

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE

Yopal, veintiuno (21) de mayo de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: Control inmediato de legalidad
ACTO: Resolución 560 del 24 de marzo de 2020
RADICACIÓN: 85001-2333-000-2020-00046-00

**ANÁLISIS DE LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DICTADO EN DESARROLLO
DECRETO 417 DEL 17 DE MARZO DE 2020.**

MAGISTRADA PONENTE: AURA PATRICIA LARA OJEDA

La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal – Casanare, remitió vía correo electrónico la Resolución 560 del 24 de marzo de 2020, cuyo estudio le correspondió al despacho 03, según acta de reparto del 26 de marzo del año en curso.

I ANCEDENTES

1.1. TRAMITE PROCESAL

El 27 de marzo de 2020 se admitió el control inmediato de legalidad, mediante auto que fue notificado por estado No 62 del 30 de marzo de 2020 y personalmente a la EAAAY de conformidad con la certificación emitida por la Secretaría de la Corporación de la misma fecha, igualmente se publicó el aviso No 15 en la página web del Tribunal, informando la existencia del proceso a la comunidad. Posteriormente, en cumplimiento del auto admisorio, el día 21 de abril de 2020 se corrió traslado al Ministerio Público remitiendo copia del expediente de la referencia en medio digital, para rendir el respectivo concepto.

1.2 ACERVO PROBATORIO RECAUDADO:

- En cumplimiento de requerimiento ordenado en el auto admisorio, la entidad mencionada aportó al expediente copia de los siguientes documentos:
- Decreto local No 045 de 2020, en cuyo numeral 5 de la parte resolutive, señala que las empresas sociales del Estado llevaran a cabo las acciones que resulten necesarias en cumplimiento de las medidas adoptadas por parte de la Administración Municipal, con ocasión de la expedición del decreto y las demás que resulten necesarias para garantizar la salubridad pública en Yopal.
- Decreto local 061 de 2020 por el cual se declara la situación de calamidad pública en el municipio de Yopal hasta por seis (6) meses, se ordena elaborar el plan específico de acción para la respuesta y recuperación, que permita la atención de los efectos adversos que ocasiona la propagación del COVID-19, el cual será obligatorio para todas las entidades públicas o privadas que deban contribuir a su ejecución.
- Decreto 109 del 2020 expedido por el Gobernador de Casanare, por medio del cual se declara la emergencia sanitaria por Causa del Coronavirus COVID19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus en el Departamento.
- Decreto local No 054 de 2020 que declara la emergencia sanitaria en el Municipio de Yopal y amplía las medidas mencionadas en el Decreto No 045 de 2020 antes reseñado, disponiendo entre otras medias, que las entidades públicas y privadas del municipio de Yopal deberán implementar estrategias para brindar información sobre la prevención del COVID-19.
- Directiva No 001 del 2013 por la cual se reforman los estatutos de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal. E.I.C.E. E.S.P, resaltando la autonomía administrativa de la entidad para celebrar negocios y ejecutar presupuesto, desarrollar actividades comerciales e industriales de producción, tratamiento y suministro de agua potable, entre otras disposiciones.

- Constancia de publicación de fecha 24 de marzo de 2020 de la Resolución 0560.20 de 2020 en la cartelera de la EAAAY y en la página web de esa entidad.
- Comunicación de fecha 25 de marzo de 2020 mediante la cual la EAAAY remite al Tribunal Administrativo de Casanare copia del acto administrativo de la referencia.
- Resolución 920 del 25 de octubre de 2016 por la cual se adopta el Manual de Contratación de la EAAAY, teniendo en cuenta el régimen de excepción previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para las Empresas industriales y Comerciales del Estado que desarrollan actividades comerciales y lo previsto en la Ley 142 de 1994 en lo que tiene que ver con las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios.
- Resolución CRA 911 de 17 de marzo de 2020 emitida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio por medio de la cual se establecen medidas regulatorias transitorias en el sector de agua potable y saneamiento básico, derivadas de la emergencia declarada por el Gobierno Nacional a causa del COVID-19.
- Plan de acción de la EAAAY para enfrentar la crisis del COVID-19, que incluye las actividades a realizar, el presupuesto a ejecutar, una descripción de los bienes y servicios que se pretenden adquirir tanto en la dirección técnica como en las direcciones comercial, de aseo, administrativa y financiera, discriminados por ítems.
- Circular No. 06 de la Contraloría General de la República a través de la cual se dan directrices a ministros, directores de departamentos administrativos, gerentes, jefes o representantes legales de las entidades de los niveles nacional y territorial, gobernadores, alcaldes distritales y municipales y en general a ordenadores del gasto de las entidades de los niveles nacional y territorial, con respecto a la orientación de recursos y acciones inmediatas en el marco de la atención de la emergencia sanitaria ocasionada por el virus COVID - 19.

1.3 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Refiere que, el acto administrativo objeto del control de legalidad, expedido por la EAAAY EICE ESP, tiene que ver con la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, como adopción de medidas y actuaciones urgentes para conjurar la crisis acaecida por el COVID-19.

Cita los artículos 3 y 32 de la Ley 136 de 1994, para señalar que al ser el gerente el representante legal de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, es el competente para dictar las disposiciones que hagan posible el cumplimiento de las funciones que le correspondan para garantizar la eficiente y eficaz prestación de los servicios a cargo de la entidad, por lo cual debe emitir todos los actos administrativos que sean necesarios e indispensables para lograr tal cometido en consonancia con el ordenamiento jurídico de la entidad territorial de la cual haga parte, funciones que puede ejercer en cualquier tiempo. No obstante, como en estos momentos se enfrenta una pandemia por el COVID-19, el Constituyente primario creó los estados de excepción, que le permiten al Ejecutivo Nacional proferir decretos legislativos que transitoriamente suspenden la legislación ordinaria y lo facultan para atribuir dichas funciones a otras autoridades.

Señala que, tal situación ha ocurrido con la expedición del Decreto Legislativo No. 461 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se facultó temporal y directamente a los gobernadores y acaldes mientras subsista el estado de excepción, para que ejerzan algunas atribuciones sin necesidad de la autorización de las asambleas departamentales o concejos municipales; sin embargo, en cuanto a la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, no se ha expedido ningún decreto que haya transferido el ejercicio de esas funciones a autoridad distinta a la que legalmente le corresponde.

En su criterio, el gerente de la EAAAY EICE no es competente para declarar en un acto administrativo la emergencia sanitaria, porque tal atribución le corresponde al Ministerio de Salud, quien ya la ejerció a través de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, pues en su concepto, ni el

contenido del decreto enjuiciado, ni sus antecedentes administrativos hacen alusión alguna a que se hubiese delegado dicha función al representante legal de la mencionada empresa industrial y comercial del Estado.

El Ministerio Público expone que, la Resolución 0560 del 24 de marzo de 2020, expedida por el Gerente de la EAAAY ESP, no respeta las formalidades propias de ésta clase de actuaciones de las autoridades públicas porque pretende atribuirse una competencia que legalmente no tiene para declarar la situación de emergencia empresarial y a renglón seguido dictar disposiciones sobre contratación estatal que dimanen de una declaratoria de urgencia manifiesta, que jamás ha sido decretada de su parte, que fue lo que al parecer quiso hacer en la Resolución y olvidando que el propio Decreto legislativo 440 indicó que se entendía comprobado el hecho que da lugar a la misma, para los efectos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993

Esgrime que, el acto administrativo objeto de control de legalidad es ambiguo y contradictorio, pues si bien en sus considerandos trae a colación los Decretos Legislativos 417 y 440 del 20 de marzo de 2020 y la Resolución CRA 911 de 2020, en su parte resolutive declara una situación de emergencia para la empresa y a renglón seguido se faculta de una serie de atribuciones en materia de contratación, autorizándolo a efectuar toda clase de actuaciones de tipo presupuestal y administrativo.

El Ministerio Público explica que, al efectuar la confrontación entre la Resolución 0560 del 24 de marzo de 2020 por medio de la cual declara la situación de emergencia en la EAAAY ESP y el Decreto 417 de 2020, proferido por el Gobierno Nacional, existe una infracción manifiesta de aquella respecto de éste, porque so pretexto de combatir la propagación y contagio del Covid-19 y lograr mitigar sus efectos adversos como desarrollo de la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica, lo que hace es solapadamente adscribirse prerrogativas y atribuciones en materia de contratación estatal, que constituyen consecuencia del uso de una figura jurídica que no ha sido declarada legalmente por el representante legal de la empresa que profirió el acto administrativo.

Por lo expuesto, solicita declarar la Resolución 560 del 24 de marzo de 2020 contraria a derecho y por lo tanto ilegal.

II CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

El artículo 20 de la Ley 137 de 1994, establece que el control inmediato de legalidad respecto de las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción.

Asimismo, el numeral 14 del artículo 151 del CPACA, dispone que la competencia para el control inmediato de legalidad de los actos de carácter general que sean proferidos en ejercicio de la función administrativa durante los Estados de Excepción y como desarrollo de los decretos legislativos que fueren dictados por autoridades territoriales departamentales y municipales, corresponde en única instancia al Tribunal del lugar donde se expidan.

En el presente caso, la Resolución 560 del 24 de marzo de 2020 fue expedida por el gerente de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal, por lo que el Tribunal Administrativo de Casanare, es el competente para conocer en única instancia del control inmediato de legalidad del referido acto administrativo.

También es competente el Tribunal para conocer del acto administrativo referido, por cuanto el control inmediato de legalidad opera sobre medidas de carácter general, dictadas en ejercicio de función administrativa, como consecuencia por autoridades administrativas, en desarrollo del decretos legislativos o de las nuevas competencias asignadas por las normas administrativas que el Gobierno Nacional profiera con ocasión de la emergencia de manera transitoria o permanente; conforme al artículo 136 del C.P.A.C.A. Por tanto, el conocimiento de los actos generales que emitan las autoridades con función administrativa municipales, son de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, ligado al factor territorial.

En este caso se trata de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios ESP de acueducto, alcantarillado, aseo y sus actividades complementarias, de naturaleza industrial y comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y capital independiente, de conformidad con la Ley 489 de 1998, del **orden municipal**, y conforme al artículo 5 de la Ley 142 de 1994 la competencia para prestar los servicios públicos esenciales corresponde a los municipios, de tal manera que la EAAAY ESP ejerce en punto de la prestación de servicios públicos función administrativa.

Es del caso precisar que el artículo 136 del C.P.A.C.A. al decir *“tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales ...”*, se refiere a la asignación de competencia territorial, sin que por ello se entienda que quedan excluidas del control inmediato de legalidad las empresas industriales y comerciales del Estado u otras instituciones del orden municipal, cuando profieran actos en ejercicio de función administrativa. Las empresas industriales y comerciales del Estado, están vinculadas, para el caso al ejecutivo municipal, sujetas a control fiscal, su creación es ordenada por acuerdo municipal, están sometidas a la Ley orgánica de presupuesto; están sujetas al régimen privado únicamente para sus efectos negociales, se resalta que los servidores de las entidades descentralizadas tienen la responsabilidad de servidores públicos.¹

2. ACTO ADMINISTRATIVO OBJETO DE CONTROL

El gerente de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado Aseo de Yopal – Casanare, profiere acto *“Por medio de la cual declara una Situación de Emergencia Sanitaria por causa de la Pandemia del Coronavirus CODID-19 y se adoptan medidas especiales”* y en la parte resolutive dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la SITUACIÓN DE EMERGENCIA en la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal, E.I.C.E ESP, con fundamento en el estado de emergencia sanitaria decretado por el

¹ C-736 del 19 de septiembre de 2007. M.P. Macro Gerardo Monroy Cabra. Expedientes D-6675 y D-6688.

Gobierno Nacional a través del Decreto 417 de 2020, reglamentado en lo que atañe a los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y aseo en el Decreto 441 de 2020, la Resolución CRA 911 de 2020, y el Decreto de Calamidad Pública ordenado por el Municipio de Yopal No. 061 de 2020, para atender la situación de emergencia presentada por efectos del virus COVID-19 y las medidas correctivas y prospectivas que se consideren necesarias para mitigar el riesgo de contagio, siempre que dichas acciones tengan relación directa con el objeto misional de la empresa.

ARTÍCULO SEGUNDO. Con base en la Situación de emergencia declarada, la EAAAY EICE ESP, a través de su Gerente podrá realizar todas las actuaciones administrativas y contractuales necesarias, para atender las exigencias que demande la Pandemia del COVID 19, teniendo en cuenta para esta misión institucional los "PLANES DE ACCIÓN" que cada unidad ejecutora de la EAAAY EICE, deberá realizar para definir y justificar ampliamente la necesidad contractual, con las limitantes establecidas en el art. 16 o literal g) y 19 literal d) de la directiva No. 001 de 2013.

ARTÍCULO TERCERO: Durante la vigencia de emergencia declarada, la EAAAY EICE ESP, a través de su Gerente podrá realizarlas labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior de la entidad, pudiendo realizar los traslados, modificaciones y adiciones presupuestales que se requieren, para garantizar el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de las obras necesarias para superar la emergencia que se presenta.

ARTICULO CUARTO: Inmediatamente después de celebrados los contratos originado en la emergencia declarada, éstos y el presente acto administrativo, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará a la Contraloría Departamental de Casanare, para lo de su cargo.

ARTICULO QUINTO: Copia de la presente Resolución remítase a la Alcaldía de Yopal para los fines armónicos de atención prioritaria que la pandemia del COVID - 19, de conformidad con los decretos 440 y 441 expedido por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria, y el de "Calamidad Pública ordenada por el municipio mediante decreto 061 de 2020.

ARTÍCULO SEXTO: De conformidad con el Art. 136 de 1434 de 2011 remítase vía correo electrónico copia de la presen e Resolución a la Jurisdicción Contencioso Administrativo para su respectivo control de legalidad.

ARTÍCULO SÉPTIMO: VIGENCIA. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición”.

3. DECLARACIÓN DEL ESTADO DE EMERGENCIA POR EL GOBIERNO NACIONAL.

DECRETO 417 DEL 17 DE MARZO DE 2000

El señor presidente de la República con la firma de todos los ministros del gabinete, a través del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, consideró entre otros aspectos que debido a la expansión en el territorio nacional del brote de enfermedad por nuevo coronavirus - COVID-19 y cuyo crecimiento exponencial es previsible, sumado a los efectos económicos negativos que se han venido evidenciando, es un hecho que además, de ser una grave calamidad pública, constituye en una grave afectación al orden económico y social del país que justifica la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social, toda vez que se trata de situaciones diferentes a las que se refieren los artículos 212 y 213 de la Constitución Política.

Asimismo, indicó que de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, es procedente la declaración del Estado de Emergencia por lo que en la parte resolutive dispuso:

“ARTÍCULO 1. Declárese el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de este decreto.

ARTÍCULO 2. El Gobierno nacional, ejercerá las facultades a las cuales se refiere el artículo 215 de la Constitución Política, el artículo 1 del presente decreto y las demás disposiciones que requiera para conjurar la crisis.

ARTÍCULO 3. El Gobierno nacional adoptará mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo.

ARTÍCULO 4. El Presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación”.

DECRETO 440 DEL 20 DE MARZO DE 2020

El presidente de la República con la firma de todos los ministros del gabinete expidió el Decreto 440 del 20 de marzo 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 COV/D-19"*, consideró entre otros aspectos que:

"Una de las principales medidas, recomendadas por la Organización Mundial de la Salud, es el distanciamiento social y aislamiento, para lo cual, las tecnologías de la información y las comunicaciones y los servicios de comunicaciones, en general, se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección de la vida y la salud de los colombianos.

Que el artículo 3 del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 resolvió adoptar mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo

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”.

Por lo que, en la parte resolutive, indicó:

“Artículo 7. Contratación de urgencia. Con ocasión de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica, y en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, **se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud. Las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se regirán por la normatividad vigente.**

Con el mismo propósito, las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 podrán contratar de manera directa esta clase de bienes y servicios.

(...)

Artículo 11. Vigencia. Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación y produce efectos durante el estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-1” (Resalta la Sala).

De conformidad con el marco normativo expuesto, el Gobierno Nacional autorizó a las entidades y empresas que conforman el Estado, para que en distintos aspectos relacionados con el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, expidieran los actos administrativos relacionados con la administración pública y las competencias asignadas, **para lo cual deberán atender de manera clara y precisa los límites fijados en los decretos referidos, respecto de la habilitación para la contratación directa, previa declaratoria de urgencia manifiesta.**

NATURALEZA DEL MEDIO DE CONTROL Y SU ALCANCE RESPECTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

La Constitución Política establece en los artículos 212 a 215 lo referente a los estados excepción y determina de manera clara la procedencia y la forma para declararlos.

Por utilidad conceptual la Sala acoge lo expuesto por el Consejo de Estado en consulta del 30 de mayo de 2017², en cuanto precisa lo siguiente:

- El artículo 215 permite activar un estado de emergencia por hechos sobrevinientes que perturben gravemente el orden económico, social o ecológico o que constituyan grave calamidad pública. Esto es, *“cuando el desorden amenaza de manera objetiva con superar niveles críticos poniendo en peligro factores esenciales de la convivencia, hasta el punto en que resulta incontrolable con base en los poderes ordinarios, deberá recurrirse a los poderes excepcionales.”*
- La declaración de esta emergencia habilita al presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

En cuanto a la declaratoria, advierte la Sala de Consulta que se deben observar cómo requisitos de forma los siguientes:

“(i) estar suscrita por el Presidente de la República y todos los ministros (artículo 215 C.P. y 46 de la Ley 137 de 1994); (ii) ser motivada (la Corte Constitucional exige que la motivación sea adecuada y suficiente y en algunos casos la ha considerado un requisito sustancial³); (iii) establecer claramente su duración y sujetarse al límite temporal previsto en la Constitución (periodos de hasta treinta días que sumados no excedan de noventa días en el año); (iv) determinar claramente el ámbito territorial de aplicación; (v) si no se hallare reunido, convocar al Congreso de la República; (vi) remitir la declaratoria de emergencia a la Corte Constitucional al día siguiente de su adopción para la revisión automática de constitucionalidad; y (vii) por mandato del artículo 16 de la Ley 137 de 1994, comunicar la decisión tanto al Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas como al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos”⁴.

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Radicación: 11001-03-06-000-2017-00092-00(2342), Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR, C.P. ÁLVARO NAMÉN VARGAS

³ Sentencia [C-254 de 2009](#). En esta sentencia se consideró además que la falta de motivación es insubsanable y que *“no puede ser suplida en el curso del juicio de constitucionalidad mediante el decreto y práctica de pruebas, ni con su referencia a esa declaratoria precedente en el Decreto ahora en revisión, toda vez que en la nueva declaratoria de estado de excepción, se imponía la enunciación siquiera concisa de los hechos y las razones de las ‘diversas manifestaciones sociales’ que habían sobrevenido adicionalmente, con ocasión de la continuada o acrecentada captación ilegal de recursos del público”*.

⁴ Sentencias [C-216 de 2011](#) y [C-670 de 2015](#).

Y en cuanto a los requisitos materiales o de fondo, refiere que según la jurisprudencia⁵, el decreto que declara el estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública debe cumplir un presupuesto fáctico y uno valorativo, cada uno sometido a juicios diferenciados. En el presupuesto valorativo, se debe verificar la gravedad de la afectación al orden económico social y ecológico y la imposibilidad de afrontar la crisis con los mecanismos normativos ordinarios que establece la Constitución. A diferencia del presupuesto fáctico, el presupuesto valorativo no está sometido a un examen objetivo sino de razonabilidad y proporcionalidad⁶.

Los anteriores elementos de forma y de fondo, resultan necesarios para ilustrar el examen de legalidad respecto de los actos administrativos que, dentro de la declaratoria del Estado de Emergencia expidan las entidades del Estado.

En este punto, conviene precisar que La ley estatutaria 137 de 1994, reguló los estados de Guerra Exterior, Conmoción Interior y Emergencia Económica, Social y Ecológica y en el artículo 20 establece:

“Control de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales”.

Frente al control de legalidad, la Sala Plena del Consejo de Estado en providencia del 31 de mayo de 2011⁷, advirtió:

“(…) La Sala Plena ha tenido oportunidad de referirse a los alcances del control automático de juridicidad practicado por el Consejo de Estado respecto de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional como desarrollo de los decretos legislativos que se dictan durante los

⁵ Ver por todas, Sentencia [C-670 de 2015](#).

⁶ Entre otras, Sentencias [C-802 de 2002](#), [C-216 de 2011](#) y [C-670 de 2015](#).

⁷ Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00388-00(CA). Actor: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

estados de excepción. Ha señalado la jurisprudencia, como rasgos característicos del control inmediato de legalidad, entre otros, su carácter jurisdiccional, su integralidad, su autonomía, su inmediatez o automaticidad, su oficiosidad, el tránsito a cosa juzgada relativa, y “su compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos”.

(...)

Asimismo, los rasgos en virtud de los cuales la jurisprudencia de esta Sala ha caracterizado el mencionado control inmediato son:

(i) Su carácter jurisdiccional, habida cuenta de que el examen del acto respectivo se realiza a través de un proceso judicial, de suerte que la naturaleza jurídica de la decisión mediante la cual se resuelve el asunto es una sentencia y los efectos propios de este tipo de providencias serán los que se produzcan en virtud de la decisión que adopte la Jurisdicción acerca de la legalidad del acto controlado;

(ii) Su integralidad, en la medida en que los actos enjuiciados “deben confrontarse con todo el ordenamiento jurídico”⁸ y la fiscalización que debe acometer el juez administrativo respecto del acto respectivo incluye

“... la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de “conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos””⁹;

(iii) Su autonomía, consistente en que resulta “posible realizar su revisión antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la exequibilidad del decreto declaratorio del estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan”¹⁰; lo anterior sin perjuicio de que deban acatarse y respetarse los efectos del fallo de constitucionalidad respectivo si éste ya se ha proferido o en el momento en el cual se profiera, pero sin que ello suponga la existencia de prejudicialidad alguna del juicio de constitucionalidad que adelanta la Corte Constitucional en relación con el proceso que adelanta el Juez Administrativo; cosa distinta es que, en el evento de ser declarado(s) inexecutable(s) el(los) decreto(s) legislativo(s) desarrollado(s) por el acto administrativo cuya conformidad a derecho puede incluso haber sido decidida ya por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta última decisión administrativa pierda

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: CA-011.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Ibidem*.

fuerza ejecutoria, en virtud de lo normado por el artículo 66-2 del Código Contencioso Administrativo¹¹.

(iv) Su inmediatez o automaticidad, reflejada en el deber legal impuesto a las autoridades que expidan el correspondiente acto administrativo para efecto de que lo remitan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo "dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición" - artículo 20 de la Ley 137 de 1994 (...)"

Apoyados en los enunciados pronunciamientos, el Tribunal se aplica al estudio de legalidad de la Resolución 560 del 24 de marzo de 2020.

4. EXAMEN MATERIAL DE LA RESOLUCIÓN 560 DE 2020

4.1 CAUSAS:

Mediante el acto administrativo objeto de control, el gerente de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado Aseo de Yopal E.I.C.E ESP declaró la "**SITUACIÓN DE EMERGENCIA** en la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal, E.I.C.E ESP, **con fundamento en el estado de emergencia sanitario decretado por el Gobierno Nacional a través del Decreto 417 de 2020**, reglamentado en lo que atañe a los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y aseo en el Decreto 441 de 2020, la Resolución CRA 911 de 2020, y el Decreto de Calamidad Pública ordenado por el Municipio de Yopal No. 061 de 2020, para atender la situación de pandemia presentada por efectos del virus COVID-19 y las medidas correctivas y prospectivas que se consideren necesarias para mitigar el riesgo de contagio, siempre que dichas acciones tengan relación directa con el objeto misional de la empresa". (Resalta la Sala).

La anterior declaración, se motivó entre otros, en los siguientes aspectos:

- Que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 30 de la Ley 689 de 2001, dispone expresamente que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no es aplicable a los

¹¹ Precepto que, en lo aquí pertinente, dispone lo siguiente: "Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: (...) 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho".

contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios públicos domiciliarios, salvo que en dicha Ley 142 se disponga otra cosa, siendo su régimen jurídico en materia de contratación, el de Derecho Privado.

- Que en marco de competencias y ante la presentación de casos Covid 19 en Colombia, siendo el primero de ellos el informado el día 7 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 declaró la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y adoptó medidas para hacer frente al virus.
- Que el 17 de marzo de 2020 el Gobierno Nacional a través del Decreto 417 de 2020 declaro "El Estado de Emergencia previsto en el art. 215 de la Constitución Política con el objeto de que se adopten medidas del orden económico, social y ecológico tendientes a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.
- Que dentro medidas adoptadas el Gobierno Nacional a través del Estado de Emergencia, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico "CRA" expidió la Resolución CRA 911 de 2020, *"Por la cual se establecen medidas regulatorias transitorias en el sector de agua potable y saneamiento básico, derivadas de la emergencia declarada por el Gobierno Nacional la causa del COVID -19"*.
- Que dentro en el marco de la Resolución CRA 911 de 2020 se imparten órdenes a los prestadores de servicios públicos de acueducto y alcantarillado a fin de que procedan de manera inmediata y por única vez a la reinstalación y/o reconexión según corresponda, a los usuarios y/o suscriptores de los 'servicios públicos de acueducto y alcantarillado en condiciones de suspensión de corte, y/o a la provisión de métodos alternativos" ello en razón a que la medida más efectiva para prevenir el COVID -19 es lavarse las manos, por lo que se hace necesario que todos los habitantes del territorio nacional dispongan del acceso al agua potable en sus domicilios.
- Que igualmente en el marco del Servicio público de Aseo, la Resolución CRA 911 de 2020 en su capítulo III adopta una serie de medidas en materia de limpieza y desinfección de alto tráfico peatonal público, modificando su frecuencia de dos veces al año, como mínimo una vez a la semana.

- Que con el fin de atender y analizar las disposiciones contentivas en la Resolución CRA 911 DE 2020, se celebró el día 19 de marzo de 2020 en las instalaciones de la EAAAY, reunión con los representantes de la Empresa de Servicios Públicos VEOLA y sus equipos de trabajo, con el fin de establecer mancomunadamente medidas para dar cumplimiento a las disposiciones ordenada por la CRA.
- Que la Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY E.I.C.E, ESP para poder atender y prevenir de manera efectiva la emergencia sanitaria originada del COVID-19 no cuenta en sus inventarios con un stop suficientes de elementos necesarios de limpieza y desinfección necesarios para atender los requerimiento de la CRA a través de su Resolución 911 de 2020.
- Que, ante el avance de la pandemia en Colombia el Gobierno Nacional, departamental y local continúan reglamentado las medidas sanitarias en el país dentro de las cuales se destacan:
- Decreto 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 COV/D-19; el cual en su art. 7º consagra la contratación de urgencia, disponiendo que con ocasión de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica, y en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud, preceptuando el citado artículo que las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se regirán por la normatividad vigente y que las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 podrán contratar de manera directa esta clase de bienes y servicios.

- Que el Decreto 441 de 2020 *"Por el cual se dictan disposiciones en materia de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo para hacer frente al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 417 de 2020"*, reguló en su artículo 1º la Reinstalación y/o reconexión inmediata del servicio de acueducto a los suscriptores residenciales suspendidos y/o cortados. Durante el término de declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por causa de la Pandemia COVID-19".
- Que, la situación del COVID-19 se debe considerar como un evento de caso fortuito o fuerza mayor que puede afectar la ejecución contractual.
- Que, en ese orden de ideas se hace necesario garantizar alternativas URGENTES e INMEDIATAS para atender la crisis de salud pública, las exigencias de la CRA como órgano regulador, y la medida de CALAMIAD PUBLICA decretada por el Municipio de Yopal mediante decreto 061 de 2020, ante la insuficiencia de mecanismos jurídicos que permitan articular la realidad nacional, frente al actuar de las empresas prestadoras de servicios públicos, como es, el caso de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal E.I.C.E - E.S.P, que supla todas y cada una de las necesidades de la entidad en todos aquellos aspectos necesarios para atender sus fines misionales y especialmente aquellos indispensables y de URGENCIA para mitigar la transmisión y propagación del COVID – 19.

Que dentro de la función propias del gerente de la EAAAY EICE ESP, prevista en la Directiva No. 001 de 2013 *"Por medio del cual se reforma los estatutos de la EAAAY FICE ESP"* en su ARTÍCULO 19 Literal d) establece:

Son Funciones del Gerente:

"d) Atender las disposiciones legales emanadas del orden nacional, departamental y municipal y las expedidas por la comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico, y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios"

- Que la Empresa adoptó su Manual de contratación, a través de la Resolución 0920 del 25 de octubre de 2016, que establece en artículo 350 el procedimiento para efectuar CONTRATACION DE URGENCIA, el artículo de la precitada Resolución dispone:

"En situaciones de urgencia, el representante legal u ordenador del gasto, en acto administrativo debidamente motivado, podrá ordenar gastos autorizar pagos, destinados exclusivamente a conjurar la atención de la urgencia.

- Que de conformidad con las definiciones previstas normativamente, las facultades otorgadas a través de las medidas especiales de emergencia sanitaria reguladas por el Gobierno Nacional, la situación de calamidad pública municipal y el manual de contratación de la entidad, se consideran como situaciones de emergencia o urgencia aquellos eventos inesperados y/o súbitos que afecten drásticamente el normal funcionamiento de las obligaciones adquiridas por la EAAAY en materia de prestación de los servicios a su cargo (acueducto y aseo), afectados por la pandemia identificada como Virus COVID 19" como hechos inesperados que afecta drásticamente la prestación del servicio de acueducto, alcantarillado y aseo, por lo que se hace necesario adoptar medidas urgentes de atención inmediata.
- Que en consecuencia, se dan todas las exigencias legales para decretar la SITUACIÓN DE EMERGENCIA por parte del Gerente en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal E.I.C.E - E.S.P., quien podrá celebrar CONTRATACION DIRECTA del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, de conformidad con los PLANES DE ACCIÓN consolidados y aprobados por cada una de las unidades ejecutoras (Dirección Administrativa y financiera, Dirección Técnica, Dirección de Aseo y Dirección Comercial), esos PLANES DE ACCION hacen parte integral de la presente Resolución de Emergencia, y su vigencia será por el término de noventa (90) días contados a partir de la fecha de expedición del presente acto administrativo.

4.2 PERTINENCIA

Lo primero que debe resaltar la Sala, como advertencia metodológica, para entender la providencia es que se exponen cuatro ejes temáticos y una conclusión.

Primer eje temático – Motivación del acto:

La Resolución 0560 del 24 de marzo de 2020, emitida por la EAAAY ESP, declara la situación de emergencia y en su motivación afirma que conforme el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, se trata de resolver la emergencia sanitaria que ya había sido declarada por la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, - es del caso precisar que en el mencionado Decreto legislativo 417 se declara la emergencia Económica, Social y Ecológica, no la sanitaria como se afirma en el acto estudiado-; la Resolución sub examine, se apoya igualmente en el Decreto 441 de 2020, que establece una regulación para los servicios públicos esenciales en el marco de la emergencia; en la Resolución CRA 911 de 2020, por medio de la cual se dan instrucciones para ejecutar el citado Decreto 441; y por último se apoya en el Decreto local 061 del 22 de marzo de 2020, por medio del cual el alcalde de Yopal declara la situación de calamidad pública.

El acto observado, en su motivación hace derivar el concepto de emergencia de que trata el artículo 215 de la C.P., siendo esta una facultad privativa del presidente de la República que otorga competencias permanentes o transitorias a las autoridades que ejercen función administrativa en el Estado colombiano.

Segundo eje temático– emergencia sanitaria:

La emergencia sanitaria fue declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para todo el territorio nacional por medio de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 y dicha emergencia está reglamentada por la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, que en su artículo 69 dispone que el Ministerio de Salud podrá decretar la emergencia sanitaria; esta normativa se complementa con el Decreto 780 del 6 de mayo de 2016, *“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección*

Social” y con el Decreto Ley 4107 del 2 de noviembre de 2011”por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social”.

La Resolución observada en su parte resolutoria, no declaró la emergencia sanitaria, ni en la parte motiva hizo referencia expresa a su intención de declarar este tipo de emergencia.

Tercer eje temático – Situación de desastre y calamidad pública:

Mediante la Ley 1523 del 24 de abril de 2012, se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el sistema nacional de gestión del riesgo de desastres y en su artículo 57, a nivel municipal faculta solo al alcalde para declarar la situación de calamidad pública en la respectiva jurisdicción, situación que fue declarada por el alcalde de Yopal mediante el Decreto 061 del 22 de marzo de 2020; el artículo 65 de la Ley 1523 establece el régimen contractual que debe aplicarse en la situación de desastre y calamidad pública.

Esta situación de desastre y calamidad pública, solamente la puede declarar el alcalde municipal para su jurisdicción y por ésta vía establecer el régimen de contratación que sea necesario para conjurar la situación de desastre o calamidad pública. La Resolución 0560 del 24 de marzo de 2020, no fue emitida por el alcalde municipal y no se declaró situación de desastre o calamidad, sino de emergencia.

Cuarto eje temáticos – urgencia manifiesta:

La declaración de urgencia manifiesta, es una modalidad legal de contratación pública distinta de la contratación ordinaria reglada por la Ley 80 de 1993 y está definida en su artículo 42 como una circunstancia que exige con carácter urgente, la continuidad de los servicios públicos que se han afectado por desastres o calamidades o emergencias que deben ser atendidas mediante la ejecución de obras o prestación de servicios de manera inmediata. El acudir al proceso ordinario de contratación, en estos eventos, haría tardía la asistencia del Estado para resolver una situación concreta. La urgencia manifiesta se puede declarar en los estados de

emergencia del artículo 215 de la C.P., en situaciones de desastre o calamidad de que trata la Ley 1523 de 2012 o en estados de emergencia sanitaria como la que trata la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020.

En la parte motiva de la Resolución bajo examen, se hace referencia a la necesidad de declarar la urgencia manifiesta y el gerente de la EAAE ESP estaría facultado para ello cumpliendo los procedimientos de sus propios estatutos para su declaratoria, pero dicha declaratoria no aparece en la parte resolutoria del acto administrativo general 0560 del 24 de marzo de 2020. Es del caso traer a colación lo dispuesto por el Decreto 440 del 20 de marzo 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 COV/D-19*", que en su artículo 7 previamente transcrito, dispone que con ocasión de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica, y en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se entiende comprobado el hecho que da lugar **a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales**, para la contratación directa y en el caso bajo estudio, tal como lo conceptúa el Ministerio Público, en el acto administrativo objeto de control de legalidad no se declaró la urgencia manifiesta.

Recapitulando, el funcionario que expidió el acto administrativo general examinado carece de competencia para declarar la "SITUACIÓN DE EMERGENCIA" y de ello derivar las medidas tomadas en los siguientes artículos, pues analizando los posibles escenarios jurídicos, la parte resolutoria no se encuentra en concordancia con la motiva de tal manera que exista un acto administrativo debidamente motivado y congruente con la norma jurídica que pretende incorporar, de tal manera que no cumple con el presupuesto de pertinencia.

Por lo previamente analizado, se declara la nulidad del acto sub examine por falta de competencia de quien lo emitió.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución 560 del 24 de marzo de 2020, proferida por el gerente de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal, E.I.C.E ESP, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Notificar esta sentencia al representante legal de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal, E.I.C.E ESP y al Ministerio Público, a través del buzón electrónico, utilizando los medios tecnológicos disponibles por la Secretaría de la Corporación.


TERCERO: Por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, se ordena que la presente decisión sea comunicada en el portal web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en el link control automático de legalidad habilitado por el CSJ en la página web de la rama.

CUARTO: En firme la presente decisión, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


AURA PATRICIA LARA OJEDA
Magistrada


JAIRO HUMBERTO RODRÍGUEZ ACOSTA
CONJUEZ


aclarado en casa
DL 491/2020 a 13

NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ
Magistrado
Con aclaración y salvamento parcial de voto



JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado
Con salvamento de voto