



Tribunal Administrativo de Boyacá

Sala Plena

Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, junio diecinueve (19) dos mil veinte (2020)

Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020

Medio de Control: Control inmediato de legalidad

Autoridad: **Municipio de Pesca**

Expediente: 15001-23-33-000-2020-00808-00

De conformidad con los artículos 185 y 187 de la Ley 1437 de 2011, procede la Sala Plena de este Tribunal a proferir sentencia de única instancia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

I.1. Trámite:

El Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 417 del 17 de marzo de 2020 y declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica, en adelante EESE, en todo el territorio nacional por el término de 30 días calendario, contados a partir de su expedición.

En virtud de la expedición ese decreto, el Tribunal Administrativo de Boyacá expidió la Circular No. 03 del 24 de marzo de 2020 y requirió a las autoridades departamentales y municipales ubicadas dentro del Distrito Judicial de Boyacá para que remitieran los actos administrativos proferidos en desarrollo de la mencionada declaratoria y las que en futuro se decreten, a efecto de ejercer el control inmediato de legalidad previsto en los artículos 136 del CPACA y 20 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994). En acatamiento de lo anterior, el **Municipio de Pesca** remitió el **Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020** por medio de mensaje de datos.

1.2. Auto que avoca conocimiento (Archivo No. 5):

*Mediante auto proferido el 14 de mayo de 2020, el Despacho resolvió, entre otras cosas, (i) avocar para control inmediato de legalidad en única instancia el **Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020** expedido por el **Alcalde del Municipio de Pesca** y (ii) ordenar que, dentro del término de cinco días, se remitieran los antecedentes administrativos de dicho acto administrativo.*

1.3. Intervenciones:

1.3.1. Alcalde del Municipio de Pesca (Archivo No. 11):

Allegó los Decretos No. 027 de 16 de marzo, 028 de 17 de marzo, 032 de 19 de marzo de 2020 y 033 de 24 de marzo de 2020, los cuales reposan en los archivos 12 a 16 del expediente.

1.3.2. Ciudadanía:

Dentro del término concedido en virtud del numeral 2º del artículo 185 del CPACA, ningún ciudadano presentó escrito de intervención.

1.4. Concepto del Ministerio Público (Archivo No. 18):

El señor Procurador 122 Judicial II delegado ante este Tribunal, considera que debe declararse la legalidad del decreto bajo examen.

Se pronunció sobre: (i) los estados de excepción; (ii) el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y (iii) las características del control inmediato de legalidad.

Luego, citó el artículo 42 de la Ley 80 de 1993; la sentencia C-772 de 1998; la sentencia proferida por la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 7 de febrero de 2011 con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa (exp. 34425) y el Concepto No. 2018-00229-00 de 19 de febrero de 2019 expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma Corporación, para señalar que la finalidad del D.L. 440 de 2020 fue permitir que las autoridades administrativas, especialmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, pudieran 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.

Por lo anterior, consideró probado que los hechos aducidos por el alcalde municipal como motivación para declarar la urgencia manifiesta fueron reales y que se ajustaron a los presupuestos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993.

Además, indicó que “la motivación que se expuso en el acto objeto de control es tendiente a afrontar el estado de emergencia y calamidad pública con ocasión al Covid-19 y con el fin de proteger la vida y la integridad de los habitantes del municipio de Pesca. Así, el objeto de la urgencia manifiesta solo se circunscribió a conjurar los efectos de la pandemia del coronavirus; y si bien no se definió cuales contratos se van a celebrar, su objeto si es claro y específico, tales como adquirir elementos, bienes, insumos y servicios para contener el COVID19.”

II. CONSIDERACIONES

Procede la Sala Plena a determinar la legalidad del Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020 “POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA LA URGENCIA MANIFIESTA EN EL MUNICIPIO DE PESCA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES” expedido por el Alcalde del Municipio de Pesca.

2.1. Del control inmediato de legalidad:

El artículo 20 de la Ley 137 de 1994 “Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia” dispuso que 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. En igual sentido lo dispuso la Ley 1437 de 2011 en el inciso 1º del artículo 136.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en auto proferido el 14 de mayo de 2020 con ponencia del Consejero Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio, dentro del proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2020-01882-00, al examinar la Resolución No. 223 de 17 de abril de 2020 expedida por la Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental, dijo:

“El control inmediato de legalidad es el instrumento a través del cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo revisa de manera automática

la legalidad de las decisiones de carácter general que son dictadas por las autoridades administrativas en desarrollo de los decretos legislativos con el fin de verificar que estén conformes con los fines del estado de excepción de que se trate y no desborden las facultades de la administración.

Se trata de una figura excepcional y específica que implica que las autoridades administrativas que expidan actos de contenido general en el marco de los decretos legislativos dictados durante la vigencia de un estado de excepción remitan sus decisiones a la autoridad judicial para su revisión y en caso de que no lo hagan, que la misma autoridad proceda de manera oficiosa, según lo previsto en el artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Su ejercicio no impide que la medida objeto de control se materialice, toda vez que en el caso de los estados de excepción normalmente se requiere la adopción de decisiones urgentes que conlleven a mitigar la situación de emergencia que deriva su declaratoria.”

En la misma providencia, se indicó, además, que se trata de una garantía adicional de los derechos del ciudadano y de la legalidad abstracta frente al ejercicio de los inusuales poderes del ejecutivo durante los Estados de Excepción.

A su turno, en el auto proferido el 22 de abril de 2020 dentro del proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2020-01163-00, con ponencia de la Consejera Doctora Stella Jeannette Carvajal Basto, explicó las características del control inmediato de legalidad, así:

*“Ha destacado, igualmente, las características del control inmediato de legalidad, a saber: (i) **su carácter jurisdiccional**: por lo tanto, la naturaleza del acto que lo decide es una sentencia; (ii) **es inmediato y automático** porque una vez se expide el reglamento por el Gobierno Nacional se debe remitir para ejercer el examen, por lo que no requiere de una demanda formal. De igual forma, ha precisado que la norma debe ejecutarse inmediatamente, pues hasta tanto no se anule, goza de la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos y no requiere su publicación en el diario o gaceta oficial para que proceda el control; (iii) **es oficioso**, porque de incumplirse con el deber de envío a esta jurisdicción, el juez competente queda facultado para asumir el conocimiento; (iv) **es autónomo** porque el control se puede realizar antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la exequibilidad del decreto declaratorio y de los decretos legislativos que lo desarrollan; (v) **hace tránsito a cosa juzgada relativa** porque el juez contencioso administrativo, en cada caso, tiene la facultad de fijar los efectos de su pronunciamiento; (vi) **el control es integral** dado que es un control oficioso, en el que el juez contencioso administrativo asume el control completo de la norma (competencia para expedir el acto, cumplimiento de requisitos de fondo y forma, conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación y la proporcionalidad)¹ y (vii) **es compatible y/o coexistente** con los cauces procesales ordinarios, por lo que puede ejercerse*

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 20 de octubre de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00549 (CA), MP. Mauricio Fajardo Gómez.

la acción pública de nulidad contra los actos administrativos que se adopten en desarrollo de los derechos legislativos².” (Negrilla del original)

2.2. Del estado de emergencia económica, social y ecológica (EEESE)

El Capítulo 6 – “DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN” de la Constitución Política, prevé en el artículo 215:

“ARTICULO 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.”

En virtud de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 417 de 17 de marzo de 2020 “Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica en todo el territorio Nacional”, en atención a los requerimientos de la Organización Mundial de la Salud y la existencia del primer caso de Covid-19 en el territorio nacional.

Para ello argumentó que “ante la insuficiencia de atribuciones ordinarias con las que cuentan las autoridades estatales para hacer frente a las circunstancias imprevistas y detonantes de la crisis económica y social generada por la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19” se hacía “necesario adoptar medidas extraordinarias que permit[ieran]

² En este mismo sentido Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, radicación 11001-03-15-000-2010-00388-00(CA).

conjurar los efectos de la crisis en la que está la totalidad del territorio nacional, en particular, aquellas que permit[ieran] acudir a mecanismos de apoyo al sector salud, y mitigar los efectos económicos que está enfrentando el país.”; en consecuencia, era necesario recurrir a las facultades del Estado de Emergencia con el fin de “dictar decretos con fuerza de ley que permitan conjurar la grave crisis generada por el nuevo Coronavirus Covid-19 debido a la propagación y mortalidad generado por el mismo, el pánico por la propagación y las medidas de contención decretadas por cada Estado para evitar una mayor propagación.”. Por estas y otras razones, decretó:

“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.”

La Corte Constitucional en la Sentencia C-145 de 2020 declaró exequible el decreto, según informa la página de noticias de esa Corporación, por las siguientes razones:

“La Corte Constitucional encontró ajustado a la constitución el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, “por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”.

Para la Corte, el Presidente de la República junto a quienes integran el Gobierno Nacional, lejos de haber incurrido en una valoración arbitraria o en un error de apreciación manifiesto, ejercieron apropiadamente sus facultades dentro del margen razonable de análisis que establece la Constitución.

(...)

Bajo este entendido, para la Corte Constitucional no cabe duda de que las dimensiones de la calamidad pública sanitaria y sus efectos en el orden económico y social son devastadoras, al producir perturbaciones o amenazas en forma grave e inminente que impactan de manera traumática y negativamente en la protección efectiva de los derechos constitucionales de millones de personas.

La Corte consideró la gravedad que implica el volumen de infectados y personas fallecidas y la posibilidad de poner en serio peligro a los colombianos al desconocerse aún la cura del COVID-19, con grandes repercusiones económicas y sociales al desequilibrar intensamente la sostenibilidad individual, de los hogares y de las empresas, así como las finanzas del Estado.”

Mediante el **D.L. No. 637 de 6 de mayo de 2020**, el Presidente de la República declaró nuevamente el EESE en todo el territorio nacional por el término de 30 días calendario contados desde la vigencia del acto administrativo. Esta Sala no se detendrá sobre esta norma en tanto la disposición que se analiza fue expedida el 25 de marzo de 2020, antes de su expedición.

2.3. De la urgencia manifiesta:

Con ocasión del Decreto Legislativo No. 417 de 17 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto Legislativo No. 440 de 20 de marzo de 2020** “[p]or el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”, allí el Presidente de la República reguló, entre otros asuntos: 1) las audiencias públicas en los procedimientos de selección; 2) los procedimientos sancionatorios; 3) la suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de actos de apertura; 4) la utilización de los instrumentos de agregación de demanda; 5) la adquisición en grandes superficies; 6) adición y modificación de los contratos estatales. En lo que concierne a la **contratación de urgencia**, previó:

“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 registrarán 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.” (Resaltado fuera del original)

Concretamente, frente al asunto antes referido, se dispuso que se hacía necesario tomar algunas medidas en materia de contratación estatal, **con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia**. Ello, aunado a que las autoridades administrativas pudieran 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.

Este acto administrativo estuvo vigente desde la fecha de su publicación y, en el artículo 11, estableció que “produce efectos durante el estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”

El artículo 42 de la Ley 80 de 1993, prevé:

“ARTÍCULO 42. DE LA URGENCIA MANIFIESTA. Existe urgencia manifiesta cuando la **continuidad del servicio** exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; **cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción**; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten **acudir** a los procedimientos de selección o ~~concurso~~ públicos.

La urgencia manifiesta se declarará mediante **acto administrativo motivado**.

PARÁGRAFO. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.” (Negrilla fuera de texto)

De otra parte, el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, consagra que la contratación directa, procederá, entre otros casos, cuando se presenta la **urgencia manifiesta**.

La Corte Constitucional, en la Sentencia **C-772 de 1998**, al estudiar la exequibilidad⁴ del párrafo del artículo 42 antes citado, explicó que la urgencia manifiesta (i) es una situación que se puede decretar directamente por cualquier autoridad administrativa, sin que medie autorización previa, a través de acto administrativo debidamente motivado; (ii) existe o se configura cuando se acrediten los siguientes presupuestos: a) cuando la continuidad del servicio exija el suministro de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras y b) cuando se presenten situaciones relacionadas con los **estados de excepción**; entre otros, y (iii) le permite a la autoridad administrativa:

“- Realizar de manera directa, en sus propios presupuestos, los ajustes o modificaciones presupuestales a que haya lugar, **de conformidad con lo previsto en la ley orgánica de presupuesto. (Parágrafo 1o. artículo 41 Ley 80 de 1993)**

³ Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007

⁴ En la sentencia se resolvió: “Declarar **EXEQUIBLE** el párrafo único del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendimiento de que los traslados presupuestales internos a que se refiere dicha norma, se efectúen afectando exclusivamente el anexo del decreto de liquidación del Presupuesto.”

- Hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente. **(Parágrafo único artículo 42 Ley 80 de 1993)**” (Resaltado del original)

Se trata de una decisión adoptada por cualquier autoridad mediante acto administrativo motivado que se expide cuando se exija la continuidad del servicio y se requiera el suministro de bienes, servicios u obras. Esta procede cuando se trate de conjurar situaciones relacionadas con hechos de calamidad que demanden actuaciones inmediatas o cuando ocurran situaciones que impidan acudir a los procesos de selección ordinarios.

Al respecto, es importante indicar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto No. 677 de 24 de marzo de 1995, explicó:

“7° Como expuso la Sala en concepto de 4 de marzo de 1994 (radicación 587), del artículo 42, inciso 2° de la ley 80 de 1993, se infiere que “... la declaratoria de urgencia puede referirse a uno o varios contratos que se funden en el mismo motivo; pero, en la motivación se debe hacer referencia específica a cada uno de los contratos que se vayan a celebrar con el objeto de señalar claramente su causa y finalidad. (subraya la Sala)

Así las cosas, la administración pública está limitada a celebrar los contratos que prescriba en el acto de declaración de urgencia manifiesta, siendo imposible, por lo mismo, que posteriormente a dicha declaración se incluyan nuevos contratos por idénticos motivos de urgencia; de esta manera, se establece control sobre el ejercicio de la contratación directa que tiene carácter excepcional.

(...)

9° De otro lado, habiendo sido declarada la urgencia manifiesta sin que con base en ella se hubieran celebrado los contratos necesarios, se debe examinar la situación posteriormente para verificar si en verdad la urgencia subsiste y es imposible esperar el término que se emplea en una licitación o concurso públicos, conforme lo establece el artículo 30 de la ley 80 de 1993. En tal evento la administración debe proceder de nuevo a declarar la urgencia, exponiendo los motivos en que se fundamenta y señalando todos los contratos que se deben celebrar.” (Resaltado fuera de texto)

Criterio que fue reiterado en el Concepto No. 1.200 de 24 de junio de 1999 con ponencia del Consejero Doctor Augusto Trejos Jaramillo.

En ese sentido, de conformidad con el concepto antes citado, la urgencia manifiesta es un mecanismo al cual se debe recurrir cuando las condiciones normales de la administración se vean alteradas por situaciones, por ejemplo, de calamidad o fuerza mayor que impidan adelantar el proceso licitatorio, la elaboración de pliegos de condiciones, avisos, presentación de propuestas, etc.

Esta se concentra, fundamentalmente, en asuntos netamente contractuales, es decir, todo el procedimiento precontractual se reduce a un acto administrativo que da lugar a la contratación directa, dada la necesidad de no interrumpir la prestación de un servicio. Incluso, esta se sustenta en 3 principios:

- a. *Principio de necesidad: debe existir una situación real que amenace el interés público que hace necesaria la adopción de medidas inmediatas y eficaces para enfrentarla.*
- b. *Principio de economía: se exige la suscripción del negocio jurídico para mitigar la amenaza o el peligro, a través de la contratación directa.*
- c. *Principio de legalidad: procede por las situaciones contenidas expresamente en la norma.*

Aunado a lo anterior, en la sentencia proferida por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la misma Corporación el **7 de febrero de 2011** dentro del proceso radicado con el número 11001-03-26-000-2007-00055-00(34425) y con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, discurrió⁵:

“En otras palabras, si analizada la situación de crisis se observa que la Administración puede enfrentarla desarrollando un proceso licitatorio o sencillamente acudiendo a las reglas de la contratación directa, se hace imposible, en consecuencia, una declaratoria de urgencia manifiesta. (...) En este orden de ideas, “la urgencia manifiesta procede en aquellos eventos en los cuales puede suscitarse la necesidad de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad o hechos constitutivos de fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia obviamente resulta

⁵ Y también dijo: “A todo lo expuesto en los pronunciamientos en referencia, la Sala estima pertinente agregar en esta oportunidad que las medidas que se adopten y el objeto de los contratos que se celebren por la vía de la contratación directa, en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta, no solo deben guardar directa relación con el estado de crisis que se pretende mitigar, sino que, además, las estipulaciones contractuales en torno al precio y plazo que se pacten para su ejecución igualmente deben responder a la urgencia y necesidad que motivó su celebración.

(...)

Obrar de la manera señalada en los dos ejemplos anteriormente planteados podría fácilmente dar lugar a colegir que la celebración de los respectivos contratos, más allá de obedecer a las razones de inminente necesidad en que se habría de sustentar la declaratoria de urgencia manifiesta, en realidad se habría apoyado en la firme intención de burlar el principio de selección objetiva, a través de la pretermisión de la licitación pública, en provecho de intereses particulares, análisis que de todas maneras corresponderá abordar en cada caso concreto como a continuación se procederá.” (Se destaca)

entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño”.

Por otra parte, para la Sala resulta claro que uno de los elementos esenciales de la urgencia manifiesta **lo constituye la obligación de verificar que el objeto del contrato necesita su permanencia, es decir, que se requiere garantizar por parte de la Administración la continuidad de un servicio que exige suministro de bienes, ejecución de obras o la propia prestación de servicios.**

(...)

“Para esta Sala, es importante señalar que la urgencia manifiesta, aunque implique la posibilidad legal para celebrar contratos de forma directa e inmediata, **bajo ninguna circunstancia puede convertirse en una regla general o en un instrumento discrecional en manos de las autoridades públicas, todo lo contrario, su aplicación es de derecho estricto y procede previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993.** En conclusión, la contratación por la vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraria a los principios de la contratación estatal, es decir, se debe **garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados.**”

Así mismo, precisó:

“Así, en primer lugar, el legislador (artículo 42) exige que la urgencia manifiesta se declare mediante acto administrativo motivado. Cabe señalar que dicho acto se enmarca dentro de las competencias discrecionales de la entidad contratante, puesto que pese a tener que sujetarse a requisitos formales, **la declaración de urgencia depende completamente de los motivos de mérito o conveniencia que valore el respectivo funcionario.** Por esta razón, el acto debe motivarse con razones ciertas y convincentes que permitan verificar la verdadera necesidad de la Administración de recurrir a este mecanismo de contratación.

Ahora bien, esta exigencia del legislador, respecto de la motivación del acto, resulta lógica, en la medida que las circunstancias les permitan a los responsables de la Administración proferirlo, de lo contrario, la Administración podría hacerlo verbalmente y con posterioridad constituir la prueba de esta situación en el informe que debe elaborar para el correspondiente control fiscal.

De otra parte, de esta disposición se infiere que la declaratoria de urgencia puede referirse a uno o varios contratos que se funden en el mismo motivo; pero, en la motivación se debe hacer referencia específica a cada uno de los contratos que se vayan a celebrar con el objeto de señalar claramente su causa y finalidad.

(...)

2.3. Para esta Sala, es importante señalar que la urgencia manifiesta, aunque implique la posibilidad legal para celebrar contratos de forma directa e inmediata, **bajo ninguna circunstancia puede convertirse en una regla general o en un instrumento discrecional en manos de las autoridades públicas, todo lo contrario, su aplicación es de derecho estricto y procede**

previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993.

*En conclusión, la contratación por la vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraria a los principios de la contratación estatal, es decir, **se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato** y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, **prestar un buen servicio público a los administrados.**” (Resaltado fuera del texto original)*

*En efecto, la declaratoria de la urgencia manifiesta debe estar debidamente motivada y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. Así mismo, en la sentencia antes traída en cita, se señaló que “la administración pública está limitada a celebrar los contratos que prescriba en el acto de declaración de urgencia manifiesta, siendo imposible, por lo mismo, que posteriormente a dicha declaración se incluyan nuevos contratos **por idénticos motivos de urgencia; de esta manera, se establece control sobre el ejercicio de la contratación directa que tiene carácter excepcional.**”, por eso, si con base en la urgencia manifiesta no se celebran los contratos necesarios, deberá verificarse si la urgencia subsiste y, consecuentemente, proceder **de nuevo a declararla “exponiendo los motivos en que se fundamenta y señalando todos los contratos que se deben celebrar”**”.*

*Entonces, la declaratoria de urgencia manifiesta debe obedecer a los principios de necesidad, economía y legalidad, entendidos estos como (i) la existencia de una situación real que amenace el interés público; (ii) **la suscripción de un negocio jurídico dirigido a mitigar la amenaza o el peligro a través de la contratación directa** y (iii) la procedencia de aquella solo por las situaciones contenidas en la norma, sin que puedan exponerse razones distintas para soportarla⁶.*

*A más de lo anterior, debe precisarse que el acto administrativo por el cual se declara la urgencia manifiesta, **tiene naturaleza precontractual**. Así lo sostuvo la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia de 27 de abril de 2006 (rad. 14275 – 05229) con ponencia del Dr. Ramiro Saavedra Becerra, cuando indicó:*

*“Es evidente entonces, que ese acto administrativo, **mediante el cual se declara la existencia de la urgencia manifiesta** y se determina, ordena o autoriza la celebración de contratos en forma directa, obviando los procedimientos de selección que normalmente deben adelantarse para escoger a los contratistas, **constituye una decisión administrativa previa a la celebración de los respectivos contratos** y que da lugar o conduce a la misma, es decir que corresponde a lo que tradicionalmente se ha conocido en la doctrina y la jurisprudencia, **como actos administrativos precontractuales**,”*

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia proferida el 16 de julio de 2015, en el proceso radicado con el número 76001-23-31-000-2002-04055-01(41768), con ponencia del Consejero Doctor Hernán Andrade Rincón (E); siendo demandante Carlos Alberto Zabaleta Barreto y demandado el Municipio La Victoria.

los cuales son susceptibles de control judicial no a través de la acción contractual, procedente en el evento de los actos contractuales, sino mediante el ejercicio de la acción de nulidad y de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.”

*Nótese entonces que el acto que declara la urgencia manifiesta, no se limita a considerar la existencia del hecho que la justifica, sino y, de forma primordial, es el acto que **sustituye todos los procedimientos previos a la contratación**. En ese contexto, en principio, de acuerdo con la jurisprudencia traída en cita, resulta imprescindible referir los contratos que se pretenden suscribir para mitigar los efectos de los hechos que dan lugar a la urgencia manifiesta.*

*No obstante, si se revisa con detenimiento el decreto legislativo que tomó medidas sobre asuntos contractuales, se evidencia que la inminencia e imprevisibilidad de los hechos es irrefutable, esencialmente por esta razón el Gobierno Nacional hizo énfasis en la necesidad de adelantar procedimientos de contratación **expeditos**.*

En ese orden de ideas, si el hecho es apremiante, pero, además, tiene la connotación de incertidumbre pues no se trata de una situación estática, sino que, por el contrario, es el tiempo el que va evidenciando su evolución, es necesario dar cabida a que no es posible alcanzar de la manera como lo señala el Consejo de Estado, el grado de precisión esperado. El fin de la urgencia manifiesta es dar respuesta inmediata a las necesidades que surgen a partir de una situación de calamidad y emergencia, pero dadas las especiales características de una pandemia, incluso el desconocimiento mundial del virus que la ha generado, es necesario modular el rigor anotado para dar alcance a la presunción de la urgencia y cabida a un análisis amplio de las necesidades a cubrir.

En línea con lo anterior, es menester precisar que si bien la jurisprudencia exige que en la parte motiva se indiquen los negocios jurídicos que se van a celebrar, este requisito debe ser flexibilizado para poder atender a las necesidades, también impredecibles, para la comunidad.

En ese contexto, el control que guiará esta decisión examinará no sólo la parte resolutive del acto, sino que también admitirá que la urgencia haya sido expuesta en las motivaciones de la decisión, es decir, que las necesidades contractuales de urgencia hayan sido manifestadas en las consideraciones. Al respecto y, en materia de la motivación de los actos administrativos, precisó el Consejo de Estado en reciente sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección “A” el 5 de julio de

2018, C.P. Doctor Gabriel Valbuena Hernández, expediente con Rad. No.:
110010325000201000064 00 (0685-2010) Actor: Jorge Humberto Valero Rodríguez:

“...Con el fin de analizar este punto, es aconsejable resaltar que la motivación de los actos administrativos constituye un elemento necesario para la validez de un acto administrativo. Es condición esencial que existan unos motivos que originen su expedición y que sean el fundamento de la decisión que contienen.

En otras palabras, deben existir unas circunstancias o razones de hecho y de derecho que determinan la expedición del acto y el contenido o sentido de la respectiva decisión.

Los motivos son entonces el soporte fáctico y jurídico que justifican la expedición del acto administrativo y el sentido de su declaración y, por lo general, cuando por disposición legal deben ponerse de manifiesto, aparecen en la parte considerativa del acto. En todo caso, aunque no se mencionen expresamente los motivos, debe existir una realidad fáctica y jurídica que le brinde sustento a la decisión administrativa, que normalmente está contenida en los "antecedentes del acto" representados por lo general en distintos documentos, como estudios, informes, actas, etc....” (Resaltado fuera de texto)

Entonces, a este criterio más amplio en relación con la motivación de la urgencia manifiesta se dará cabida en este caso pues este Tribunal no pierde de vista dos situaciones:

i) Las circunstancias particulares que dieron lugar a la urgencia manifiesta, ampliamente expuestas en el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020 cuando el Presidente de la República conforme a las cuales según la OMS “la pandemia del nuevo coronavirtus - COVID-19, es una emergencia sanitaria y social **mundial**, que requiere una **acción efectiva e inmediata** de los gobiernos, las personas y las empresas” y que el escalamiento del brote del virus “representa actualmente una **amenaza global a la salud pública**, con afectaciones al sistema económico, de magnitudes **impredicibles e incalculables**, de la cual Colombia no podrá estar exenta”. Además, que “es evidente que el país se encuentra enfrentando una situación **repentina e inesperada** que afecta de manera grave el orden económico y social por **hechos absolutamente imprevisibles y sobrevinientes que no pueden ser controlados a través de las potestades ordinarias...**”

ii) Lo expuesto en el Comunicado No. 21 de 20 de mayo de 2020 en el que la Corte Constitucional anunció la exequibilidad del Decreto 417 de 2020, bajo los siguientes considerandos:

“Seguidamente, la Corte abordó el presupuesto valorativo que alude a la gravedad e inminencia que esos hechos comportan y que justifican la declaratoria del estado de emergencia económica y social por grave

calamidad sanitaria, lo que demanda adoptar medidas urgentes para conjurar la crisis.

*El gobierno advirtió la evidente la necesidad de ingentes recursos económicos tanto para el sistema de salud como para la implementación de las acciones necesarias para restringir el contacto de los habitantes; asimismo, aludió al impacto sobre la salud, los mercados nacionales e internacionales, la oferta y la demanda, el empleo en actividades, entre otros, de los comerciantes y empresarios que ven alterados sus ingresos y compromisos, **el abastecimiento de bienes básicos, la economía y el bienestar de los habitantes, que torna indispensable la adopción de medidas extraordinarias para enfrentarla y para evitar agravar la situación sanitaria y los efectos económicos.***

*La Corporación pudo establecer que lejos de haber incurrido el gobierno en una valoración arbitraria o en un error manifiesto de apreciación, ejerció apropiadamente sus facultades constitucionales dentro del margen razonable de análisis, para lo cual tuvo en cuenta: i) la grave situación de calamidad pública sanitaria, ii) su crecimiento exponencial, iii) los altos índices de mortalidad, iv) **los efectos perjudiciales sobre el orden económico y social, que involucran afectaciones y amenazas intensas sobre los derechos constitucionales de los habitantes del país, y graves repercusiones sobre las finanzas del Estado.***

(...)

*La Corte resaltó que en el pasado el control constitucional tanto del decreto declaratorio como de los decretos legislativos que lo concretan ha sido riguroso y estricto. Y advirtió que en este caso no lo será menos, sin embargo, **adveró la necesidad de flexibilizar algunos de los estándares, ponderando entre la necesidad de esa estrictez en el control,** pero también en la visualización de las amplias potestades que posee el gobierno para la mitigación y contención de la crisis; **todo ello dentro de un justo equilibrio.** Tales razones se hacen evidentes atendiendo los hechos que motivaron la declaratoria del estado de emergencia que se estudia, la cual **se ofrece absolutamente nueva y extraordinaria, y de la que no se tiene noticia por lo menos en lo que va corrido de la vigencia de la Carta Política de 1991.**”
(Destacado fuera del texto original)*

Así las cosas, la excepcionalidad de las circunstancias y la imposibilidad de prever las exigencias que plantea enfrentar una pandemia, el hecho notorio de la urgencia al que no es ajena esta Corporación, como tampoco lo fue el Ejecutivo central y la Corte Constitucional llevan a recordar la Sentencia C-065 de 1994:

*“... Recuérdese que la jurisprudencia de esta Corporación considera que uno de los criterios que debe orientar sus decisiones es el llamado **“principio de la conservación del derecho”**, según el cual los tribunales constitucionales **deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático** (Sentencia C-100/96. Fundamento Jurídico No 10). Por ello **si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla executable de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento.** Entra*

pues esta Corporación a mostrar la interpretación de la disposición acusada que respeta los principios constitucionales.” (Resalado fuera del texto original)

Así las cosas, el acto administrativo que declara la urgencia manifiesta, será controlado admitiendo el hecho presunto de la pandemia generada por el COVID-19 bajo las siguientes condiciones:

1. La justificación que da lugar a la celebración de contratos puede estar contenida en la parte motiva o encontrarse en documentos referidos por el acto administrativo, aunque no se incluya en la parte resolutive.
2. Las normas que lo fundamentan: (i) el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 y (ii) los Decretos Legislativos No. 440 y 537 de 2020 que, aunque no se citen expresamente, deberán aplicarse siempre y cuando el acto administrativo objeto de examen, haya sido expedido en su vigencia.
3. La resolutive del acto deberá contener: (i) la declaratoria de la urgencia manifiesta y (ii) disponer la remisión de los antecedentes de los contratos que se celebren al órgano de control fiscal, tal como lo prevé el artículo 43⁷ de la Ley 80 de 1993.

Y es que, si se observa con detenimiento, desde 1995 el Consejo de Estado ha significado que, entre la declaratoria de urgencia manifiesta y la celebración de contratos “*debe mediar únicamente el tiempo indispensable para su perfeccionamiento*”⁸ y también que “*habiendo sido declarada la urgencia manifiesta sin que con base en ella se hubieran celebrado los contratos necesarios, se debe examinar la situación posteriormente para verificar si en verdad la urgencia subsiste y es imposible esperar el término que se emplea en una licitación o concurso públicos, conforme lo establece el artículo 30 de la ley 80 de 1993.*”

⁷ **ARTÍCULO 43. DEL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN DE URGENCIA.** Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta. Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia.

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 667 de 24 de marzo de 1995; Consejero Ponente Doctor Luis Camilo Osorio Isaza, actor: Ministro de Gobierno.

Una lectura juiciosa de las providencias citadas en esta sentencia, permiten concluir que la urgencia manifiesta es un acto precontractual que permite a las entidades acudir a la contratación directa para adquirir bienes y/o servicios o adelantar las obras necesarias **específicas y concretas dirigidas a mitigar las consecuencias que dan lugar a su declaratoria.**

Tanto es cierta la línea de argumentación que se expone en esta providencia que, como lo deja sentado la jurisprudencia, podría acudirse en varias ocasiones a declarar la urgencia manifiesta **incluso por iguales razones siempre que especifique los negocios jurídicos** requeridos para atender las necesidades y garantizar el goce y protección de los derechos de la población.

Recuérdese que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien la urgencia manifiesta implica la posibilidad de celebrar contratos de forma inmediata, **esta no puede ser pretexto para convertir la contratación directa en la regla general o en un instrumento discrecional o arbitrario de las autoridades públicas.**

Bajo los anteriores parámetros se analizará la legalidad del Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de Pesca.

II.1. Del acto administrativo objeto de control:

En el Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020, el Alcalde Municipal de Pesca decretó:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la urgencia manifiesta en el Municipio de Pesca – Boyacá, para atender la situación de calamidad pública declarada en el Gobierno Nacional y el Departamento de Boyacá, a causa de la emergencia del Coronavirus Covid-19 en todo el territorio nacional, con el fin de realizar las acciones administrativas y contractuales para que las dependencias de la Administración Central puedan tomar las medidas y acciones que consideren necesarias para atender el control, contención del contagio y manejo del virus Covid-19 dentro de esta jurisdicción.

ARTÍCULO SEGUNDO: Realizar las gestiones que sean necesarias para conjurar la emergencia, atender la población afectada, adquirir los bienes y servicios necesarios para la prevención y contención de la pandemia CORONAVIRUS COVID-19 y construir las obras públicas estrictamente necesarias para proteger la salud y la vida de la población Pescana.

ARTÍCULO TERCERO: Conforme el parágrafo del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se podrán hacer los traslados presupuestales que se requieran dentro del presupuesto, para garantizar el suministro de bienes, la prestación de

servicios o la ejecución de las obras necesarias para superar la emergencia que se presenta.

ARTÍCULO CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la ley 80 de 1993, los contratos originados en la urgencia manifiesta; el presente acto administrativo que la declara, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos de la actuación y de las pruebas de los hechos aquí expuestos se enviarán a la Contraloría Departamental de Boyacá y a la Gerencia Departamental de la Contraloría General de la República, para que dentro de los dos (02) meses siguientes se pronuncie sobre los hechos y circunstancias que determinaron la presente declaración.

ARTÍCULO QUINTO: Realizarlas contrataciones descritas en la parte considerativa del presente decreto y aquellas que sean estrictamente necesarias para prevenir y contener los efectos producidos por la pandemia CORONAVIRUS COVID-19, en el Municipio de Pesca.

ARTÍCULO SEXTO: La Secretaría de Gobierno Municipal, sin perjuicio de los derechos que le asiste a la ciudadanía en el ejercicio del control social a la gestión pública, supervisará de manera especial, la ejecución de los contratos que con ocasión de la declaratoria de urgencia manifiesta se suscriban, con el fin de verificar que los suministros, obras y trabajos se ejecuten sin dilaciones ni retrasos y se materialice la finalidad del objeto contratado.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Ordenar a todos los empleados y trabajadores de la Administración Municipal se sirvan coordinar la atención y apoyo a la población para prevenir y contener el contagio del CORONAVIRUS COVID-19, la cual es objeto de la declaratoria de la presente urgencia manifiesta.

ARTÍCULO OCTAVO: El presente Decreto rige a partir de la fecha de su Publicación.”

Lo anterior, con fundamento en las normas y otras disposiciones que fueron citadas en la parte considerativa; estas son:

- a. Resoluciones No. 380 y 385 de 2020 expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.
- b. Decretos 417 de 17 de marzo y 444 de 22 de marzo de 2020 expedidos por el Presidente de la República.
- c. Decreto No. 180 de 16 de marzo de 2020 expedido por el Gobernador del Departamento de Boyacá.
- d. Artículos 2º, 209 y 315-1 de la Constitución Política.
- e. Sentencia T-540 de 1992 proferida por la Corte Constitucional.
- f. Artículos 24 y **42 de la Ley 80 de 1993.**

g. Artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

Adicionalmente, se consideró:

“Por lo expuesto y para prevenir los efectos que podrían generarse con la pandemia del Coronavirus Covid-19 declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el municipio de Pesca declaró mediante el Decreto No. 028 de 17 de marzo de 2020 la Emergencia Amarilla en el Municipio con el propósito de adelantar las medidas pertinentes para la consecución de recursos (físicos, personal y financieros) que permitan contener la situación y dar respuesta a toda la comunidad de Pesca.

(...)

*Que conforme lo anterior, se hace necesario declarar la urgencia manifiesta con el fin de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes en la salud de la comunidad de Pesca, que permita adelantar **la adquisición de elementos, insumos, bienes y servicios, tendientes a garantizar la efectiva atención en salud a los Pescanos,** y fortalecer la prevención del contagio del virus, evitando con ello que la solución llegue tardíamente” (Resaltado fuera del texto original)*

II.2. Análisis de legalidad del Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020:

La Sala Plena se detendrá, primero, en los aspectos formales y, en segundo lugar, en los materiales.

II.2.1. Aspectos formales:

El Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020 fue expedido por el alcalde del Municipio de Pesca. En efecto, este funcionario se encuentra facultado para expedir los actos administrativos que tengan como fin la debida ejecución de los acuerdos y para las funciones que le son propias, de conformidad con los artículos 84⁹, 91¹⁰ y 93¹¹ de la Ley 136 de 1993. Aunado a lo anterior, el mismo servidor es competente para ordenar y dirigir los asuntos contractuales en su municipio¹².

⁹ **“ARTÍCULO 84. NATURALEZA DEL CARGO.** En cada municipio o distrito habrá un alcalde quien ejercerá la autoridad política, será jefe de la administración local y representante legal de la entidad territorial. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio o distrito y tendrá el carácter de empleado público del mismo.”

¹⁰ **“ARTÍCULO 91. FUNCIONES.** <Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo. (...) d) En relación con la Administración Municipal:

1. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y de la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente.”

¹¹ **“ARTÍCULO 93. ACTOS DEL ALCALDE.** El alcalde para la debida ejecución de los acuerdos y para las funciones que le son propias, dictará decretos, resoluciones y las órdenes necesarias.”

¹² Así lo prevé el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone la competencia para dirigir licitaciones y para **celebrar contratos estatales**. Concretamente, indicó que “A nivel territorial, los

Por otra parte, se evidencia que el acto administrativo cumple los elementos formales generales como el número consecutivo, la fecha, identificación de las facultades que permiten su expedición, las consideraciones, la resolutive y la firma del alcalde municipal.

II.2.2. Aspectos materiales:

II.2.2.1. Conexidad:

Como se indicó en el acápite anterior, este es, el relacionado con el contenido del decreto bajo examen, si bien se hace alusión a normas que se dirigen a controlar y regular el orden público, también cita el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.2.1.2.1.4.2 del Decreto 1082 de 2015, los cuales hacen alusión expresa a la urgencia manifiesta y ya fueron citados en el acápite relativo a este asunto.

*Ahora, si bien es cierto que en el acto administrativo no se invocó el Decreto Nacional No. 440 de 2020 o cualquier otro que desarrolle la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, no lo es menos que de su contenido se extrae que se encuentra relacionado con el **Decreto Legislativo 440 de 20 de marzo de 2020**, en tanto expone en extenso que son necesarias medidas para conjurar la pandemia ocasionada por el COVID-19 y fue expedido durante su vigencia.*

Corresponde ahora, entonces, examinar, si el hecho antes señalado, que sea dicho se dio por presumido al tenor del Decreto 440 de 20 de marzo de 2020, guarda conexidad con los fines que se indican en el acto administrativo, es decir, con los contratos que se excluirían del procedimiento ordinario de contratación a fin de satisfacer los fines de la declaración.

II.2.2.2. Del contenido del acto administrativo:

El Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020 resolvió:

gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.”

1. *Declarar la urgencia manifiesta con ocasión de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ambiental, con el fin de conjurar la calamidad pública por causa del Covid-19.*
2. *Realizar las gestiones necesarias para conjurar la emergencia, atender la población afectada; adquirir los bienes y servicios necesarios para la prevención y contención del Covid-19 y “construir las obras públicas estrictamente necesarias para proteger la salud y la vida de la población...”.*
3. *Autorizar hacer los traslados presupuestales que se requieran dentro del presupuesto.*
4. **Realizar las contrataciones descritas en la parte considerativa del decreto “y aquellas que sean estrictamente necesarias para prevenir y contener los efectos producidos por la pandemia...”**

Como se dijo en precedencia, el acto administrativo **no hace alusión** a los decretos expedidos por el Gobierno Nacional que disponen asuntos de orden contractual, sino que se contrae fundamentalmente a señalar normas que se dirigen a controlar y regular el orden público, la Ley 80 de 1993, el Decreto 1082 de 2015, la Ley 1150 de 2007 y, la Resolución 385 de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, pero nada más. Sin embargo, se observa que se refiere de manera precisa al Decreto No. 417 de 17 de marzo de 2020 que declaró el EESE en el territorio nacional, lo que sugiere que existe una relación de conexidad entre la norma objeto de estudio, el decreto legislativo reseñado, y los demás dictados por el Gobierno Nacional con el fin de conjurar la situación de emergencia ocasionada por el Covid-19.

II.2.2.2.1. Sobre la urgencia manifiesta y su justificación:

Como se observa, en primer lugar, el acto administrativo ordena adelantar las contrataciones descritas en la parte considerativa. Esto corresponde a la adquisición de elementos, insumos, bienes y servicios, tendientes a garantizar **la efectiva atención en salud** de los habitantes del Municipio de Pesca.

De ese modo, si bien es cierto que ni en la parte motiva ni en la resolutive del acto objeto de análisis, se indicaron de manera precisa los negocios jurídicos que se van a celebrar para poder atender a las necesidades de la comunidad ante la situación de emergencia ocasionada por el Covid-19; **no lo es menos que se destacó como causa y finalidad de la declaratoria examinada, la necesidad de adquirir**

elementos, insumos, bienes y servicios tendientes a garantizar la efectiva atención en salud, esto es, dotación hospitalaria.

No obstante, en el artículo **segundo** de la parte resolutive del acto administrativo se resolvió:

“ARTICULO SEGUNDO: Realizar las gestiones que sean necesarias para conjurar la emergencia, atender la población afectada, adquirir los bienes y servicios necesarios para la prevención y contención de la pandemia CORONAVIRUS COVID - 19 y construir las obras públicas estrictamente necesarias para proteger la salud y la vida de la población Pescana.”

Y, en el **numeral quinto**, se ordenó realizar “las contrataciones descritas en la parte considerativa del presente decreto **y aquellas que sean estrictamente necesarias** para prevenir y contener los efectos producidos por la pandemia CORONAVIRUS COVID – 19, en el Municipio de Pesca.”

A juicio de la Sala, el artículo segundo y la expresión resaltada del cuarto resultan ambiguas y abiertas a cualquier contrato de obra o de suministro, por consiguiente, no cumplen con la exigencia justificar la declaratoria de la urgencia manifiesta.

Si resulta indispensable la construcción de una obra o el suministro de elementos que no fueron enunciados en el acto administrativo, el alcalde del Municipio de Pesca podrá declarar nuevamente la urgencia manifiesta y enunciar, como en este caso, las necesidades que dan lugar a la contratación directa.

En todo caso, el acto administrativo por el cual se declara la urgencia manifiesta **no puede contener cualquier tipo de motivación sino señalar cuáles son las necesidades que se pretenden satisfacer para no paralizar el servicio** pues, a pesar de la urgencia manifiesta y de la excepción en la forma de contratación **permanecen y prevalecen los principios de transparencia y legalidad.**

De lo expuesto anteriormente se concluye que:

1. El artículo **primero** es legal, en la medida que se limita a declarar la urgencia manifiesta.
2. El artículo **segundo** se considera ilegal pues desconoce la excepcionalidad de la urgencia manifiesta; se insiste, no es ajustado a derecho señalar indiscriminadamente que se deben adelantar gestiones para conjurar la

pandemia. Ello se aleja de los requisitos que dan lugar a la urgencia manifiesta y, por tanto, como se anticipó, se declarará su nulidad.

3. Por su parte, si bien es cierto que el artículo **quinto** hace alusión a los bienes y servicios enunciados en la parte considerativa, no lo es menos que la expresión “y aquellas que sean estrictamente necesarias” también se aleja de la exigencia de justificación; en consecuencia, se anulará esta frase por ser indeterminada.

II.2.2.2. Sobre la remisión de los contratos y sus antecedentes a la Contraloría Departamental de Boyacá:

El artículo **cuarto** del acto administrativo sujeto a análisis prevé que, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, los contratos y sus respectivos expedientes administrativos se enviarían “a la Contraloría Departamental de Boyacá y a la Gerencia Departamental de la Contraloría General de la República, para que dentro de los dos (02) meses siguientes se pronuncie sobre los hechos y circunstancias que determinaron la presente declaración”

En efecto, tal como se enunció en la norma, el artículo 43 referido previó:

“ARTÍCULO 43. DEL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN DE URGENCIA. Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia.” (Negrilla fuera del original)

Sin mayor elucubración habrá que colegirse que este artículo se encuentra ajustado al ordenamiento, máxime si se tiene en cuenta que se contrae a la transcripción y cumplimiento de la norma.

Recuérdese que este control es distinto del que corresponde al juez del control inmediato de legalidad en relación con la legalidad del acto administrativo de carácter precontractual que da lugar a la urgencia manifiesta. En efecto, la Contraloría realiza un control posterior y se concentra en la legalidad del **desarrollo fiscal**, pero nada más. Así lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 2015:

*“16. Asimismo, el carácter integral del control fiscal, al que se ha hecho referencia, supone que este no se limita a un mero control numérico y de legalidad, como ocurría bajo el anterior marco constitucional. Según lo establecido en los artículos 267 de la Constitución y 9° de la Ley 42 de 1993, la vigilancia fiscal comprende un **control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno**. Tales controles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8° de la citada ley, se efectúan con base en criterios de **“eficiencia, economía, equidad y valoración** de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la **asignación de recursos sea la más conveniente** para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan **al menor costo**; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar **los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios** entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.” (Resaltado fuera de texto)*

Entonces en tanto el juez de la urgencia manifiesta establece o controla de forma inmediata la legalidad de la decisión, la contraloría se ocupa de examinar el uso de los recursos contratados, nada más, lo cual no obsta, por supuesto, si lo considera que pueda acudir en demanda ante el juez.

Por lo anterior, se declarará la legalidad del artículo **cuarto** del decreto bajo análisis.

II.2.2.2.3. Sobre los traslados presupuestales:

En el artículo **tercero** del acto administrativo se dispuso que *“se podrán hacer traslados presupuestales que se requieran dentro del presupuesto, para garantizar el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de las obras necesarias para superar la emergencia que se presenta.”*

Como se indicó en precedencia, el párrafo del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, dispuso que, para atender las necesidades y gastos propios de la urgencia manifiesta, **se podrán hacer los traslados presupuestales internos** que se requieran dentro del presupuesto de la entidad estatal. Debe advertirse que los traslados

presupuestales internos para la ejecución de recursos, es una facultad constitucional y legal encomendada a los alcaldes.

En ese sentido, se declarará la legalidad del artículo **tercero**, bajo el entendido que se trata de traslados presupuestales internos.

II.2.2.2.4. Sobre la supervisión de la ejecución de los contratos a cargo de la Secretaría de Planeación Municipal:

El artículo sexto se dispuso que “La Secretaria de Gobierno Municipal, sin perjuicio de los derechos que le asiste a la ciudadanía en el ejercicio del control social a la gestión pública, **supervisar**á de manera especial, la ejecución de los contratos que con ocasión de la declaratoria de urgencia manifiesta se suscriban, con el fin de verificar que los servicios y trabajos se ejecuten sin dilaciones ni retrasos y se materialice la finalidad del objeto contratado.”

La Ley 1474 de 2011¹³, en el artículo 83 reguló lo relativo a la supervisión e interventoría contractual en los siguientes términos:

“Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

(...)” (Negrillas por fuera de texto)”.

Sobre esta función de supervisión, la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2014, en el proceso con radicación 25-000-23-26-000-1996-13019-01(27426), con ponencia del Consejero Doctor Ramiro de Jesús Pazos Guerrero¹⁴, explicó:

¹³ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

¹⁴ Siendo demandante el Instituto de Desarrollo Urbano y demandada la Sociedad Hidrotec Ltda., Ingenieros Consultores y otra.

“De entrada debe advertirse que la supervisión de los contratos es un deber de las entidades públicas (artículo 4 de la Ley 80 de 1993), que bien pueden realizarla a través de supervisores o interventores para que verifiquen la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades del contratista de la entidad pública. Esa labor es principalmente de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial¹⁵.

El ordenamiento jurídico admite que este tipo de funciones puedan ser encargadas a los funcionarios públicos de la entidad demandada, sin que se enmarquen en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. (...).

Actualmente, la cuestión se mantiene en similares condiciones, sólo que se considera supervisor al funcionario de la entidad pública que desarrolle la vigilancia de los contratos de esta última, sin perjuicio de que esa labor se pueda apoyar a través de contratos de prestación de servicios, pero no para asumir la supervisión, so pena de variar de una consultoría a otra tipología diferente y, por consiguiente, de eludir procesos de selección. Por su parte, se hablará de interventor cuando se trate de una vigilancia externa o contratada¹⁶.” (Resaltado fuera de texto)

Comoquiera que las funciones de supervisión serán realizadas por un funcionario de la entidad territorial, será deber del alcalde comunicar por escrito la designación al momento de la suscripción del contrato, so pena de la ineficacia de la disposición y la consecuencia del deber en cabeza del alcalde como autoridad encargada de dirigir los asuntos contractuales del municipio.

¹⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 25.191, M.P. Danilo Rojas Betancourth. Vale aclarar que estas precisiones fueran hechas para un contrato suscrito en vigencia de la Ley 80 de 1993.

¹⁶ Efectivamente, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 prescribió: “Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. // La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. // La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría. // Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor. // El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal”.

En consecuencia, se declarará su legalidad bajo el entendido que la designación deberá hacerse por escrito al momento de la suscripción del contrato.

II.2.2.2.5. Sobre la coordinación y apoyo a la población:

El artículo **séptimo** ordenó a todos los empleados y trabajadores de la administración municipal “se sirvan coordinar la atención y apoyo a la población para prevenir y contener el contagio del CORONAVIRUS COVID-19, la cual es objeto de la declaratoria de la presente urgencia manifiesta”.

El contenido del artículo, en sí mismo considerado, no recae sobre asuntos contractuales y la Sala Plena tampoco lo encuentra contrario al ordenamiento jurídico en la medida que no contiene ninguna disposición que contraponga el deber de la administración con los principios de transparencia contractual y los límites de la urgencia manifiesta. Se declarará su legalidad.

II.2.2.2.6. Sobre la vigencia del acto administrativo:

Finalmente, en el artículo **octavo** se indicó que el decreto regía a partir de la fecha de publicación. Sin mayor esfuerzo se concluye que esta disposición no es contraria a derecho, en tanto se ajusta al artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, el cual prevé que los actos administrativos de carácter general no son obligatorios **mientras no hayan sido publicados** en el diario oficial o en las gacetas territoriales, según el caso. Se declarará su legalidad.

3.6. Las decisiones a adoptar:

En conclusión, el Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020 cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, toda vez que (i) busca conjurar los efectos de la pandemia generada por el Covid-19 y (ii) pese a la importancia del deber de selección de contratistas, da primacía al interés general y la salvaguarda de la vida y salud de los habitantes del Municipio de Pesca. En consecuencia, se resolverá:

1. Declarar ajustados a derecho los artículos **primero, cuarto, séptimo y octavo**, por las razones vertidas en precedencia.
2. Declarar la ilegalidad del artículo **segundo**.

3. Declarar la legalidad del artículo **quinto**, excepto la expresión “y aquellas estrictamente necesarias” que se declara ilegal. La legalidad, bajo el entendido que, la contratación directa surgida de la urgencia manifiesta versará sobre la adquisición de elementos, insumos, bienes y servicios, tendientes a garantizar **la efectiva atención en salud** de los habitantes del Municipio de Pesca.
4. Declarar la legalidad del artículo **tercero**, bajo el entendido que se trata de traslados presupuestales **internos**.
5. Declarar la legalidad del artículo **sexto**, bajo el entendido que será deber del alcalde comunicar por escrito la designación al momento de la suscripción del contrato.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

1. Declarar la legalidad de los **artículos primero, cuarto, séptimo y octavo** del Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de Pesca.
2. Declarar la ilegalidad del **artículo segundo** del Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de Pesca, por las razones expuestas en la parte motiva.
3. Declarar la legalidad del artículo **tercero** del Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de Pesca, bajo el entendido que se trata de traslados presupuestales **internos**.
4. Declarar la legalidad del **artículo quinto** del Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de Pesca, bajo el entendido que la contratación directa surgida de la urgencia manifiesta versará sobre **la adquisición de elementos, insumos, bienes y servicios, tendientes a garantizar la efectiva atención en salud de los habitantes del Municipio de Pesca, esto es, dotación hospitalaria**, excepto la expresión “y aquellas estrictamente necesarias” que se declara ilegal.
5. Declarar la legalidad del **artículo sexto** del Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de Pesca, bajo el entendido que será

Medio de Control: Control inmediato de legalidad

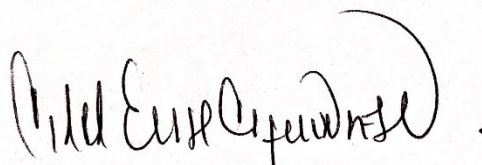
Autoridad: Municipio de Pesca

Expediente: 15001-23-33-000-2020-00808-00

*deber del alcalde comunicar por escrito la designación al Secretario de Gobierno del municipio la **supervisión** del contrato momento de la suscripción del contrato.*

- 6. Remitir copia de esta providencia a la Contraloría Departamental de Boyacá para lo de su competencia.*
- 7. En firme esta providencia, archívese el expediente dejando las constancias de rigor.*

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en sesión virtual de la fecha. Notifíquese y Cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

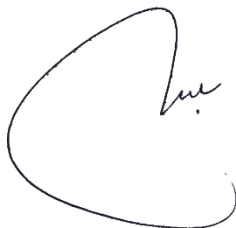


ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Medio de Control: Control inmediato de legalidad

Autoridad: Municipio de Pesca

Expediente: 15001-23-33-000-2020-00808-00



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado



LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Decreto No. 035 de 24 de marzo de 2020

Autoridad: Municipio de Pesca

Expediente: 15001-23-33-000-2020-00808-00