

AVISOS DEL NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 30 DEL EGCAP¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. Buscando consolidar procedimientos de selección de contratistas, concurrenciosos y competitivos, el legislador estableció el deber de publicar en la página web de las entidades contratantes y en el SECOP, hasta tres avisos que den cuenta de las licitaciones cercanas en el tiempo. Específicamente, esto lo regula el numeral 3 del artículo 30 del EGCAP. Este es el objeto del ensayo, analizar con detenimiento una figura que, en la práctica, se reduce al cumplimiento de un requisito de forma irreflexiva y mecánica. Para este propósito se realiza un recuento de los antecedentes, se presenta el juicio de adecuación constitucional realizado en el 2012, se caracteriza el aviso como un acto administrativo, en el marco de un procedimiento de licitación, y se plantean dificultades prácticas en la interpretación del numeral 3.

Introducción

La actividad contractual se rige por el principio de publicidad como un criterio básico de la función administrativa. En el marco de los procedimientos de selección, las entidades estatales expiden documentos que pretenden hacer visible y transparente la selección del contratista. En esta sesión, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– continúa con el estudio del régimen de la contratación estatal y, en particular, de uno de aquellos documentos.

El texto estudia el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–. Esta norma impone el deber de que las entidades estatales publiquen hasta 3 avisos que contengan información sobre el objeto y las características de una licitación futura, publicación que debe hacerse en la página web de la entidad y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–. De este modo, el texto presenta los antecedentes normativos del numeral 3, su revisión de constitucionalidad, reflexiona sobre la naturaleza jurídica de los avisos y propone dificultades prácticas para aplicar la normativa.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 19 de febrero de 2022, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan David Montoya Penagos, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es el *Régimen de la Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel II, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

1. Antecedentes

Como se planteó en la introducción, el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 dispone:

«Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en *la página Web de la entidad contratante y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP.*

»En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

»Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación» (énfasis fuera de texto).

No obstante, este no es el texto original de la norma., pues es resultado de una reforma: el artículo 224 del Decreto Ley 19 de 2012, «Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública» o como popularmente se le conoce: «Ley antitrámites». Como es evidente, la teleología de esta regulación fue la eliminación de aquellos trámites que entorpecen el oportuno desempeño de la función administrativa en forma eficaz y eficiente. Inmediatamente debe cuestionarse: ¿qué se eliminó con la disposición objeto de estudio? ¿cuál era ese asunto exigido por el numeral 3 del artículo 30 que resultaba dilatorio o innecesario?

El texto original de la Ley 80 de 1993 era exactamente igual al artículo 224 del Decreto 19 salvo por un fragmento, ubicado precisamente en el énfasis de la cita, donde se disponía que la publicación de los avisos debía realizarse «[...] en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión». En conclusión, la única variación perceptible fue el sitio de publicación de los avisos: inicialmente se realizaba en diarios de amplia circulación en la jurisdicción de la entidad; mientras que hoy se exhiben en la página web de la entidad contratante y en el SECOP.

Nótese que la elección del diario dependía de la *jurisdicción de la entidad*, es decir, en tratándose de entidades de orden nacional la publicidad debía hacerse en diarios que circularan en todo en territorio, mientras que, por ejemplo, el alcalde

de un municipio pequeño podía cumplir este requisito en un diario local o cualquier otro *medio de comunicación con la misma difusión*.

Ambas normas contemplan igual alternativa respecto a los *pequeños poblados*: lectura por bandos o fijación de avisos en lugares públicos por el término de 7 días, de los cuales uno debe corresponder con uno de los días de mercado en la respectiva población. Esto último resulta una redundancia casi imperceptible que el legislador ignoró ya en dos ocasiones: la semana tiene siete días, de forma que, en cualquier caso, sin importar el día que se publique, el aviso estará fijado por una semana entera e, ineludiblemente, uno de los días deber ser «de mercado». Respecto a la lectura por bandos, basta referir que equivale a la lectura pública en sitios de alta concurrencia³. Finalmente, ambas disposiciones imponen que el contenido de los avisos corresponde al objeto y características esenciales de la respectiva licitación.

Ahora bien, estos avisos no tienen origen exclusivo en la legislatura de 1993, ya el Decreto ley 222 de 1983, específicamente en el numeral 3 del artículo 30, había regulado en sentido similar:

«Dentro de los *veinte* (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicarán por lo menos *dos* avisos, con un intervalo no inferior a *cinco* (5) días calendario, en uno o más periódicos de amplia circulación nacional.

»Cuando la licitación fuere internacional o su cuantía excediere de quinientos millones de pesos (\$ 500.000.000.00), dentro de los treinta (30) días calendario anteriores a su apertura, deberán publicarse cuando menos, cuatro (4) avisos con el mismo intervalo el último aviso deberá ser publicado con antelación no inferior a cinco (5) días calendario a la apertura de la licitación.

»Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación» (énfasis fuera de texto).

En comparación, la legislación de 1983 era sustancialmente distinta. En primer lugar, disponía que «dentro de los veinte días anteriores a la apertura de la licitación» se debían publicar los avisos, de modo que era factible publicar los avisos hasta un día antes de la apertura de la licitación. Sin embargo, la Ley 80 delimitó de mejor manera el término oportuno para publicar los avisos, esto es, entre los 10

³ El Consejo de Estado lo definió de forma aproximativa: «La publicación se hacía en “diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad”, pero a falta de diario se hacía “en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.” Incluso, en los pequeños poblados, a falta de esos medios, los avisos se debían divulgar por “bandos”, es decir, por lectura pública en un lugar de la entidad o mediante fijación de avisos en espacios público» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Exp. 26.332. C.P. Enrique Gil Botero).

y 20 días previos a la apertura. De este modo, la totalidad de los avisos debe estar publicada 10 días antes de que se abra el procedimiento —Tabla 1—.

Por otra parte, también se modificó el término de los intervalos entre la publicación de un aviso y otro: pasó de ser de no menos de 5 días a mínimo dos y máximo cinco días. Otra modificación significativa fue la transformación lógica del número de avisos publicables, pues anteriormente se exigía un *mínimo* de 2 avisos, sin máximo, hoy se impone *mínimo* 1 y *máximo* 3. Finalmente, el Decreto 222 estableció dos casos especiales en relación con el valor del contrato y si este es internacional o no, en los cuales la entidad debe publicar más avisos y con mayor antelación.

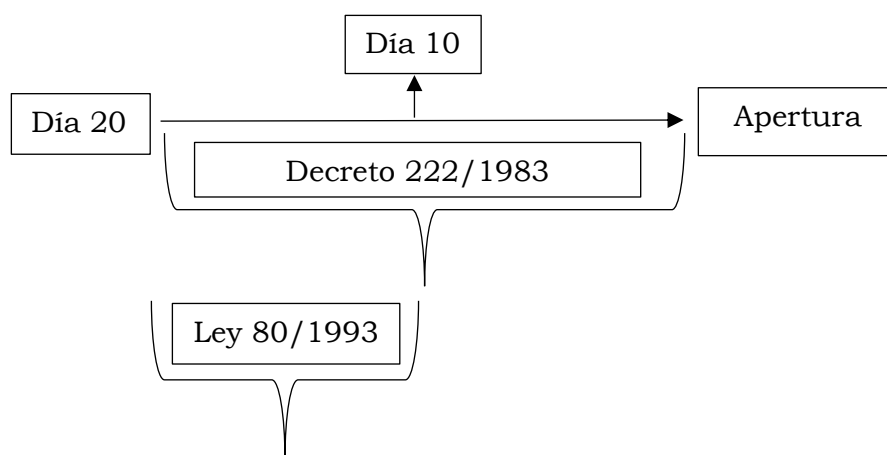


Tabla 1. Oportunidad para publicar los avisos.

2. Exequibilidad

La constitucionalidad del Decreto Ley 19 de 2012 fue parcialmente demandada ante la Corte Constitucional. Entre los artículos demandados estuvo el 224, objeto del presente análisis, por lo que solo se hará referencia sucinta al examen de adecuación realizado por la Corporación respecto a esta norma. En cuanto a los argumentos del accionante, consideró que: *i)* la disposición atenta contra el derecho a recibir información dispuesto en el artículo 20 superior⁴; *ii)* violenta los principios de la función administrativa —artículo 209—, especialmente, el principio de publicidad, pues las personas que carezcan de medios tecnológicos e internet no podrán visualizar los avisos, dificultad que no solo tiene quien recibe la información, sino también un gran número de entidades públicas en el país

⁴ El artículo 20 dispone: «Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y *recibir información* veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación [...]» (énfasis fuera de texto).

—quienes la ofrecen— y *iii*) planteó que el legislador delegado —ejecutivo— se extralimitó en sus funciones porque no consideró asuntos vinculados a la contratación pública como vinculados a la autorización legal para eliminar «trámites innecesarios».

El tercer cargo no prosperó, la Corporación se refirió exclusivamente sobre la violación al derecho a recibir información y el debilitamiento del principio de publicidad, concluyendo que se trata de una norma exequible. En atención al primer tema, consideró que prescindir de los medios escritos no traduce un quebrantamiento del derecho, pues no se niega el acceso a la información, se establece un medio idóneo a través del cual acceder a ella. Sostuvo, además, el argumento de la libre configuración legislativa, afirmando que «[...] el legislador delegado puede optar entre diversas formas de materialización del principio de publicidad. Uno de tales medios es el uso de páginas electrónicas y la contratación estatal, como actividad de la Administración, no escapa a esta elección legislativa»⁵.

Respecto al principio de publicidad, la Corte no solo afirmó que los medios electrónicos no lo vulneraban, sino que, por el contrario, lo amplían. El ejemplo para comprender esta idea es claro: primero se publicaba el aviso en un diario regional y concurrían al proceso los interesados regionales; hoy es posible que los particulares se percaten de posibles participaciones en procedimientos de selección en cualquier parte del país, pues el SECOP recoge la información de todas las entidades. Así, no solo aprobó la materialización del principio de publicidad, sino que propuso la amplificación de los demás principios de la función administrativa como la economía y la celeridad⁶.

Ahora bien, en mi opinión, es claro que en Colombia el tema de la conectividad al internet y el acceso a dispositivos tecnológicos limita significativamente la forma de acceder a ciertos bienes y servicios; de modo que

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-016 del 23 de enero de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martínez.

⁶ Al respecto, planteó: «En cuanto a la economía cabe decir que resulta menos oneroso introducir la información en la web que incorporarla en un medio físico que implica la producción de numerosos ejemplares. Por lo que atañe a la celeridad, cabe decir que la velocidad de transmisión del mensaje electrónico, es manifiestamente superior a la velocidad de desplazamiento de ejemplares impresos que contienen la misma información» (Ibid.). A esta postura se adhiere la escasa jurisprudencia del Consejo de Estado al afirmar, por ejemplo: «La incorporación de la página WEB al servicio de la publicidad de las licitaciones amplió el espectro de conocimiento de las invitaciones a contratar, porque en lugar de divulgarse en el limitado espacio geográfico que tienen la mayoría de las entidades —municipios, departamentos, distritos y demás entidades descentralizadas por servicios adscritas o vinculadas a estos—, pasó a difundirse a través de un sistema de cobertura nacional e internacional, visible en cualquier computador, a cualquier hora del día, cualquier día de la semana, instalado en cualquier sitio donde se ubique el interesado en la consulta» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Exp. 26.332. C.P. Enrique Gil Botero).

podría pensarse la inconstitucionalidad de la norma. Sin embargo, esta falencia la subsana el inciso segundo del numeral tercero, según el cual, cuando no se tenga acceso a estos recursos, debe usarse la lectura por bandos o la fijación de avisos en sitios públicos. En este sentido, comparto el sentido del fallo: exequibilidad incondicionada del artículo 224.

3. Acto administrativo al interior del procedimiento

Agotado el estudio por el precedente y la constitucionalidad del numeral 3 del artículo 30, es preciso estudiar sus implicaciones y la naturaleza jurídica de los documentos expedidos en su cumplimiento. En primer lugar, se sostendrá que los avisos son actos administrativos, toda vez que: *i)* es una manifestación unilateral de la voluntad de la entidad; *ii)* en ejercicio de una función administrativa; *iii)* proveniente de una autoridad pública y *iv)* que produce efectos jurídicos. A su vez, es posible clasificarlo como un acto administrativo de carácter general, en cuanto es impersonal y se dirige a sujetos indeterminados.

Sobre la última característica —la producción de efectos jurídicos—, es preciso plantear que surte dos tipos de efectos: por un lado, el hecho de no publicarlo conlleva responsabilidad disciplinaria o, incluso, penal, del funcionario; por otra parte, doctrinantes como Juan Ángel Palacio Hincapié sostienen que la omisión de publicar los avisos constituye un vicio invalidante del procedimiento de contratación⁷, posición que se comparte en concordancia con los artículos 141, 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —CPACA—.

Ahora bien, determinada la naturaleza jurídica de estos actos, debe plantearse una discusión ineludible respecto a la ubicación de los avisos en la estructura del procedimiento de selección: ¿los avisos del numeral 3 del artículo 30 son corresponden al aviso de convocatoria pública del artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082 de 2015?⁸ Para Luis Guillermo Dávila, por ejemplo, la respuesta es afirmativa. El autor sostiene que: «Para el caso de la licitación pública, esta convocatoria pública corresponde a los avisos de publicación que antaño se realizaban en un diario de amplia circulación y cuya exigencia aparece en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993»⁹.

⁷ PALACIO, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8° ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. p. 284.

⁸ El artículo 2.2.1.1.2.1.2. dispone: «Aviso de convocatoria. El aviso de convocatoria para participar en un Proceso de Contratación debe contener la siguiente información, además de lo establecido para cada modalidad de selección: [...]».

⁹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 403.

En mi concepto, Dávila está en lo correcto. La norma reglamentaria es un desarrollo del inciso final *ejusdem*, según el cual «Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación». La confusión estriba en que el poder reglamentario extendió la expresión legal «aviso» a «aviso de convocatoria». No obstante, un argumento eminentemente literal no sería suficiente para sostener su diferencia, pues parece que teleológica y pragmáticamente el desarrollo del artículo 2.2.1.1.2.1.2. obedece el mandato legal del numeral 3 del artículo 30. Entre las definiciones del artículo 2.2.1.1.1.3.1. no se encuentra un concepto de «aviso» o de «aviso de convocatoria»; sin embargo, sí se incluye el «aviso de convocatoria» entre los documentos del proceso. ¿Qué utilidad tendría diferenciar entre ambas categorías? A mí modo de ver ninguna, y quien escinde una de otra, finalmente, termina ampliando el número de avisos publicados.

Finalmente, en este acápite se esbozó muy brevemente la naturaleza del aviso como un acto administrativo de carácter general y que, al interior del procedimiento de selección, equivale al aviso de convocatoria del Decreto 1082 de 2015. Para cerrar estas consideraciones sobre el acto, se identifica el aviso como un acto ampliamente discrecional, pues la propia ley establece unos márgenes de acción, por ejemplo, respecto al número de avisos a publicar, la oportunidad en que se publican y el intervalo entre uno y otro. Si bien el legislador fijó unos márgenes para ejercer esta discrecionalidad, es la apreciación de los funcionarios la que se impone al suplir estos vacíos. El parámetro de acción del funcionario en estos casos deber ser el artículo 44 del CPACA, según el cual: «En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa».

4. Tres problemas prácticos

A continuación, se plantean tres dificultades en la aplicación del numeral 3 del artículo 30. La primera surge de la consideración anteriormente expuesta de que la omisión de publicar los avisos puede implicar la nulidad del procedimiento de selección. Pues bien: ¿qué sucede cuando se publican con errores, o, en los términos del inciso final del numeral tercero y del artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082, no cuentan con la información suficiente? Pues bien, para Palacio Hincapié: «La falta de publicación de los avisos constituye un vicio invalidante del trámite, no así la ausencia de algunos de los elementos que debe contener la publicación. Basta que en el aviso se dé la información básica que garantice la libre participación»¹⁰.

¹⁰ PALACIO. Op., cit. p. 284.

Dicha conclusión se comparte parcialmente, pues un asunto es que se olvide, por ejemplo, mencionar si la contratación está regida por un acuerdo comercial, y otro distinto es publicar un aviso que no dé cuenta del objeto del contrato y el valor, elementos esenciales. La dificultad es entonces determinar qué comprende el concepto de un elemento esencial y cuáles de aquellos del Decreto 1082 deben considerarse así, o si todos deben tenerse por esenciales al estar dispuesto en norma reglamentaria.

Respecto a los casos en que existan errores, es preciso mencionar una de las pocas oportunidades donde la jurisprudencia se ha pronunciado. En acción de nulidad y restablecimiento del derecho, un proponente demandó el acto de adjudicación de un contrato, sosteniendo que incurrió en un error al elaborar su propuesta, toda vez que la información del aviso era distinta con relación al pliego de condiciones, lo que lo indujo a error, específicamente en lo relacionado con el plazo de ejecución del contrato. Adujo así que él tenía la mejor propuesta posible y que era justo adjudicatario del contrato.

La Corporación le recordó al demandante que la finalidad de los avisos es publicitar, atraer personas, no fijar las reglas del juego en los procedimientos de selección. De modo que este debió otorgar prevalencia a la información contenida en el pliego de condiciones o solicitar una aclaración. En este sentido, el Consejo de Estado confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia. Este fallo de la Sección Tercera permite entrever el baremo con el que la judicatura estima el contenido estricto de los avisos¹¹.

El segundo problema surge con la expresión «hasta», cuando se hace referencia al número de avisos a publicar, pues ¿qué criterio objetivo puede tomar un funcionario para determinar que va a publicar 1 o 2 avisos? Al respecto, debe recordarse que esto hace parte del amplio margen de discrecionalidad que otorga la disposición, pues no se trata solo del número de avisos, sino también de su intervalo. Ahora bien, la Sentencia citada planteó algunos criterios ha tener en cuenta por los funcionarios, y con los que se está completamente de acuerdo: *i*) complejidad del objeto contractual; *ii*) número de oferentes en el mercado; *iii*)

¹¹ En la providencia se afirmó: «De esta manera, no es propósito de este documento fijar las condiciones técnicas, económicas o financieras del negocio, ni siquiera precisar las especificaciones generales, y menos las de detalle, de los bienes, obras o servicios que adquirirá la entidad. Su propósito real e inmediato –por algo es sólo un aviso- es llamar, convocar, avisar, anunciar, invitar o proclamar de manera amplia que una entidad estatal tiene la intención de abrir, prontamente, una licitación, y la ley exige que no lo haga en secreto sino de manera pública, para que la información no quede en manos de pocas personas privilegiadas, sino al acceso de todos» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Exp. 26.332. C.P. Enrique Gil Botero).

cuantía del contrato; *iv*) naturaleza del contrato, entendida esta como contratos comunes y atípicos¹².

Finalmente, el tercer problema surge con la ausencia de un criterio objetivo para determinar qué es un pequeño poblado, entendido como causal de procedencia para publicar los avisos en lectura por bandos. El artículo 20 del Decreto 679 de 1994 establecía: «Para efectos de lo previsto en el artículo 30, numeral 3° de la Ley 80 de 1993, se entiende por pequeños poblados los municipios con población inferior a siete mil (7.000) habitantes y con ingresos no superiores a cinco mil salarios mínimos legales mensuales».

Esta norma fue derogada por el Decreto 734 de 2012, pero no se reprodujo en otro reglamento. En este sentido, se presentó una desarticulación entre la ley y el reglamento que deja prácticamente a discreción del funcionario determinar si se encuentra en un «pequeño poblado» o no. El criterio, entonces, debería ser una valoración o juicio sobre la capacidad de la entidad para acceder a estos medios y la capacidad del público objetivo del aviso o, en otras palabras, que se cumpla cabalmente la finalidad del numeral 3 del artículo 30: brindar publicidad sobre el inicio de un procedimiento contractual.

Bibliografía

Doctrina

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. 922 p.

PALACIO, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8° ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. 859 p.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-016 del 23 de enero de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martínez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Exp. 26.332. C.P. Enrique Gil Botero.

¹² Ibidem.