 de 2020, siempre que tal suspensión sea necesaria a raíz del estado de emergencia que enfrenta el país. No obstante, ante la latente posibilidad de que las medidas que impiden la realización de la audiencia de manera presencial sean extendidas en términos inciertos, esta Agencia considera que una adecuada interpretación de la normativa analizada supone que, para que sea procedente la suspensión de la audiencia, hasta que sea posible realizarse de manera presencial, se haya previamente descartado la posibilidad de adelantar la misma a través del correspondiente módulo de SECOP II, o a través de otra plataforma de subasta electrónica, en caso de no ser posible a través del primero, lo cual deberá verse reflejado en el cuerpo del acto administrativo que dispone la suspensión.

 Así pues, las entidades deberán analizar cuidadosamente la situación general a la que se enfrentan por cuenta de la pandemia, así como las características del proceso de selección abreviada que adelantan, para determinar cuál de las medidas dispuestas por el Gobierno Nacional es la que mejor se acopla a su caso particular, sin perder de vista que las normas previamente analizadas, si bien flexibilizan la ejecución de las medidas en el marco del estado de emergencia, exigen algunos requisitos y formalidades que deben cumplirse para que sea procedente y adecuada su aplicación.

En suma, el Decreto 440 de 2020, cuyas medidas se mantuvieron *idénticas* en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020, en concordancia con algunas directrices contenidas en las Leyes 527 de 1999, 962 del 2005, 1341 de 2009 y 1437 de 2011, al igual que en los Decretos 019 de 2012 y 2106 de 2019, contiene medidas que permiten a las entidades públicas continuar cumpliendo los fines constitucionales a través de la actividad contractual, y evitar el aumento de los contagios del Coronavirus «COVID-19», con lo que esto implica.

Se trata de modificaciones que no se relacionan directamente con procesos de contratación cuyo objeto sea la mitigación de los efectos de la pandemia, pues, como se vio en los párrafos precedentes, las medidas adoptadas, en términos generales, son tres: *primero,* la posibilidad de suspender los procedimientos de selección de contratistas y revocar los actos de apertura; *segundo*, la autorización a las entidades públicas para utilizar medios electrónicos para llevar a cabo «las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección», y para «la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, mediante el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa»; y *tercero*, la utilización preferente de los instrumentos de agregación de demanda, para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas y uniformes.

Lo anterior no quiere decir que en el Decreto 440 de 2020 – así como en el 537 de 2020- no se hubieran establecido medidas aplicables a los procesos de contratación destinados a mitigar los efectos directos e indirectos causados por el Coronavirus «COVID-19», pues el decreto fue expedido, precisamente, «[…] en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica». Al respecto, se resaltan las siguientes disposiciones: i) el artículo 5, que impone a la Agencia Nacional de Contratación Pública la obligación de diseñar y organizar «el proceso de contratación los acuerdos marco de precios por contratación directa», con el fin de facilitar el abastecimiento de bienes y servicios relacionados con la pandemia derivada del referido coronavirus; ii) el artículo 6, que faculta a las entidades públicas para adquirir bienes relacionados con la emergencia, «mediante el instrumento de agregación demanda de grandes superficies»; iii) el artículo 8, que «[…] todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, podrán adicionarse sin limitación valor […]»; el artículo 10, que autoriza al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, para celebrar convenios interadministrativos internos y contratos que tengan como propósito adquirir de las entidades públicas extranjeras, empresas privadas extranjeras o de otras organizaciones· o personas extranjeras, bienes y servicios necesarios para mitigar la pandemia y sus efectos, sin aplicar la Ley 80 de 1993 […]»; y v) el artículo 7, que reguló la «contratación de urgencia» en el marco del Estado de Emergencia Sanitaria que declaró el Ministerio de Salud y de la Protección Social, por medio de la Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020 y que ha sido sucesivamente prorrogada, como se explicó arriba.

**2.4. Objeto y alcance del Decreto Legislativo 806 de 2020**

Siendo la Pandemia por Covid-19 un fenómeno que tocó y sigue incidiendo en casi la totalidad del desenvolvimiento público y privado, es comprensible que la contratación del Estado no haya sido la única actividad objeto de regulación para atender y mitigar sus efectos. Consecuente con esto, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades excepcionales establecidas en el artículo 215 de la Constitución Política, y luego de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica que se describió arriba, emitió el Decreto Legislativo 806 de 2020 «por medio del cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexiblizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica».

 El objeto del Decreto 806 es clararamente definido en su artículo 1 al describirlo de la siguiente manera:

Este decreto tiene por objeto implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, así como, las actuaciones de las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales, durante el término de vigencia del presente decreto. Adicionalmente, este decreto pretende flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y contribuir a la pronta reactivación de las actividades económicas que dependen de este.

 Como se nota, las medidas desarrolladas en el decreto legislativo en comento pretenden flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y contribuir a la pronta reactivación de las actividades económicas que dependen de él, para lo cual implementa el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en «las actuaciones judiciales» y agiliza el trámite de procesos judiciales en los siguientes ámbitos: i) con respecto a la justicia ordinaria en sus especialidades civil, laboral y familia, ii) en la jurisdicción de lo contencioso administrativos, iii) la jurisdicción constitucional, iv) jurisdicción disciplinaria, v) en las actuaciones ante autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y vi) en los procesos arbitrales.

 Para la expedición del Decreto 806 el Gobierno Nacional tuvo en cuenta, entre otras razones, que en el ordenamiento adjetivo de las distintas especialidades, existen normas que impiden el trámite de algunas actuaciones judiciales de manera virtual, mencionándolas en su exposición de motivos y entre las cuales se encuentra el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo relativo al contenido de la demanda en los asuntos administrativos y que establece, en su numeral 7, la indicación de la dirección de correo electrónico de las partes y del apoderado del demandante como facultad. En sentido parecido, el artículo 205 *ejusdem* que se refiere a la notificación facultativa por medio electrónicos de providencias judiciales. Otras disposiciones mencionadas en la parte motiva del decreto legislativo, son el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y el artículo 74 del Código General del Proceso que establece el deber de allegar el poder con presentación personal.

Ante tal realidad normativa que, entre otras, no permitió que las medidas tomadas por el Consejo Superior de la Judicatura se vieran traducidas en la utilización de los medios tecnológicos en el proceso judicial, el Gobierno decide conformar un «marco normativo que procurará que por regla general las actuaciones judiciales se tramiten a través de medios virtuales y excepcionalmente de manera presencial. Por lo que se debe entender que las disposiciones de este decreto complementan las normas procesales vigentes, las cuales seguirán siendo aplicables a las actuaciones no reguladas en este decreto», por lo que el Decreto 806 fue emitido:

i) para agilizar los procesos judiciales, en razón a que, por la larga suspensión de términos judiciales y las medidas de aislamiento, se originaron diversos conflictos, los cuales incrementarán la litigiosidad en todas las áreas del derecho (laboral, civil, comercial, agrario, familia, contencioso administrativo), a esto se debe sumar la congestión judicial que existía previamente a la declaratoria de emergencia, situaciones que amenazan el derecho de acceso a la administración de justicia de la ciudadanía y a alcanzar la justicia material; ii) para el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral y familia; la jurisdicción de lo contencioso administrativo; la jurisdicción constitucional y disciplinaria; así como, ante las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales; y en los procesos arbitrales; con el fin de que los procesos no se vean interrumpidos por las medidas de aislamiento y garantizar el derecho a la salud de los usuarios de la justicia y de los servidores judiciales. iii) para flexibilizar la atención a los usuarios de los servicios de justicia, de modo que se agilice en la mayor medida posible la reactivación de la justicia, lo que a su vez permitirá la reactivación de las actividades económicas que dependen de ella, tales como la representación judicial que ejercen los abogados litigantes y sus dependientes. [subraya añadida]

Para la Agencia es claro, no solo por las motivaciones que se exponen en el propio Decreto Legislativo 806 de 2020, sino por las normas que conforman su articulado, que la finalidad de dicho decreto está enfocada hacia la atención de las distintas actuaciones surtidas dentro del proceso judicial, con el fin de procurar por que el servicio público de administración de justicia se acomode a la realidad impuesta por la Pandemia por Covid-19, autorizando el uso de medios de comunicación electrónicos dentro del proceso judicial en sus distintas facetas y previendo modificaciones transitorias sobre normas referidas, entre otros temas, a la conformación y acceso a los expedientes (art. 4), al otorgamiento de poderes (art. 5), la presentación de la demanda (art. 6), la realización de audiencias (art. 7), la realización de las notificaciones personales (art. 8), las notificaciones por estados y traslados (art. 9), los emplazamientos para la notificación personal (art. 10), la resolución de excepciones en el proceso contencioso administrativo (art. 12), la posibilidad de emitir sentencia anticipada en dicho proceso (art. 13) y la apelación de sentencias en materia civil, de familia y laboral (art. 14 y 15).

El contenido normativo del Decreto Legislativo 806 y el proceso judicial como objeto, quedó claramente resumido por la Corte Constitucional al realizar el control de constitucionalidad de su contenido, considerando que dicho decreto:

«previó 16 artículos que pueden clasificarse en dos ejes temáticos. El primer eje temático (arts. 1° - 4º) prevé las finalidades específicas del Decreto *sub examine*, las reglas generales para la implementación de las TIC en los procesos judiciales y los deberes de los sujetos procesales y autoridades judiciales en relación con el uso de estas tecnologías. El segundo eje temático (arts. 5° - 15°) instituye modificaciones a los estatutos procesales ordinarios, en particular, a la práctica y trámite de diversos actos procesales y actuaciones judiciales»[[9]](#footnote-9).

Así las cosas, y teniendo en cuenta el objeto de la consulta, la Agencia debe advertir que el Decreto Legislativo 806 de 2020 no toca al procedimiento administrativo contractual, sino al proceso judicial que se surte ante las distintas jurisdicciones enunciadas en el decreto en cuestión. En otras palabras, el Decreto 806 cuenta con un objeto preciso y específico, consistente en la toma de medidas dirigidas al proceso judicial en sus distintas especialidades, no así con respecto a los procedimientos administrativos, entre ellos, el procedimiento a través del cual el Estado lleva a cabo la contratación para proveerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Sin embargo, la especialidad del Decreto 806 de 2020 no obsta para indicar que el mismo Gobierno Nacional ha emitido otras normas que sí inciden y buscan regular específicamente la actividad contractual del Estado en el contexto de la Pandemia por Covid-19 y la utilización de tecnologías y medios electrónicos en el proceso de contratación, contenidas, aunque no únicamente, en el Decreto 537 de 2020, cuyos lineamientos y medidas fueron explicadas en este concepto y que, como se dijo, permanecerá vigente hasta el momento en que cese la declaratoria de emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud.

**3. Respuesta**

Ante su solicitud, dirigida a que se emita:

«[…] concepto sobre la aplicación del Decreto 806 de 2020 en los procesos de selección (presentación de ofertas, observaciones etc.) y audiencias de adjudicación. El uso de las tecnologías de la información, remisión de poderes (Art. 5 Decreto 806/2020) y en general los artículos que le sean aplicables a estas actuaciones administrativas, de conformidad con el artículo 1 del mencionado Decreto».

Para esta Agencia es claro que el Decreto Legislativo 806 de 2020 no toca el procedimiento administrativo contractual, sino el proceso judicial que se surte ante las distintas jurisdicciones enunciadas en el decreto en cuestión. En otras palabras, el Decreto 806 cuenta con un objeto preciso y específico, que consiste en la toma de medidas dirigidas al proceso judicial en sus distintas especialidades, no así con respecto a los procedimientos administrativos, entre ellos, el procedimiento a través del cual el Estado lleva a cabo la contratación para proveerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Sin embargo, la especialidad del Decreto 806 de 2020 no obsta para indicar que el Gobierno Nacional ha emitido otras normas que sí inciden y buscan regular específicamente la actividad contractual del Estado en el contexto de la Pandemia por Covid-19 y la utilización de tecnologías y medios electrónicos en el proceso de contratación, contenidas, aunque no únicamente, en el Decreto 537 de 2020, cuyos lineamientos y medidas fueron explicadas en este concepto y que, como se dijo, permanecerá vigente hasta el momento en que cese la declaratoria de emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén VargasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Esta se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública.

 [↑](#footnote-ref-1)
2. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 Decreto Ley 4170 de 2011 señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 215: «Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

[…]». [↑](#footnote-ref-3)
4. «Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19». [↑](#footnote-ref-4)
5. En efecto, dentro de los considerandos del Decreto se expresa: «Que de conformidad con lo anterior, se hace necesario tomar algunas medidas en materia de contratación estatal, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia, mediante el distanciamiento social, acudiendo a la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales, fortaleciendo el uso de las herramientas electrónicas, de manera que se evite el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, pero sin afectar la publicidad y la transparencia; propósito que también se debe cumplir en la realización de las actuaciones contractuales sancionatorias, que deben incorporar medios electrónicos para evitar el contacto físico, pero que garanticen el debido proceso y el derecho de defensa; no obstante, en caso de ser necesario, y con el fin de facilitar que la Administración dirija los procedimientos de contratación, se debe autorizar la suspensión de los procedimientos, inclusive su revocatoria, cuando no haya mecanismos que permiten continuarlos de manera normal; adicionalmente, es necesario permitir que las autoridades administrativas, y en especial la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pueda adelantar procedimientos de contratación ágiles y expeditos, ante la urgencia en adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia; inclusive se debe autorizar, entre otras medidas pertinentes, la adición ilimitada de los contratos vigentes que contribuyan a atender la epidemia». [↑](#footnote-ref-5)
6. El artículo 1 establece: «Para evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento individual, durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección podrán realizarse a través de medios electrónicos, garantizando el acceso a los proponentes, entes de control, y a cualquier ciudadano interesado en participar.

»La entidad estatal deberá indicar y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que serán utilizados, así como los mecanismos que empleará para el registro de toda la información generada, conforme al cronograma establecido en el procedimiento.

»En todo caso, debe garantizarse el procedimiento de intervención de los interesados, y se levantará un acta de lo acontecido en la audiencia.

»Para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, mediante el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa, el evento se podrá adelantar por medios electrónicos. En virtud de lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pondrá a disposición de las Entidades Estatales una aplicación para adelantar las subastas electrónicas en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP II. En ausencia de la aplicación, las entidades estatales podrán adquirir de manera directa la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para dichos efectos.

»Parágrafo 1. En los procedimientos de selección que se encuentren en trámite, no es necesario modificar el pliego de condiciones para este fin. Sin embargo, mínimo dos días hábiles antes de la realización, la entidad deberá informar la metodología y condiciones para el desarrollo de las audiencias». [↑](#footnote-ref-6)
7. Decreto 537 del 12 de abril de 2020: «Artículo 3. Suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de los actos de apertura. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las entidades públicas podrán como consecuencia de la Emergencia Sanitaria suspender los procedimientos de selección. Contra este acto administrativo no proceden recursos.

»En caso de requerirse recursos para atender las situaciones relacionadas con la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las entidades públicas podrán revocar, de manera motivada, los actos administrativos de apertura, siempre y cuando no se haya superado la fecha para la presentación ofertas. Contra este acto administrativo no proceden recursos».

Decreto 440 del 20 de marzo de 2020 «Artículo 3. Suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de los actos de apertura. Las Entidades Estatales, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, podrán suspender los procedimientos de selección. Contra acto administrativo no proceden recursos.

»Por las mismas razones, y en caso de requerirse recursos para atender las situaciones relacionadas con la emergencia, las entidades podrán revocar, de manera motivada, los actos administrativos de apertura, siempre y cuando no se haya superado la fecha para la presentación de ofertas. Contra este acto administrativo no proceden recursos». [↑](#footnote-ref-7)
8. «Artículo 2.2.1.2.1.2.6. Fallas técnicas durante la subasta inversa electrónica. Si en el curso de una subasta inversa electrónica se presentan fallas técnicas que impidan a los oferentes presentar sus Lances, la subasta debe ser suspendida y cuando la falla técnica haya sido superada la Entidad Estatal debe reiniciar la subasta.

»Si por causas imputables al oferente o a su proveedor de soluciones de tecnología de la información y telecomunicaciones, durante la subasta inversa electrónica la conexión con el sistema se pierde, la subasta continuará y la Entidad Estatal entiende que el proveedor que pierde su conexión ha desistido de participar en la misma». [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional, Sentencia C- 420 del 24 de septiembre de 2020, M.P. Richard S. Ramírez Grisales. [↑](#footnote-ref-9)