



Tribunal Administrativo de Boyacá

Sala Plena

Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, junio doce (12) dos mil veinte (2020)

Decreto No. 036 de 24 de marzo de 2020

Medio de Control: Control inmediato de legalidad
Autoridad: **Municipio de San José de Pare**
Expediente: 15001-23-33-000-2020-00635-00

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 San José de Pare** remitió el **Decreto No. 036 de 24 de marzo de 2020** por medio de mensaje de datos.

I.2. Auto que avoca conocimiento:

*Mediante auto proferido el 28 de abril de 2020, el Despacho resolvió, entre otras cosas, (i) avocar para control inmediato de legalidad en única instancia el **Decreto No. 036 de 24 de marzo de 2020** expedido por el **alcalde del Municipio de San José de Pare** y (ii) ordenar que, dentro del término de cinco días, se remitieran los antecedentes administrativos de dicho acto administrativo.*

I.3. Intervenciones:

I.3.1. Alcalde del Municipio de San José de Pare (Archivo No. 10):

Mediante escrito presentado el 12 de mayo de 2020, se allegaron los antecedentes administrativos. Adjuntó el Acta de Comité de Vigilancia Epidemiológica de 16 de marzo de 2020; las Actas No. 01-2020 de 10 de enero de 2020 del Consejo Municipal para la Gestión del Riesgo de Desastres; 02 de 16 de marzo de 2020 de Gestión del Riesgo Municipal y 003-2020 de la segunda reunión extraordinaria realizada el 25 de marzo de 2020.

I.3.2. Ciudadanía:

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

I.4. Concepto del Ministerio Público (Archivo No. 16):

El señor Procurador 46 delegado ante este Tribunal, opina que debe declararse la legalidad del decreto municipal, salvo los artículos segundo y cuarto.

Luego de pronunciarse sobre los antecedentes del caso, procedió a analizar la parte resolutive del decreto bajo examen. Consideró que se encuentra ajustado a derecho, en tanto expuso los antecedentes relacionados con el virus Covid-19.

Respecto del artículo segundo, manifestó que la orden de celebración de contratos deja un clausulado abierto que no se ajusta a la legalidad, además, no determina la referencia a cada uno de los contratos que se van a celebrar con el objeto de señalar su causa y finalidad. Adujo que la disposición es abierta e imprecisa; que, si bien la

declaratoria de urgencia manifiesta permite realizar contratación con mínimas formalidades, en todo lugar el objeto de lo que se va a contratar debe ser preciso y delimitado a la causa que dio origen a la declaratoria de emergencia, pues ello permite que el respectivo control fiscal coteje que lo contratado se corresponde con los motivos que dieron lugar a la declaratoria de urgencia. Por lo anterior, dijo:

“Frente a lo anterior se solicita al Tribunal Administrativo de Boyacá se declare ajustado a derecho el art. 2 del Decreto sub-examine de manera condicionada⁴, es decir bajo el entendido de que el municipio deba definir en forma posterior y de manera específica las necesidades que pretenden contratarse (v.g. adquisición de elementos de aseo personal, desinfección general, atención alimentaria a comunidades vulnerables, campesinos y adultos mayores, el acceso a los productos básicos de la canasta familiar, adquisición de elementos de protección y bioseguridad, transporte, etc), para lo cual de la misma forma se solicita se le exhorte por la Corporación para que mediante acto administrativo los anteriores elementos sean definidos de manera precisa por el Alcalde de San Jose de Pare.”

Sobre el artículo tercero, arguyó que se trata del cumplimiento una circular conjunta, lo que hace parte de los deberes a que están obligados los servidores públicos.

Respecto del artículo cuarto, relativo a los asuntos presupuestales, solicitó *“se declare ajustado a derecho el art. 4 del Decreto 36 de 2020 de manera condicionada, es decir bajo el entendido de que los movimientos presupuestales sean internos, es decir que solo puedan afectar exclusivamente el anexo del decreto de liquidación del presupuesto, sin alterar el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda”*.

Sobre el artículo quinto, indicó que se trataba del cumplimiento del artículo 43 de la Ley 80 de 1993.

II. CONSIDERACIONES

Procede la Sala Plena a determinar la legalidad del Decreto No. 036 de 24 de marzo de 2020 “POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA LA URGENCIA MANIFIESTA, PARA CELEBRAR CONTRATOS DE BIENES Y SERVICIOS NECESARIOS PARA ADELANTAR LA EMERGENCIA SANITARIA CAUSADA POR EL CORONORAVIRUS (sic) COVID-19 EN EL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE PARE - BOYACÁ” expedido por el alcalde del Municipio de San José de Pare.

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

II.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.

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.

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).

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] 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 EEESE 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.

II.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 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.” (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**.

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

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)***

*- 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;*

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.”

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 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.**”*

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)*

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 soportarla**⁶.

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**, 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**.

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.

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 dijo que “la pandemia del nuevo coronavirus - 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 **impredecibles 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 exequible 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.*”

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.

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.

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. 036 de 24 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de San José de Pare.

II.4. Del acto administrativo objeto de control:

En el Decreto No. 036 de 24 de marzo de 2020, el Alcalde Municipal de San José de Pare decretó:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la **URGENCIA MANIFIESTA** en la Alcaldía Municipal de San José de Pare-Boyacá para prevenir, conjurar y mitigar la situación de emergencia descrita en la parte motiva con la finalidad de atender las fases de contingencia y mitigación del COVID- 18, declarado como pandemia por la OMS.

ARTICULO SEGUNDO: Realícese las contrataciones estrictamente necesarias para prevención, contención y mitigación de los efectos de la pandemia generada por el COVID-19.

PARÁGRAFO: Los proceso de contratación que durante el lapso por él se prolongue la situación que ha dado lugar a la declaración de urgencia manifiesta puedan adelantarse dentro de los parámetros normales de contratación, deberán ceñirse a las reglas del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y demás disposiciones legales y reglamentarias que lo complementan, siempre que la planeación contractual indique que la atención de la necesidad requerida en el marco de las funciones de la Alcaldía Municipal de San José de Pare-Boyacá puede cumplirse dentro de los términos previstos por la ley sin poner en riesgo la oportuna ejecución de las medias necesarias a adoptar en las fases de contención y mitigación del virus.

ARTICULO TERCERO: Ordenar a los funcionarios públicos que intervenga en la planeación contractual que observen con estricta atención y cuidado la Circular Conjunta N°. 014 del 1 de junio de 2011 emanada de la Contraloría General de la República, Auditoría general de la República y de la Procuraduría General de la República, conforme en lo expuesto en la parte motiva.

ARTICULO CUARTO: Ordenar realizar los trámites presupuestales requeridos para obtener los recursos necesarios para la adquisición de bienes y servicios para conjurar la situación de emergencia sanitaria.

ARTICULO QUINTO: *Enviar copia del presente acto administrativo, de los contratos originados en la presente urgencia manifiesta y demás antecedentes técnicos y administrativos a la Contraloría Departamental de Boyada, para el ejercicio del control fiscal pertinente de conformidad con el artículo 43 de la ley 80 de 1993*

ARTICULO SEXTO: *El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición ”*

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

- a. Artículos, 2, 13, 49, 95, 209, 315 y 366 de la Constitución Política.
- b. Artículo 25⁹ de la Declaración Universal de los Derecho Humanos.
- c. Artículo 44¹⁰ de la Ley 715 de 2001.
- d. Artículo 29¹¹ de la Ley 1551 de 2012.
- e. **Artículo 7° del Decreto 440 de 2020** expedido por el Presidente de la República.
- f. Decreto 457 de 2020 expedido por el Presidente de la República.
- g. **Artículo 2 de la Ley 1150 de 2001.**
- h. Artículos 24, 25, 26, **42 y 43 de la Ley 80 de 1993.**
- i. **Artículo 2.2.1.2.1.4.2¹² del Decreto 1082 de 2015.**

⁹ “Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

¹⁰ “Artículo 44. Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones: (...)”

¹¹ “ARTICULO 29. Modificar el artículo 91 de la Ley 136 de 1994, el cual quedará así:
Artículo 91. Funciones. 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. Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes: (...)”

¹² “Artículo 2.2.1.2.1.4.2. Declaración de urgencia manifiesta. Si la causal de contratación directa es la urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación, y en este caso la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos.”

- j. Circular Conjunta No. 014 de 1 de junio de 2011 expedida por la Contraloría General de la República; Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación.
- k. Resoluciones No. 380 y 385 de 2020 expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Adicionalmente, se consideró in extenso:

“Que ante la identificación del nuevo Coronavirus (COVID-19) desde el pasado 7 de enero, se declaró este brote como Emergencia de Salud Pública de importancia internacional (ESPII) por parte de la Organización Mundial de la Salud, razón por la cual la Alcaldía Municipal de San José de Pare, ha venido implementando medidas para enfrentar su llegada en las fases de prevención y contención en aras de mantener los casos de contacto controlado.

Que, a la fecha no existe medicamento, tratamiento o vacuna que permita evitar o contrarrestar el virus y, en consecuencia, por su sintomatología y forma de obrar en la persona, genera complicaciones graves y que, de acuerdo recomendaciones de expertos, la forma más efectiva de evitar (sic).

Que, de acuerdo con la OMS, existen suficiente evidencia para indicar que el (COVID-19) se transmite de persona a persona pudiendo traspasar fronteras geográficas a través de pasajeros infectados, la sintomatología suele ser inesperada, con fiebre, escalofríos y dolor muscular, pero puede desencadenar en una neumonía grave e incluso la muerte. El contagio es tener una higiene permanente de manos y mantener los sitios de afluencia de público debidamente esterilizados.

Que el 9 de marzo de 2020, 31 Director General de la OMS recomendó, en relación con (COVID-19), que los países adopten sus respuestas a esta situación, de acuerdo al escenario que se encuentre cada país, e invoco la adopción permanente de medidas con un objetivo común a todos los países: detener la transmisión y prevenir la propagación del virus para lo cual los países sin casos; con casos esporádicos y aquellos con casos agrupados deben centrarse (sic) en encontrar, probar, tratar y aislar casos individuales y hacer seguimiento a sus contactos.

Que una situación como la que enfrenta el mundo entero se enseña y cobra víctimas en la población más vulnerable desde el aspecto económico o físico, razón por la cual es deber de las autoridades realizar las acciones que correspondan para cumplir con su deber de protección especial.

(...)

Que para la protección de los más débiles es deber social del Estado tomar las medidas que sean necesarias para prevenir, mitigar y conjurar los efectos de la pandemia generadas por el COVID-19; razón por la cual la Alcaldía Municipal de San José de Pare-Boyacá requiere adquirir bienes y servicios, en el marco de sus competencias y con la prontitud que las circunstancias lo exigen, son necesarias para hacerle frente a las fases de contención y mitigación de la pandemia.

Que todo ordenamiento jurídico en distintos campos y con diferentes envergaduras prevé mecanismos para enfrentar situaciones sobrevenidas que son imposibles de atender por los mecanismos ordinarios.

(...)

Que teniendo en cuenta la emergencia sanitaria en que se encuentra el país, la Alcaldía Municipal de San José de Pare-Boyacá no cuenta con el plazo indispensable para adelantar el procedimiento ordinaria de escogencia de contratista de acuerdo con las modalidades de selección previstas en el Estatuto General de contratación de la Administración Pública y la ley 1150, lo que impedirá dar respuesta oportuna a las actividades de prevención, contención y mitigación los efectos de la pandemia generada por el COVID-19 que requiere adelantar la Alcaldía.

Que dentro de las modalidades de contratación la más expedita es la contratación directa que está sometida al principio de planeación lo que impone la realización de los estudios que aseguran que no se le emplee como modalidad improvisada e irreflexiva.

(...)

Que la situación de amenaza cierta, evidente e innegable configura causal de urgencia manifiesta, conforme a la ley y los lineamientos jurisprudenciales antes consignados.

Que de contratarse insumos, bienes, servicios por los procedimientos de selección objetiva alargaría los tiempos de respuesta que requieren inmediatez y prontitud para contener la amenaza que se cierne sobre la población Pareña, tornando en ineficaz la respuesta tardía y comprometiendo la responsabilidad que tienen las autoridades frente a la salud, familia bienestar y especial los servicios necesarios, y la protección de quienes están en condiciones de vulnerabilidad.

(...)

Que la urgencia manifiesta es el mecanismo legal e idóneo para adelantar las contrataciones que se requieren para contener y mitigar los riesgos asociados al virus COVID-19, toda vez que las modalidades de selección previstas en el estatuto orientadas a la selección objetiva, demanda mayores tiempos y hacen más largo el procedimiento de suscripción de los respectivos contratos, mientras que la atención de las fases de contención y mitigación de la pandemia exigen una respuesta ágil e inmediata por parte de la Administración Municipal de San José de Pare, dentro de sus competencia (sic).

Que, en desarrollo del proceso de contratación directa, la Alcaldía Municipal de San José de Pare-Boyacá debe garantizar los principios que rigen la contratación estatal, consagrados en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, referido a los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

(...)

Que, en consecuencia, es necesario e impostergable declarar la emergencia manifiesta advirtiendo que se debe respetar el principio de planeación y realizar estudios previos juiciosos que precisen la necesidad y la urgencia de atenderla mediante la contratación directa, observando con estricto celo las procedentes recomendaciones consignadas por los entes de control en la circular mencionada.

Que se les recuerda a los oferentes que tienen responsabilidad social, que son colaboradores de la Administración, que sus obligaciones están garantizadas y que cualquier incumplimiento les generara la responsabilidad prevista por la ley. Las circunstancias les exigen e imponen comportamientos solidarios

que les impide aprovechasen egoístamente de las circunstancias. Por lo cual la Alcaldía Municipal les formula admonición cordial a que conserven y mantengan la racionalidad que le es propia y no aprovechen del momento para exceder sus beneficios.

Que dada la magnitud de la emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19 y la ausencia de situaciones procedentes que pudieran orientar el comportamiento del virus, las dimensiones de su impacto y la forma de atacarlo, **no se puede a priori dimensionar las necesidades que han de ser atendidas, los insumos indispensables para enfrentarla, el recurso humano indispensables para atenderlas, razón por la cual resulta imposible un ejercicio de provisión detallada que precisen la entidad de compras de bienes y servicios que han de afectasen** (sic).

Que la conexidad entre la actividad contractual, los objetos de los contratos que al amparo de la urgencia manifiesta se celebren, los valores que se comprometan, su pertinencia para conjurar los efectos sociales negativos para la salud ocasionados por la pandemia y la situación de emergencia sanitaria a que se enfrenta la Alcaldía Municipal de San José de Pare, **ha de quedarse expresamente consagrado en los estudios previos para evitar cualquier abuso de la situación.**” (Resaltado fuera de texto)

II.5. Análisis de legalidad del Decreto No. 036 de 24 de marzo de 2020:

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

II.5.1. Aspectos formales:

El Decreto No. 036 de 24 de marzo de 2020 fue expedido por el alcalde del Municipio de San José de Pare. 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 84¹³, 91¹⁴ y

¹³ “**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.”

¹⁴ “**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.”

93¹⁵ de la Ley 136 de 1993. Aunado a lo anterior, el mismo servidor es competente para ordenar y dirigir los asuntos contractuales en su municipio¹⁶.

Por otro lado, 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.5.2. Aspectos materiales:

II.5.2.1. Conexidad:

Como se indicó en el acápite anterior, este es, el relacionado con el contenido del decreto bajo examen, se cita el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, **el artículo 7° del 440 de 2020** y el artículo 2.2.1.2.1.4.2 del Decreto 1082 de 2015. Todos estos hacen alusión expresa a la urgencia manifiesta y ya fueron citados en el acápite relativo a este asunto. Además, se expuso in extenso las medidas necesarias para conjurar la pandemia ocasionada por el COVID-19; en consecuencia, se encuentra satisfecho el criterio de conexidad.

Corresponde ahora, entonces, examinar, si el hecho antes señalado 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.5.2.2. Del contenido del acto administrativo:

El Decreto No. 036 de 24 de marzo de 2020 resolvió entre otras cosas:

¹⁵ “**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.”

¹⁶ 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 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 en la Alcaldía Municipal de San José de Pare con el propósito de prevenir, conjurar y mitigar la situación de emergencia con la finalidad de atender las fases de contingencia y mitigación del Covid-19.
2. Realizar **las contrataciones estrictamente necesarias** para la prevención, contención y mitigación de los efectos de la pandemia. Los procesos de contratación deben ceñirse al Estatuto General de Contratación Estatal, siempre que se indique la atención de la necesidad requerida en el marco de las funciones de la alcaldía, puede cumplirse dentro de los términos previstos por la ley sin poner en riesgo, la oportuna ejecución de las medidas necesarias a adoptar.
3. Ordenar a los funcionarios públicos la observancia de la Circular Conjunta No. 14 de 1 de junio de 2011.
4. Realizar los trámites presupuestales requeridos.
5. Enviar copia de los contratos a la Contraloría Departamental de Boyacá, en cumplimiento del artículo 43 de la Ley 80 de 1993.

En el artículo **segundo**, relativo a asuntos de contratación, la orden se dirigió a que se adelanten los procedimientos **estrictamente necesarios para la prevención, contención y mitigación** del virus. Esto, aunado a que los valores, objetos y pertinencia de los contratos, debían ser consagrados en los estudios previos, “para evitar cualquier abuso de la situación”

A juicio de la Sala, este artículo resulta ambiguo y abierto a cualquier contrato de obra o suministro, por consiguiente, no cumple con la exigencia de justificar la declaratoria de urgencia manifiesta, **lo cual tampoco puede extraerse de la lectura cuidadosa de las motivaciones del acto.**

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

Ahora, la decisión se adoptó con fundamento en que “dada la magnitud de la emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19 y la ausencia de situaciones procedentes que pudieran orientar el comportamiento del virus, las dimensiones de su impacto y la forma de atacarlo, **no**

se puede a priori dimensionar las necesidades que han de ser atendidas, los insumos indispensables para enfrentarla, el recurso humano indispensables para atenderlas, razón por la cual resulta imposible un ejercicio de provisión detallada que precisen la entidad de compras de bienes y servicios que han de afectasen (sic).”

No obstante, esta argumentación no puede considerarse válida a la luz de las exigencias de la ley y la jurisprudencia pues, lo cierto es que si bien el análisis de legalidad es más flexible frente a las necesidades, lo cierto es que estas deben establecerse, siquiera de forma medianamente precisa, **antes de la expedición del decreto municipal**, precisamente, para **justificar** la declaratoria de la urgencia manifiesta; por el contrario, observa la Sala que se hizo un sinnúmero de citas normativas que, ni por asomo, justifican la adquisición de bienes y servicios o la construcción de obras para mitigar los efectos del virus.

Debe advertirse que en la parte motiva del acto administrativo tampoco se reseñan otros documentos que justifiquen la declaratoria y a los que pueda remitirse el juzgador.

II.5.2.3. De la falta de motivación como causal de nulidad:

En la Sentencia SU-298 de 1998 precisó la Corte Constitucional:

*“...Hoy en nuestro país, en la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del **principio de publicidad**, es constitucionalmente recogida en el artículo 209 “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”*”.

La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo.

(...)

3.4. Principio de publicidad

La motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad como lo enseña Agustín Gordillo¹⁷ quien resalta su importancia así:

¹⁷ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III, págs. X-2 y ss.

*“La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina “los considerandos” del acto, es una declaratoria de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea **los motivos o presupuestos del acto**; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad. De la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales.*

Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un “medio de prueba en verdad de primer orden”, sirviendo además para la interpretación del acto.

*La explicación de las **razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de derecho**; no creemos en consecuencia que la motivación sea exigible sólo de los actos que afectan derechos e intereses de los administrados, resuelvan recursos, etc., como sostiene alguna doctrina restrictiva; todos los actos administrativos a nuestro modo de ver, necesitan ser motivados. De cualquier manera, en lo que respecta a los “actos administrativos que son atributivos o denegatorios de derechos”, es indiscutida e indiscutible la necesidad de una “motivación razonablemente adecuada”, como tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación.”*

*La publicidad, además, está ligada a la **transparencia**, así lo señala Luciano Parejo:*

*“En la actuación y, por tanto, en el procedimiento administrativo existe una tensión específica entre el secreto y la reserva, a los que tiende por propia lógica la Administración, y **la publicidad, que busca la transparencia** como una técnica más al servicio tanto de la objetividad y del sometimiento pleno a la Ley y al Decreto de ésta en su acción, como de la prosecución efectiva del interés general¹⁸.*

Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva...” (Resaltado fuera de texto)

*Así las cosas, salvo excepciones previstas en el ordenamiento, un acto administrativo sin motivación alguna o **con una motivación manifiestamente insuficiente**, carece de validez, al no expresar las causas tácticas y jurídicas que determinan su adopción.*

*Ahora, la falta de motivación, no es equiparable a la “falsa motivación”, es la omisión de motivar el acto administrativo imputable a la autoridad que lo profiere, lo cual constituye un **vicio de procedimiento** y, por ende, una causal de nulidad por expedición irregular del acto, mientras que la “falsa motivación” supone que sí hubo motivación, pero ésta no corresponde a los hechos.*

¹⁸ Manual de derecho administrativo, pág. 445.

Ahora bien, para determinar si se ha o no omitido motivar el acto, **no basta con la inclusión de expresiones genéricas**, sino que se exige una relación de los motivos que, **en concreto**, justifican el acto desde el punto de vista de los fundamentos de derecho y hecho.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Cuarta C.P. Doctor Milton Chaves García, en sentencia proferida el 26 de julio de 2017 expediente con Radicación número: 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326) Actor: Camilo Alberto Riaño Abaunza, trajo a colación jurisprudencia de esa Sección¹⁹ en la que se reiteró "(...) Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo en la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos (...) Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, so configura la nulidad del acto administrativo²⁰..."

Criterios, todos los anteriores, reseñados, más recientemente, por la misma Corporación en su Sección Primera, C.P. Doctor Oswaldo Giraldo López, en sentencia del 29 de agosto de 2019, Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00261-00, Actor: Germán Ricardo Galeano Sotomayor.

Sin duda, la falta de motivación, cuando ella es obligatoria, como en este caso, se impone no sólo justificarse en los motivos de la pandemia, **sino, sustancialmente, en las necesidades que por su urgencia deben ser satisfechas sin espera alguna de forma directa.**

En este caso, visto el acto sometido a control, se encuentran consideraciones generales, pero no se indica la justificación que da lugar a la declaratoria de la urgencia manifiesta ni, tampoco, se repite, se refiere algún documento que respalde las necesidades que se pretenden suplir. En consecuencia, concluye la Sala que el acto amerita ser declarado ilegal **por falta de motivación lo cual implica que fue irregularmente expedido.**

En efecto, el municipio se limitó a señalar los fundamentos jurídicos para ejercer la facultad, como instrumento eficaz, para cumplir con las obligaciones estatales, el bien

¹⁹ Sentencia de 23 de junio de 2011, Exp. 16090, CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

²⁰ Sentencia 16090 del 23 de junio de 2011, CP. Doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

común y el interés general, los fines constitucionales y legales, entre ellos, relevando las condiciones epidemiológicas, los conceptos de la OMS, el Ministerio de Salud y la necesidad de prevenir los efectos del COVID 19 en la comunidad, pero en manera alguna, como se indicó, hizo referencia a las razones que justificaban la declaratoria.

Es decir, el acto carece de la motivación suficiente y necesaria para determinar, en el caso concreto, si las causas generales invocadas son proporcionales a los fines que buscan los contratos a suscribir de forma directa, en otras palabras, si el acto administrativo es adecuado a los fines de la norma y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

*El acto administrativo por el cual se declara la urgencia manifiesta **no puede contener cualquier tipo de motivación sino señalar, se insiste, las razones y necesidades que dan lugar a la expedición del acto administrativo**, 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**.*

Y es que no podría llegarse a otra conclusión pues, permitir que después de la declaratoria de urgencia manifiesta sean las secretarías del municipio las que informen los bienes, obras o servicios que se requieren, sería concretar la discrecionalidad contractual, cuando ello resulta ajeno a los principios que rigen la contratación estatal en todos los casos.

*Tanto es cierta la línea de argumentación que se expone en esta providencia que, como lo deja sentado la jurisprudencia, podría acudir en varias ocasiones a declarar la urgencia manifiesta **incluso por iguales razones siempre que especifique las necesidades y justifique debidamente la declaratoria** con la que se busca 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**.*

Las razones vertidas anteriormente son suficientes para declarar la ilegalidad del Decreto No. 036 de 24 de marzo de 2020.

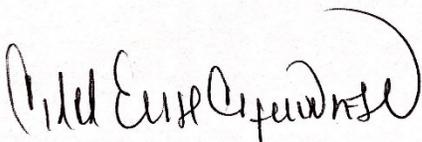
En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

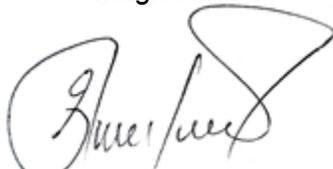
- Primero.** *Declarar la ilegalidad del Decreto No. 036 de 24 de marzo de 2020 expedido por el alcalde del Municipio de San José de Pare, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
- Segundo.** *Remítase copia de esta providencia a la Contraloría Departamental de Boyacá para lo de su cargo.*
- Tercero.** *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

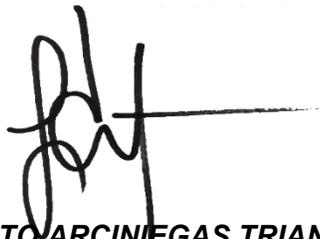
*Medio de Control: Control inmediato de legalidad
Autoridad: Municipio de San José de Pare
Expediente: 15001-23-33-000-2020-00635-00*



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado



LUIS ERNESTO ARCINEGAS TRIANA
Magistrado

*HOJA DE FIRMAS
Decreto No. 036 de 24 de marzo de 2020
Autoridad: Municipio de San José de Pare
Expediente: 15001-23-33-000-2020-00426-00*