

BOLETÍN JURÍDICO

004



GOBERNACIÓN
DEL ATLÁNTICO

BOLETÍN 004 DEL 2020

2 DE OCTUBRE DE 2020

Asuntos del presente Boletín:

- I. Reglamentación de los documentos firmados mediante trabajo en casa - Decreto 1287.
- II. El desequilibrio contractual en el marco de la pandemia del Covid-19 - Concepto No. 20203000099921 emitido por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- III. La cesión unilateral del contrato Estatal.

Reglamentación de la seguridad de los documentos firmados mediante trabajo en casa.

El Gobierno Nacional mediante Decreto 1287 del 24 de septiembre, “por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la seguridad de los documentos firmados durante el trabajo en casa, en el marco de la Emergencia Sanitaria”, siguiendo la posición sentada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-242 del 9 de julio de 2020, donde estableció que la autorización para el uso de firmas mecánicas, digitalizadas y escaneadas es una medida temporal que permite la consecución de un fin superior de la sociedad como el adecuado funcionamiento de la administración, reguló los “elementos y características de seguridad de los actos, providencias y decisiones que se adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada.”

El decreto establece que durante la emergencia sanitaria, y siempre que los servidores públicos o contratistas presten sus servicios desde casa, será válida la suscripción de actos, providencias y/o decisiones mediante el uso de la firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada.

Finalmente, el acto administrativo establece que los servidores públicos y/o contratistas deberán observar el cumplimiento de las siguientes obligaciones para la expedición de actos, documentos, providencias y decisiones en el marco de la emergencia sanitaria y el trabajo en casa:

Velar por la integridad, autenticidad y disponibilidad de la información de los documentos expedidos.

Comunicar los actos, providencias y decisiones adoptados mediante firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada.

Dar cumplimiento a las directrices y procedimientos indicados por el Archivo General de la Nación para la organización, conservación e incorporación al expediente respectivo de los documentos producidos y/o gestionados durante el trabajo en casa, y aquellos originados, recibidos, tramitados y firmados bajo esta misma modalidad.

Por: Rafael Deyongh
Asesor externo de la Secretaría Jurídica.

El Desequilibrio Contractual en el Marco de la Pandemia por el Coronavirus COVID 19.

El documento que motiva el presente análisis es el concepto No. 20203000099921 emitido por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mediante el cual pretende orientar a las Secretarías Jurídicas de las entidades estatales, sobre los aspectos que deben tener en cuenta para determinar la ocurrencia del desequilibrio contractual ante la pandemia por el Coronavirus – Covid 19, y guiar los pasos que se deben seguir en caso de que éste se configure.

El concepto en estudio comprende 3 secciones divididas así: (i) la primera describe las características generales del desequilibrio contractual desde la óptica de la doctrina y la jurisprudencia; (ii) la segunda explica las figuras del “hecho imprevisible”, “hecho del príncipe” y “potestas variandi” y (iii) la tercera sección analiza los retos ante la ocurrencia de la Pandemia y sugiere algunas pautas para asumir los casos que se presenten.

(i) En cuanto a las diferentes características del desequilibrio contractual que cita el documento en mención, vale la pena destacar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado sobre el particular, que las prestaciones correlativas de las partes “tienen que mantener una equivalencia, siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exigen que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado.”

En línea con lo anterior, el documento en cita señala que el desequilibrio contractual no imposibilita el objeto del contrato ni varía las obligaciones intrínsecas del mismo, sino que, se trata de una situación que hace más oneroso y gravoso el cumplimiento de las obligaciones para una de las partes.

(ii) Respecto de las causas que originan el desequilibrio contractual, en dicho concepto se aluden las siguientes:

- a. El Hecho Imprevisible:** Es aquél evento cuya ocurrencia no se podía prever dentro del marco de lo razonable por ninguna de las partes. Se refiere a un hecho sobreviniente, extraordinario y exógeno a las partes.

1 sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

De acuerdo a la jurisprudencia se pueden considerar como imprevisibles, acontecimientos tales como la guerra, la crisis económica grave, la fluctuación anormal de los insumos o materiales, las condiciones inesperadas del terreno, entre otras.

b. El Hecho del Príncipe: De acuerdo con el Consejo de Estado , los presupuestos básicos para la aplicación de esta teoría son:

- La expedición de un acto general y abstracto por parte de la administración.
- La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal.
- La alteración anormal o extraordinaria de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto.
- La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.

c. La Potestas Variandi: Se configura cuando la administración mediante un acto administrativo de carácter particular, debidamente motivado, modifica las condiciones iniciales del contrato con base en su potestad exorbitante de interpretación, modificación, suspensión o terminación unilateral del contrato, alterando su ejecución y haciéndola más gravosa.

El documento en mención hace distinciones valiosas entre estas tres causas, a saber: El hecho del Príncipe es diferente de la Potestas Variandi, por cuanto este último se origina con ocasión de un acto administrativo particular y concreto, expedido por la entidad estatal en ejercicio de las potestades contenidas en el contrato, en tanto que el Hecho del Príncipe surge con ocasión de un acto administrativo general, proferido por la administración en desarrollo de sus funciones.

A su vez el Hecho del Príncipe difiere de un Hecho Imprevisible, por cuanto aquél surge de una actuación del estado, mientras que el Hecho Imprevisible ocurre por un hecho exógeno a las partes, no imputable a ninguna de éstas y externo al contrato.

(iii) La Pandemia por el Coronavirus – COVID 19

Ante la aparición del virus en mención, el cual es sin duda un fenómeno imprevisible, exógeno, extraordinario y sobreviniente a los contratos suscritos antes de su ocurrencia, el documento en estudio generó una “Hoja de Ruta” compuesta por múltiples interrogantes que pretenden documentar, analizar y determinar si la implementación de los Protocolos de Bioseguridad en el desarrollo de un contrato en particular, puede alterar de manera grave y específica el equilibrio económico del mismo.

En tal caso, se deben seguir las pautas señaladas en dicho documento para restaurar el equilibrio contractual, honrando con ello el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que, ante el rompimiento de la ecuación contractual, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento y para ese propósito suscribirán acuerdos y pactos necesarios sobre su cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales.

Finalmente, el concepto en cita presenta una Hoja de Ruta adicional en la que centra su análisis en los contratos cuya ejecución ha sido suspendida con ocasión de las medidas de aislamiento social ordenadas por el Gobierno Nacional, advirtiendo que todos los parámetros concedidos por esa entidad se basan en casos hipotéticos, razón por la cual cada contrato deberá ser evaluado según sus condiciones particulares para evidenciar la ocurrencia o no del desequilibrio económico del contrato y los mecanismos para restablecerlo.

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

LA CESIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL

La Ley 2014 de 2019, por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones, modifica el artículo 9º del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) estableciendo que si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o cuando ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Sin embargo, la citada Ley introduce la figura de cesión unilateral para los casos en los que, estando en ejecución un contrato estatal, sobrevenga al contratista la inhabilidad establecida en el literal j, num. 1 del art. 8 de la Ley 80 de 1993 o cuando administrativamente haya sido sancionado por actos de corrupción, según lo consagrado en la Ley 1474 de 2011. Precisa el artículo 9º de la Ley 2014 de 2019 que en este caso no procederá la renuncia del contrato, sino que la entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista inhábil.

Bajo este panorama, la cesión unilateral del contrato se convertiría en una novedosa herramienta para las entidades contratantes cuando se evidencie un acto de corrupción que derive en una inhabilidad para el contratista, y a fin de garantizar la continua satisfacción de la necesidad que justificó la contratación.

Lo novedoso es que sea una potestad unilateral de la entidad contratante y para unos casos en concreto, pues en otros escenarios la sustitución de la posición del contratista es posible, requiriendo autorización expresa de la entidad estatal, toda vez que, de conformidad a lo establecido en el inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son intuito personae, y en este orden, el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son las más favorables a la administración.

Así, y siendo obligación de la entidad contratante asegurarse de que dichas condiciones se mantengan, ante una eventual cesión unilateral la entidad debe tener en cuenta las calidades objetivas acreditadas por el contratista durante el período de selección (capacidad técnica, económica y financiera) y corroborar que el futuro contratista cumpla con ellas

En todo caso, y según disposición expresa del Legislativo, el Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato de que trata este boletín.

Hernando Jiménez Manotas
Asesor Externo – Secretaría Jurídica.

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que éstas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.



GOBERNACIÓN
DEL ATLÁNTICO

Atlántico
para la
Gente