

**INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO,
MAGISTRADO ÁLVARO NAMÉN VARGAS PARA EL CURSO “INNOVACIÓN
EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA”**

Muy buenos días a todos.

Dr. Fernando Carrillo Flórez, Procurador General de la Nación

Dr. Iván Darío Gómez Lee, Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa

Dra. Diana Dajer Barguil, Directora del Instituto de Estudios del Ministerio Público

Queridos conferenciantes, panelistas, funcionarios, inscritos y ciudadanos que nos siguen en esta transmisión.

Agradezco a la Procuraduría General de la Nación la invitación para participar en la instalación de este seminario, cuyas temáticas a tratar se entrelazan en la coyuntura creada por la amenaza mundial del covid-19.

En estas importantes jornadas, por un lado, se explorarán decisiones relevantes en contratación estatal proferidas por los jueces administrativos o los árbitros, es decir, sentencias o laudos que giran en torno a un instrumento poderoso de gestión y de gasto social y, por ende, necesario en medio de esta pandemia para reactivar la economía, el empleo y el mercado de bienes y servicios y, por esa vía, ayudar a sectores y segmentos de la población que ahora lo necesitan. Y, por otro lado, se analizarán aspectos de la justicia digital, esto es, aquella que se sirve de los medios tecnológicos para su funcionamiento y que son indispensables ahora en esta crisis sanitaria. Son dos tópicos, pues, de la mayor relevancia y actualidad, y por ello, estas jornadas comportan el mayor interés para magistrados, jueces, árbitros, procuradores, litigantes y, en fin, estudiosos del derecho.

Quiero centrar esta breve intervención para lanzar algunas reflexiones en esas materias y, excúsenme, lo haré, por razón del tiempo, de manera general.

I. Contratación estatal

Libre de detalles, en cuanto al primer tema, quiero resaltar que, una actividad esencial para el desarrollo económico y social de la Nación, como lo es la contratación estatal, en la que se compromete un promedio anual de 250 billones de pesos (2017), monto que corresponde al valor de aproximadamente 1'253.268 contratos y que equivale al 15.8% del PIB nacional, debe contar con la seguridad jurídica necesaria para garantizar unas condiciones de estabilidad y certeza en las relaciones contractuales del Estado con los particulares, en la manera de acceder a los contratos que este necesita, en su formación, en los derechos y obligaciones que emanan de los mismos y en su protección legal.

Sin embargo, la contratación estatal en Colombia se caracteriza por una inestabilidad en materia normativa, exceso de leyes y complejidad en los procedimientos contractuales, lo que crea un ambiente de incertidumbre, poco propicio para el cumplimiento de sus objetivos, además de que desincentiva la inversión privada y es caldo de cultivo para la corrupción.

Aunque por cuestiones del espacio no es posible profundizar, déjenme siquiera enunciar algunos puntos que resultan críticos de la contratación pública:

Primero. El fracaso del carácter universal de la Ley 80 de 1993: pues, aunque ella tuvo como propósito establecer un régimen único o universal para regular los contratos estatales, esa finalidad se ha visto gravemente afectada como consecuencia de la proliferación de regímenes excepcionales, exceptuados o especiales.

Segundo. Una hiperinflación normativa: Además de la cantidad de leyes de contratación expedidas en los últimos años, existe un exceso de reglamentación. La grave dispersión y proliferación normativa, torna compleja, oscura, confusa y asistemática la contratación estatal. En esas condiciones se afecta de manera grave la seguridad jurídica, se incrementan las fallas del Estado y las condenas en su contra. Además, se facilita la corrupción, porque entre más sencillo menos propenso es el sistema a este mal. Bien decía Cornelio Tácito (55 d.C.), historiador y político romano, que “cuanto más corrupto es el estado, más leyes tiene”.

Tercero. La falta de eficacia contra la corrupción: Cuando se expidieron las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, se anunció que las reformas que introdujeron a la Ley 80 de 1993 eran necesarias para luchar contra este flagelo. No obstante, al poco tiempo, su reglamentación –ante los vacíos y choques que se genera en una legislación “principalista” como la del estatuto general- generó una gran inseguridad jurídica, sin haber obtenido, por lo demás, resultados tangibles a juzgar por los escándalos y problemas de corrupción, ahora además transnacionales.

Cuarto. El Uso excesivo de la contratación directa: La licitación pública como regla general, ha pasado a ser la excepción. Ha sido remplazada por la contratación directa, mecanismo que solamente debe utilizarse en los casos tipificados en la ley. Pero, hoy más del 50% de la contratación estatal se realiza de manera directa, o sea que la selección del contratista como resultado de una previa convocatoria, la mayor pluralidad de oferentes, la libre participación y competencia y la plena publicidad, ahora son situaciones extraordinarias. El uso indebido de la contratación directa para favorecer a personas naturales o jurídicas se opone al deber de selección objetiva, que constituye garantía para el Estado de que se contrata en las mejores condiciones de precio, calidad e imparcialidad. Y,

Quinto. La falta de sincronización de las normas de contratación estatal con las normas presupuestales y mayor control en la planeación: Es preciso armonizar el régimen jurídico de los contratos estatales con el presupuestal, para que la actividad de la administración sea más eficiente y eficaz.

En definitiva, resulta inaplazable emprender rápidamente la tarea de organizar y depurar el régimen contractual vigente, para despejar el complejo panorama que actualmente genera y que provoca inseguridad jurídica y desconfianza en el sistema, de suerte que se logre clarificar, estabilizar y lograr una legislación de la contratación pública en nuestro país más sencilla, útil y certera que la actual. Lo que se espera en un Estado de Derecho es una normatividad asequible, inteligible, clara y predecible.

Todo esto supone la completa revisión de los regímenes excepcionales, repensar el alcance de la reglamentación administrativa, para trabajar en una simplificación normativa; “rediseñar los procesos de selección”, para orientarlos a la igualdad de trato, la no discriminación, la idoneidad y la transparencia, para lo cual se podría revisar experiencias de la Unión Europea en procedimientos como los “diálogos competitivos” o las “asociaciones para la innovación”; adoptar una política específica en materia de conflictos de interés; fortalecer los mecanismos de control a través del uso de nuevas tecnologías; explorar herramientas de carácter restitutorio para tutelar a los oferentes en el ámbito precontractual, como ocurre con éxito en la Unión Europea con el “recurso especial precontractual”, resuelto por un órgano independiente de los poderes adjudicadores; armonizar los procedimientos de contratación con la gestión de las finanzas públicas y mejorar el conocimiento sobre el gasto que se dedica a la contratación pública para reducir duplicidades y entregar bienes y servicios que sean realmente necesarios. Claro, todo esto, debe acompañarse de un cambio cultural de los servidores públicos encargados en la contratación, contratistas, organismos de control e incluso jueces.

Ahora bien, la seguridad jurídica no depende solo de la norma positiva, sino de la aplicación homogénea y uniforme que hace el juez. La jurisprudencia debe evitar las contradicciones para ser una fuente estable derecho.

En materia de controversias contractuales, permítaseme señalar, brevemente, que las decisiones adoptadas tanto en el jurisprudencia contencioso administrativa, como en la arbitral demuestran gran coherencia y uniformidad en la aplicación de los principios y reglas del derecho administrativo, del derecho contractual público y del derecho privado para la solución de los conflictos que son sometidos a su consideración. De tal coherencia y uniformidad da buena cuenta el muy detallado estudio que varias universidades, junto con el Consejo de Estado y la Procuraduría General de la Nación, han adelantado en el estudio de fallos proferidos en la última década.

Es interesante observar cómo la justicia arbitral, que por su dinámica cuenta con la posibilidad de estudiar y resolver los casos sometidos a su consideración de manera más expedita que la justicia ordinaria, ha acogido y aplicado en buena parte y de manera prolija los criterios fijados por la justicia contencioso administrativa en materia contractual, lo cual supone un referente en materia de seguridad jurídica tanto para el Estado como para sus contratistas.

Dada la actualidad de la temática, resulta relevante mencionar, someramente, cómo en nuestro medio se ha consolidado una línea jurisprudencial muy importante en punto del estudio y solución de problemáticas relativas a los eventos sobrevinientes a la celebración del contrato, ajenos a las partes, que ocasionan una ruptura del sinalagma prestacional. Más allá de las precisiones conceptuales que, con seguridad se tratarán a lo largo de este curso, resulta importante llamar la atención sobre dos fenómenos que permiten anticipar en cabeza de cuál de los sujetos contractuales recae la obligación de soportar los efectos de situaciones que podrían suponer desequilibrios económicos.

Se trata, por una parte, de la distribución de riesgos contractuales, figura introducida legalmente en materia contractual pública con la Ley 1150 de 2007, por cuya virtud la teoría de la imprevisión ha visto reducida su aplicación. Si bien es un mecanismo que, en principio, resulta ajeno al derecho continental europeo y tiene su origen en el derecho anglosajón (*risk allocation*), lo que comporta ciertas dificultades en su aplicación local, sus beneficios son evidentes, pues, por su virtud, las partes contractuales hacen ejercicios más o menos acabados de anticipación, que permiten realizar estipulaciones para regular los efectos de los riesgos previsibles del contrato de que se trate que, en último término y ante la falta de tal pacto, podrían ocasionar la ruptura del equilibrio financiero del negocio.

Actualmente, tanto la jurisprudencia de la Corporación, como innumerables laudos arbitrales, han decantado la teoría de la distribución de los riesgos contractuales, sus presupuestos, contenido, alcance, propósito, finalidad y efectos, lo que genera mayor seguridad jurídica para los interesados en contratar con el Estado y para el Estado mismo, sin descontar, por supuesto, los beneficios que ello implica en términos de economía, eficacia y eficiencia en la función administrativa ínsita en las prestaciones contratadas.

El otro asunto por destacar, que va de la mano de la distribución de riesgos, es la profundización en el entendimiento del principio de planeación en la contratación estatal. Este es, sin duda, uno de los asuntos que mayor cantidad de controversias contractuales suscita, pues en muchos eventos las expectativas de las partes en torno del contenido y alcance las prestaciones a su cargo o su favor dista de las que se presentan en la realidad, lo que las obliga a acudir al juez del contrato para que dirima sus diferencias. Por regla general, se invoca una inadecuada planeación del contrato por parte de la entidad pública.

Ahora bien, resulta interesante advertir que, tanto el Consejo de Estado como la justicia arbitral, han considerado que las cargas de diligencia, sagacidad, buena fe y consideración del interés de la contraparte, propias de la planeación en materia contractual pública, no sólo son predicables de la administración, sino que, ante su desatención, se puede ver comprometida la responsabilidad de los contratistas privados, por ejemplo, al inadvertir las consecuencias que podrían presentarse respecto del alcance de sus obligaciones al formular ofertas adicionales o complementarias (Laudo arbitral del 8 de mayo de 2020. Tribunal Arbitral de Yuma

Concesionaria S.A. vs. ANI); o al no considerar la implementación de medidas para mitigar o evitar la concreción de algunos riesgos que fueron o pudieron ser previstos durante la fase de estructuración de concesiones bajo la figura de Asociaciones Público-Privadas de iniciativa privada (Laudo arbitral del 28 de febrero de 2019. Tribunal Arbitral de Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs. ANI).

Finalmente, debo aludir a un asunto cuyo análisis y preocupación ha llamado la atención, durante ya hace varios años, del Consejo de Estado: Se trata de los regímenes exceptuados o especiales de contratación. En este asunto, más allá de lo preocupante que resulta el incremento desmesurado de asuntos que escapan a la Ley 80 de 1993 (la cual está ya muy lejos de ser el Estatuto General de Contratación... parece más el Estatuto Residual), la jurisprudencia contencioso administrativa, producto de la interpretación de la normativa sobre el particular, ha sentado importantes precedentes, como por ejemplo, en relación con la necesaria aplicación de los principios constitucionales propios de la función pública y la gestión fiscal en la contratación exceptuada (regla posteriormente recogida en la ley 1150 de 2007) y la obligatoria observancia de los principios de planeación y buena fe.

Así mismo, ha realizado importantes precisiones relativas a la naturaleza de los actos expedidos por las entidades públicas en los procesos de contratación, los requisitos de validez del contrato, la posibilidad de ejercicio de las potestades excepcionales, la imposición de multas y la posibilidad de pactar la liquidación del contrato. Para todos estos análisis la jurisprudencia del Consejo de Estado ha acudido no solo a las instituciones propias del derecho público-administrativo, sino que ha planteado análisis e interpretaciones de la mayor relevancia relativas a instituciones contractuales de derecho privado y es que, en últimas, podría afirmarse que, no por excepción, sino por principio, el contrato estatal está regulado por el derecho privado, según así lo establece el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

II. Digitalización de la justicia

Nuestro segundo tema. Hablar de justicia digital no es nuevo. De hecho, ya son varias décadas en las que nos hemos ocupado de ello. Pero, en el caso del COVID-19, uno de sus efectos ha sido la acelerada implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones -TIC- en la actividad judicial, como una de las herramientas más importantes para evitar la paralización de la justicia.

En efecto, una vez el Gobierno Nacional ordenó aislamiento preventivo obligatorio, y, por su parte, el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos legales en las actuaciones judiciales, el Consejo de Estado procedió, ante la imposibilidad de prestar el servicio de manera presencial, a trabajar con su personal desde sus casas mediante el uso de las herramientas tecnológicas. Todo un verdadero reto.

Ya hemos tenido oportunidad de indicar en otros foros que la administración de justicia no es, en esencia, un lugar... ¡es un servicio! Su funcionamiento no se puede restringir a una edificación, a una sede o a un expediente físico. El mundo virtual

cuenta con todos los mecanismos necesarios para que el servicio judicial cumpla fielmente su cometido.

Bajo esta línea de pensamiento, con fundamento en los artículos 95, 186 y 103 de las Leyes 270 de 1996, 1437 de 2011 y 1564 de 2012, respectivamente, y mediante el Acuerdo 062 del 21 de abril de 2020, que reformó nuestro reglamento, se habilitó la realización de sesiones virtuales, así como la deliberación y toma de decisiones en los distintos asuntos contenciosos y consultivos de conocimiento de las salas, secciones y subsecciones. Igualmente, se dispuso que los conceptos y las decisiones judiciales fueran comunicadas, suscritas y notificadas por medios electrónicos.

Tuvimos limitaciones al principio, como, por ejemplo, la falta de experiencia en el uso de las plataformas tecnológicas y la ausencia de una buena red de conexión fuera de la sede de trabajo, y aunque aún las tenemos, trabajamos para superarlas. También se han presentado dificultades en el acceso a los expedientes, puesto que la mayoría no están digitalizados y ello implica un desplazamiento de funcionarios hasta la sede de trabajo, lo cual no es recomendable por razones de bioseguridad.

Pero nuestras funciones nunca se han detenido. Puedo dar un parte de tranquilidad a la sociedad por los resultados en producción obtenidos por el Consejo de Estado durante este periodo, en más de 129 sesiones virtuales de las diferentes salas y secciones de la Corporación. Son un total 19.804 providencias, discriminadas en 13.610 autos y 6.194 sentencias.

Aunque la administración de justicia no estaba plenamente preparada para asumir la virtualidad como herramienta para ejecutar sus labores, no ha sido inferior al reto, y ha continuado ejerciendo sus labores, aunque en forma limitada, sin desconocer las serias dificultades que se presentan en conectividad, digitalización de expedientes y una cultura digital.

Algo por resaltar durante este periodo, es el desarrollo de herramientas tecnológicas por el Consejo de Estado, propias o *in house*, especialmente, la plataforma virtual denominada SAMAI, que permite hacer toda la gestión de los despachos judiciales de forma digital, reparto, firma electrónica, notificaciones, incorporación de memoriales, descargue de decisiones, etcétera.

Ahora bien, en general la transformación digital de la justicia presenta varios retos, asociados a tres componentes:

El primero está relacionado con el fortalecimiento institucional, esto es, dotar a las corporaciones de justicia de la capacidad para implementar, de manera planeada y estandarizada, los desarrollos tecnológicos, organizacionales y de gestión de los servicios digitales y de tecnología. El segundo hace referencia al desarrollo y dotación de la infraestructura tecnológica (hardware y software) necesaria para los servicios digitales, su funcionamiento adecuado y la ciberseguridad, así como de la analítica predictiva para la toma de decisiones y la elaboración de líneas

jurisprudenciales, esto es, incorporar diferentes herramientas incluyendo big data e Inteligencia artificial. Y el tercero, y quizás más importante, es el relativo a la gestión de cambio, esto es la generación de un entorno y cultura digital de los servidores judiciales, así como de los usuarios de la justicia.

Por lo complejo del tema, el Gobierno Nacional viene tramitando un empréstito con el Banco Interamericano de Desarrollo, que esperamos se haga realidad en el segundo semestre de este año, para que en octubre o noviembre pongamos a operar pilotos de expediente digital en algunos despachos.

De otra parte, no basta incorporar las TIC a la administración de Justicia, sino que se requiere de una “reingeniería” del proceso integrando la sede judicial electrónica, las formas de identificación y autenticación digital para los sujetos procesales, la ciudadanía digital, la acreditación y representación de los ciudadanos por medios digitales, el registro de documentos electrónicos de archivo, interoperabilidad, garantía de integridad de la información y su almacenamiento, entre muchos otros aspectos.

Es necesario en este propósito, además realizar adecuaciones normativas para asumir la virtualidad en la justicia. Al amparo de las facultades del estado de emergencia económica y social, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, mediante el cual impuso el deber para los jueces, partes y demás sujetos procesales de usar de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). Sin embargo, este decreto tiene una vigencia temporal de dos años. Por eso, en el proyecto de reforma a la Ley 1437 de 2011, presentado por el Consejo de Estado con el Gobierno Nacional, y aprobado en segundo debate en el Senado de la República, incorporamos importantes medidas dirigidas a promover el uso de las TIC en el proceso contencioso.

Como puede apreciarse, toda crisis apareja oportunidades y progresos antes impensables. La actual coyuntura nos exigió implementar las TIC en la justicia, lo que tiene un sello inevitable de permanencia, pues su uso garantiza el acceso a la administración de justicia.

Pero bueno, vamos paso a paso. Por ahora, desde el punto de vista puramente pragmático, se requiere dotar a la Rama Judicial y, en particular, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de los instrumentos, recursos y personal que le permita adelantar las actuaciones judiciales mediante el uso de las TIC en estos momentos de crisis.

Termino ya. Desde el Consejo de Estado hemos visto con beneplácito la importante gestión que ha adelantado la Procuraduría General de la Nación en la realización de audiencias de conciliación extrajudicial no presencial, esto es, por medios tecnológicos, que a la fecha rodean las 9000 desde el inicio del aislamiento social. Eso demuestra un gran compromiso misional de sus funcionarios.

Innumerables son los temas que se desprenden de los tópicos anunciados, pero serán los expositores en estas jornadas quienes, con seguridad, se ocuparán y profundizarán sobre ellos.

¡Muchas gracias!