

BOLETÍN JURÍDICO

001



GOBERNACIÓN
DEL ATLÁNTICO

**El derecho se transforma constantemente.
Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.**

Eduardo Couture (1904-1956)

Estimado (a) Lector (a)

La Secretaría Jurídica de la Gobernación del Atlántico tiene como misión la prestación de servicios de asesoría y asistencia jurídica en todos los procesos que soportan la gestión administrativa de la entidad, fortaleciendo el compromiso institucional, bajo los principios de transparencia, equidad y eficiencia, en beneficio del desarrollo del Departamento y de la comunidad en general.

En cumplimiento de nuestro rol asesor para el análisis, trámite y solución de los asuntos de carácter jurídico que surgen en desarrollo de las funciones de cada dependencia, hemos pensando en un Boletín Jurídico, con el cual pretendemos socializar las nuevas disposiciones normativas, las novedades jurisprudenciales, y demás información de interés, que sean útiles y de gran relevancia para el departamento y sus municipios, por su impacto en la defensa judicial, los procedimientos administrativos y/o misionales.

El boletín será publicado los días viernes de cada semana. Esperamos tenga gran acogida y se pueda convertir en un pilar consultivo para el ejercicio profesional y para la defensa jurídica de las entidades.

LUZ SILENE ROMERO SAJONA
Secretaria Jurídica – Gobernación del Atlántico

I.

Particularidades del contrato y convenio interadministrativo según concepto reciente del Consejo de Estado

II.

Exequibilidad del Decreto Legislativo 440 de 2020 (medidas en materia de contratación durante la emergencia sanitaria causada por el Covid-19)

III.

Presentación de peticiones a través de las redes sociales según pronunciamiento reciente de la Corte Constitucional (Sentencia T-230 del 2020).

Particularidades del contrato y convenio interadministrativo según concepto reciente del Consejo de Estado

Motiva el pronunciamiento del Consejo de Estado la consulta efectuada por el Ministerio del Interior, cuyo propósito es aclarar los medios con los que cuenta una entidad estatal para exigir el cumplimiento de los contratos y convenios interadministrativos de los que es parte. En virtud de dicha consulta, la Sala diferencia dichas figuras jurídicas destacando sus características principales:

Convenios Interadministrativos:

- Su objeto es ejecutar actividades de cooperación y colaboración interinstitucional para lograr los fines de la administración pública.
- Se desarrollan en un plano de igualdad y equivalencia entre las entidades estatales contratantes, sin que exista preeminencia de la entidad contratante respecto de la contratista.
- No involucran un contenido patrimonial u oneroso, por lo que no tienen un interés económico.
- No es procedente la aplicación de potestades sancionatorias unilaterales de las previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública previstas en la ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, pues dichas disposiciones regulan especialmente relaciones contractuales de contenido patrimonial.
- Si se determina que a pesar de denominarse “Convenio” existe un beneficio económico, la relación jurídica se someterá a las reglas de los contratos interadministrativos

Contratos Interadministrativos:

- Su objeto lo constituyen obligaciones de contenido patrimonial, son onerosos y conmutativos.
- La entidad estatal contratante está facultada para ejercer su potestad sancionatoria en contra de la entidad estatal contratista.

Por otra parte, en relación con los medios para exigir el cumplimiento contractual, el Consejo de Estado realizó la siguiente distinción:

Convenios Interadministrativos

- Suscribir un pacto de “Conocimiento y Diligencia” entre las partes, que contemple la capacidad institucional de la entidad contratista y de su equipo para desarrollar el objeto del convenio.
- Nombrar un supervisor o interventor según corresponda, como mecanismo de seguimiento, vigilancia y control.
- Pactar garantías de común acuerdo, o las que disponga la Entidad Estatal Contratante.
- Incluir las causales de incumplimiento y las consecuencias derivadas del incumplimiento. Incluso es viable pactar multas y cláusula penal con la salvedad de que su imposición corresponde al juez del Convenio y no son de aplicación unilateral.

Contratos Interadministrativos:

- La entidad estatal contratante cuenta con la potestad unilateral de declaratoria de incumplimiento, imposición de multas pactadas, efectividad de la cláusula penal y de las garantías previstas, de acuerdo a los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011.
- La declaratoria de incumplimiento o la imposición de multas genera todas las consecuencias legales con excepción de la inhabilidad a la entidad estatal contratista, prevista en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011.

Por: Maria del Rosario Rengifo M.
Asesora Externa - Secretaría Jurídica

Exequible el Decreto Legislativo 440 de 2020, “por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C 162 de 2020 respaldó el Decreto Legislativo 440 de 2020 decretando su exequibilidad. El mencionado decreto contiene medidas en materia de contratación estatal con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia, fortaleciendo el uso de las herramientas electrónicas de tal manera que se evite el contacto físico, sin que esto signifique afectación a los principios de publicidad y transparencia que rigen la actividad contractual.

El Decreto 440 de 2020 establece las siguientes medidas

- La posibilidad de realizar las audiencias públicas que deban desarrollarse en los procedimientos de selección, a través de medios electrónicos, garantizando acceso a proponentes, entes de control y ciudadanos interesados. De igual manera, posibilita el desarrollo de los procedimientos sancionatorios de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 a través de medios electrónicos, garantizando el acceso a contratistas y aseguradoras.
- La posibilidad de suspender los procedimientos de selección de contratista y de revocar los actos administrativos de apertura, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia. La revocatoria procederá siempre y cuando no se haya superado la fecha para la presentación de ofertas.
- Preferencia por parte de las entidades territoriales para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, durante el estado de emergencia económica, social y ecológica.
- La adquisición de bienes relacionados con la emergencia, mediante el instrumento de agregación de demanda en grandes superficies, hasta por el monto máximo de la menor cuantía de la respectiva entidad.
- La posibilidad de adicionar los contratos estatales celebrados por entidades estatales relacionados con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la emergencia, sin limitación al valor.
- La obligatoriedad de implementar mecanismos electrónicos para la recepción, trámite y pago de facturas y cuentas de cobro de los contratistas.

En este orden, el alto tribunal, en ejercicio del control automático de constitucionalidad, se planteó como problema jurídico si el Decreto Legislativo 440 del 20 de marzo de 2020 cumple con los requisitos formales y materiales, señalados por la Constitución, la Ley Estatutaria de Estados de Excepción LEEE (Ley 137 de 1994) y la jurisprudencia constitucional.

Con relación a los requisitos formales, determina la Corte que cumple, pues el Decreto fue suscrito por el Presidente de la República y sus ministros, se expidió en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia, existe motivación suficiente, y aun cuando no lo anuncia de manera expresa, se entiende su ámbito de aplicación territorial.

Por su parte, en cuanto a los requisitos materiales, el estudio se realizó a partir de los siguientes juicios:

JUICIO	CONSIDERACIÓN
Finalidad	Señala la Corte que CUMPLE, debido a que las medidas previstas en el Decreto están orientadas específicamente a conjurar las causas de la declaratoria del Estado de Emergencia,y evitar la expansión del virus.
Conexidad material	Señala la Corte que CUMPLE, teniendo en cuenta que las medidas adoptadas guardan relación específica con los motivos invocados y que sustentan su expedición,es decir,es coherente.
Motivación suficiente	Señala la Corte que CUMPLE, debido a que en el Decreto no se establecen medidas que impongan limitación a derechos de carácter fundamental sino garantizarlos,por tanto,su juicio es menos exigente.
Ausencia de arbitrariedad	Señala la Corte que CUMPLE, pues como se señaló, el Decreto no impone medidas que suspendan, afecten o vulneren derechos fundamentales, así como tampoco alteración o interrupción al normal funcionamiento de las ramas del poder público.
Intangibilidad	Señala la Corte que CUMPLE, pues las disposiciones contenidas en el Decreto no afecta los derechos intangibles a los que hacen referencia los artículos 93 y 214 de la Constitución, el artículo 4 de la LEEE y el artículo 27 de la ConvenciónAmericana de DDHH
No contradicción específica	Señala la Corte que CUMPLE, toda vez que al revisar las medidas contenidas en el Decreto, se observa que no contradice ninguna norma constitucional. Y aunque la utilización de los instrumentos de agregación de demanda por parte de entidades territoriales podría afectar su autonomía, lo cierto es que la palabra “preferencia” no es imperativa, por lo que se les permite a las entidades territoriales decidir autónomamente la destinación de sus recursos
Incompatibilidad	Señala la Corte que CUMPLE, a pesar de la clara incompatibilidad de la disposición que permite adicionar contratos sin límite de cuantía y el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. No obstante, el Decreto expone las razones por las cuales se debe permitir esta situación y la Corte las válida.
Necesidad	Señala la Corte que CUMPLE, pues las disposiciones contenidas en el Decreto no afecta los derechos intangibles a los que hacen referencia los artículos 93 y 214 de la Constitución, el artículo 4 de la LEEE y el artículo 27 de la ConvenciónAmericana de DDHH
Proporcionalidad	Señala la Corte que CUMPLE, observando que las medidas adoptadas no limitan garantías constitucionales. Por otro lado, resultan proporcionales con la crisis que se pretende atender.
No discriminación	Señala la Corte que CUMPLE, pues no advierte que las medidas adoptadas en el Decreto impongan trato discriminatorio.

En este orden, concluye la Corte que el Decreto Legislativo 440 de marzo 20 de 2020 “por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19” sí cumple con los requisitos formales y materiales, señalados por la Constitución, la Ley Estatutaria de Estados de Excepción (Ley 137 de 1994) y la jurisprudencia constitucional.

Por: Hernando Jiménez Manotas.
Asesor Externo - Secretaría Jurídica

Presentación de peticiones a través de las redes sociales según pronunciamiento reciente de la Corte Constitucional (Sentencia T-230 del 2020)

Mediante un fallo de tutela, la Corte Constitucional reconoció la presentación de derechos de petición a través de redes sociales como un medio idóneo para su radicación. Esto, en virtud de la acción de tutela instaurada por el ciudadano Christian Joaqui Tapia en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Popayán, quien no contestó una petición radicada por el ciudadano a través del Facebook de la entidad, por considerar no ser este un canal oficial para la radicación de PQRS.

Según lo establecido por la Corte Constitucional en el fallo de tutela, los medios sociales son un canal idóneo para poder ejercer el derecho de petición, siempre que permitan una comunicación bidireccional entre instituciones y usuarios. De esta forma, consideró la Corporación en su proceso de hermenéutica constitucional que las redes sociales (twitter, facebook, instagram) son un medio electrónico válido para presentar peticiones, siempre que se verifique por los ciudadanos si la cuenta fue creada por la entidad y es utilizada para transmitir información institucional.

Así, el máximo órgano constitucional determinó que únicamente se deben cumplir los requisitos esenciales del derecho de petición con la finalidad de que sean válidas las peticiones electrónicas, a saber:

- Que estén dirigidos de manera respetuosa,
- Que se pueda identificar claramente al peticionario,
- Que la petición cumpla con los requisitos de integridad y confiabilidad, es decir, “que el canal utilizado cuente con condiciones que permitan realizar un seguimiento al mensaje desde que fue enviado por el originador hasta que fue recibido por su destinatario, con el fin de establecer si su contenido resultó o no alterado en algún punto”
- Que el requerimiento debe tratarse de las situaciones permitidas por el derecho de petición.

Sin embargo, la Corte Constitucional aclaró que las entidades estatales en sus redes sociales podrán restringir sus configuraciones en el chat para que los usuarios no estén habilitados para el envío de mensajes de datos, lo que no supondría una restricción al derecho fundamental de petición, toda vez que existen otros medios a través del cual se puede garantizar su satisfacción.

Para la Corte, las entidades deberán determinar según su capacidad técnica para brindar atención al usuario si habilitan sus redes sociales con la finalidad única de informar sobre la gestión pública, o también con el propósito de interactuar con la ciudadanía mediante los mensajes directos.

Por: Rafael Deyongh.
Asesor Externo - Secretaría Jurídica





GOVERNACIÓN
DEL ATLÁNTICO

Atlántico
para la
Gente