

1000 – 006 - 01

202000001986

Medellín, 2020/06/25

Doctor
Willian Yeffer Vivas Lloreda
Personero Municipal de Medellín
Carrera 53ª N° 42-101
Centro Cultural Plaza la Libertad

Asunto: CONCEPTO FAVORABLE frente a la **URGENCIA MANIFIESTA** declarada por la Personería Municipal de Medellín, mediante Resolución 233 del 17 de abril de 2020 y el contrato 4600085769 del 20 de mayo de 2020, remitidos a este organismo de control fiscal el 18 de Junio de 2020.

Doctor Vivas Lloreda, cordial saludo:

Le corresponde a la **Contraloría General de Medellín** la función del **Control** de la contratación y legalidad de las **URGENCIAS MANIFIESTAS** declaradas por nuestros sujetos de control fiscal en cumplimiento de lo consagrado en el Artículo 43 de la Ley 80 de 1993.

En este sentido, es procedente centrarnos en el análisis de los **antecedentes** que motivaron la declaratoria de la **URGENCIA MANIFIESTA**, así como sopesar el **material probatorio** aportado en el expediente que se remite, para luego hacer unas **consideraciones jurídicas** y concluir con un **pronunciamiento** frente al mismo.

1. ANTECEDENTES

Mediante Resolución N° 233 del 17 de abril de 2020 *“Por la cual se declara la urgencia manifiesta para celebrar contratación de bienes y servicios necesarios en la Personería de Medellín, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos*

de la pandemia del coronavirus COVID-19” proferida por el señor Personero de Medellín, en uso de sus facultades legales en especial las que le confieren los artículos 178 y 181 de la Ley 136 de 1994.

2. MATERIAL PROBATORIO DE LA DECLARATORIA DE URGENCIA MANIFIESTA.

Como piezas probatorias de la declaratoria de la urgencia manifiesta, todas ellas documentales, la Personería de Medellín remitió a la Contraloría General de Medellín, las siguientes:

Resolución N° 233 del 17 de abril de 2020, “*Por la cual se declara la urgencia manifiesta para celebrar contratación de bienes y servicios necesarios en la Personería de Medellín, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia del coronavirus COVID-19*”

Dicho proveído tiene sustento fáctico en la imperiosa necesidad de velar, por una parte, por la guarda y promoción de los derechos humanos y salud de los funcionarios y contratistas de esa Agencia del Ministerio Público y por otra, en la protección de la comunidad en general que tiene contacto directo con éstos en las disímiles diligencias en que se ven avocados en su quehacer institucional, siendo necesario de esta forma, adquirir elementos de protección con el propósito de disminuir el riesgo de contagio del denominado por la ciencia médica Covid 19, en esa dependencia.

2.1. ACTUACIONES PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES DERIVADAS DE LA URGENCIA MANIFIESTA DECLARADA POR LA PERSONERÍA DE MEDELLÍN.

Es importante *recordar* que la finalidad de los actos contractuales ejecutados por cualquier entidad pública en desarrollo de la declaratoria de una urgencia manifiesta, es autorizar la celebración de contratos de forma directa, obviando los procedimientos de selección que normalmente deben adelantarse para elegir al contratista, sin embargo, hay que tener en cuenta que se deben aplicar todos los principios de la contratación estatal, cuáles son: transparencia, economía, responsabilidad y deber de selección objetiva

A continuación se detalla la información precontractual y contractual y los anexos respectivos, remitidos a este Ente de Control Fiscal por la Personería de Medellín

en cumplimiento de la urgencia manifiesta decretada mediante la Resolución 233 del 17 de abril de 2020.

2.2.1. Contrato 4600085769 suscrito el 20 de mayo de 2020, objeto: “Suministro de elementos de protección para la prevención de la pandemia COVID-19 en la Personería de Medellín”.

Valor: Veinticuatro Millones Trescientos Cuarenta y Tres Mil Novecientos Cuarenta y Tres Mil Novecientos Noventa y Tres Pesos (\$24.343.993).

Plazo: Desde la suscripción del contrato, sin superar el 31 de mayo de 2020.

Contratista: Gráficas Jorvalle S.A.S NIT 900.285.277-0

Certificados de disponibilidad presupuestal y Registro:

- Certificado de Disponibilidad Presupuestal 4000101681 del 12 de mayo de 2020 por \$24.344.000.
- Registro Presupuestal del 18 de mayo de 2020 por valor de \$24.343.993

2.2.2. Certificado de existencia y Representación legal del Contratista

2.2.3. Certificado de antecedentes disciplinarios del contratista y Representante Legal

2.2.4. Certificados del Boletín de Responsables Fiscales del contratista y del Representante Legal de la Contraloría General de la República.

2.2.5. Registro Único Tributario del Contratista.

2.2.6. Certificación del Plan anual de adquisiciones de la Personería de Medellín.

Cabe resaltar que el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, ordenó entre otros, a los diferentes representantes de las entidades públicas, la adopción de medidas necesarias en aras de garantizar la prevención y el control sanitario para evitar la propagación del COVID 19 para el cabal funcionamiento y garantía de sus correspondientes servidores y contratistas.

La Ley Estatutaria 1751 de 2015. “*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*” dispone en su Artículo 5° que el Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, como uno de los elementos fundamentales del Estado Social de Derecho.

Por su parte, el Decreto 537 de 2020¹, prescribe sobre la urgencia manifiesta en su artículo séptimo (7°) que 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 el 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, denominado Covid 19.

Bajo el anterior soporte normativo se puede constatar que el **Contrato 4600085769 del 20 de mayo de 2020**, suscrito con Gráficas Jorvalle S.A.S cuyo objeto es “Suministro de elementos de protección para la prevención de la pandemia COVID -19 en la Personería de Medellín” tiene relación de causalidad con la urgencia manifiesta declarada por esa entidad mediante Resolución N° 233 del 17 de abril de 2020, por cuanto, la situación a partir de la cual se declaró la urgencia fue para la mitigación y contención del Covid 19 en el personal administrativo y de contratistas del sujeto de control, dotándolos de elementos de protección necesarios y vitales en aras de poder cumplir sus diferentes compromisos institucionales, entre ellos obviamente y de manera cardinal, el de prestar los servicios a la comunidad en general que requieren los múltiples servicios de esa Agencia del Ministerio Público, en la protección de sus derechos y libertades fundamentales, que por canon constitucional y legal deben prestar.

Es de anotar, que la ejecución del contrato **4600085769** celebrado por la Personería de Medellín será verificado por el equipo auditor en ejercicio del **CONTROL POSTERIOR Y SELECTIVO**², en el desarrollo del Plan General de Auditoría de esta vigencia, en el cual se atenderán las quejas o solicitudes referentes al asunto en cuestión.

3. CONSIDERACIONES JURIDICAS ENTORNO A LA PERSONERIA DE MEDELLÍN

3.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PERSONERIA DE MEDELLÍN.

¹ “ Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal , en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológico”

² **Decreto 403 de 2020.** “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”. **Artículo 53. Control posterior y selectivo.** Se entiende por control posterior la fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, con el fin de determinar si las actividades, operaciones y procesos ejecutados y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado. Este tipo de control se efectuará aplicando el principio de selectividad.

Para el ejercicio del control fiscal posterior y selectivo, la vigilancia fiscal podrá realizarse a través del seguimiento permanente del recurso público por parte de los órganos de control fiscal, mediante el acceso irrestricto a la información por parte de estos.

Establece el artículo 118 de nuestro Estatuto Superior: “ *El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación , por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades , por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas*”.

Por su parte, la Ley 136 de 1994, en su artículo 181, señala: “*Sin perjuicio de las funciones que les asigne la Constitución y la ley, los personeros tendrán la facultad nominadora del personal de su oficina, la función disciplinaria, la facultad de ordenador del gasto*212121212121^o *asignados a la personería y la iniciativa en la creación, supresión y fusión de los empleos bajo su dependencia, señalarles funciones especiales y fijarle emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes*”

Ahora bien, como organismo de control, las Personerías Municipales, gozan de plena autonomía administrativa y presupuestal al tenor de lo establecido en el artículo 181 ejusdem y 108 y 110 del Decreto Ley 111 de 1996, y de contera la facultad para contratar por parte de los respectivos titulares de esas Agencias del Ministerio Público.

Autonomía presupuestal y administrativa, que bien ha sido definida por la jurisprudencia cuando ha precisado entre otras: “*Al respecto, es necesario señalar que la Personería Municipal puede carecer de personería jurídica, pero ello no es óbice para que efectúe el pago de las condenas judiciales, toda vez que goza de autonomía administrativa y presupuestal y constituye una Sección dentro del presupuesto del respectivo municipio, lo cual la habilita para atender sus obligaciones y realizar sus pagos. En materia presupuestal, las normas legales orgánicas son de aplicación tanto a nivel nacional como territorial, conforme lo establece el artículo 352 de la Constitución (...) Como se observa, el inciso tercero de esta última norma [artículo 110 del decreto 111 de 1996] menciona a las “Personerías Territoriales”, expresión que comprende a las personerías distritales y a las municipales y en consecuencia, la ley orgánica de presupuesto reconoce a estos órganos, la autonomía presupuestal necesaria para el ejercicio independiente de su labor de control de la administración local y les confiere la categoría de ser una sección del presupuesto del respectivo distrito o municipio, con lo cual, además de la potestad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hacen parte (el distrito o el municipio), pueden válidamente ordenar el gasto*

respecto de las apropiaciones que han sido incorporadas en la Sección que les corresponde. (...) En síntesis, compete a la Personería Municipal de Santiago de Cali proceder al reconocimiento y pago de las sentencias judiciales dictadas en su contra, que se encuentren en firme, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 173, 174, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, con cargo al presupuesto de gastos asignado en su Sección, dentro del presupuesto general del municipio, para lo cual debe tener y afectar el rubro correspondiente, siguiendo el principio de legalidad del gasto(..)” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 28 de Junio de 2007, CP Gustavo Aponte Santos).

Autonomía administrativa, financiera y presupuestal, que también ha sido precisada por la Corte Constitucional al disciplinar³

“ (...) Estando claro que los órganos de control del nivel local no hacen parte de la administración municipal, porque se trata de entidades que por mandato superior gozan de la debida autonomía administrativa y presupuestal para el cumplimiento de su función de fiscalización de la actividad administrativa, es fácil inferir que el alcalde carece de competencia para ordenar sus gastos como si se tratara de instituciones que conforman la infraestructura administrativa del municipio (...) Así mismo, debe señalarse que si tanto las personerías como las contralorías municipales no son parte de la administración local-aún cuando estén autorizadas para desarrollar actividades administrativas inherentes a su propia organización (art. 268 de la C.P.) (...)” (Lo resaltado es nuestro).

4. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA URGENCIA MANIFIESTA Y LA CONTRATACIÓN DERIVADA DE SU DECLARATORIA CON OCASIÓN DEL COVID 19 Y SU CONTROL

Previo al pronunciamiento que declarará si se han satisfecho o no los requisitos legales dispuestos en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, los cuales conducirán a establecer si era procedente o no la declaratoria de la Urgencia Manifiesta de que se trata, se hará un análisis normativo y jurisprudencial aplicable al caso, así:

4.1. LA URGENCIA MANIFIESTA.

Es una de las causales de contratación directa consagrada en el Estatuto de Contratación para celebrar contratos sin que medie una convocatoria pública, se

³ Corte Constitucional C-365 de 2001

utiliza cuando la administración pública requiere actuar de manera inmediata y urgente para mitigar circunstancias excepcionales o apremiantes que no permiten realizar un proceso de selección de contratistas.

La Ley 80 del 28 de octubre de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 42 señala:

“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.”.

A su vez, el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, establece que la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. En el numeral 4° de la disposición antes citada se determina como una modalidad de selección de contratación directa la urgencia manifiesta.

Nótese que el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, privilegia el interés general por encima de las formalidades, pues al prescindirse del proceso de selección del contratista a través de convocatoria pública, lo primordial es evitar la paralización del servicio público o restablecerlo en forma inmediata.

Es procedente indicar que esta figura no sólo fue instituida para remediar hechos ya acaecidos y que afectan la prestación de los servicios públicos, sino también para evitar situaciones que pondrían en grave riesgo a la comunidad, sin que esto último implique la utilización de la figura para amparar la negligencia de la administración y eludir así los procedimientos de selección del contratista legalmente establecidos para ello.

En este orden y de presentarse una situación que implique grave peligro para la población u otra situación que involucre la utilización de la medida, ello debe hacerse, a fin de evitar un mal mayor, pues no puede exponerse a la comunidad a sufrir la desidia de la administración al no haber realizado las actuaciones correspondientes en su momento, lo que no es óbice para establecer la responsabilidad que de tal actuación pueda derivarse.

Dicha figura fue abordada por la Corte Constitucional en sentencia C - 772 de 1998, definiéndola así:

“La urgencia manifiesta es una situación que puede decretar directamente cualquier autoridad administrativa, sin que medie autorización previa, a través de acto debidamente motivado. Que ella existe o se configura cuando se acredite la existencia de uno de los siguientes presupuestos: -Cuando la continuidad del servicio exija 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.”

De igual forma, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado en torno a los elementos esenciales de la urgencia manifiesta, en los siguientes términos⁴:

“La Ley 80 de 1993, artículos 41 a 43 incorporó la figura de la urgencia manifiesta como una modalidad de contratación directa. Se trata entonces de un mecanismo excepcional, diseñado con el único propósito de otorgarle instrumentos efectivos a las entidades estatales para celebrar los contratos necesarios, con el fin de enfrentar situaciones de crisis, cuando dichos contratos, en razón de circunstancias de conflicto o crisis, es del todo imposible celebrarlos a través de la licitación pública o la contratación directa. Es decir, cuando la Administración no cuenta con el plazo indispensable para adelantar un procedimiento ordinario de escogencia de contratistas.

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

⁴ Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, 7 de febrero de 2011, expediente: 34425, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Administración la continuidad de un servicio que exige suministro de bienes, ejecución de obras o la propia prestación de servicios.

En providencia más reciente, ese Alto Tribunal se refirió a los principios en los cuales se debe fundamentar la declaratoria de una urgencia manifiesta⁵, expresó:

“La figura de la urgencia manifiesta se sustenta en, al menos, tres principios:

Por un lado, el principio de necesidad que consiste en que debe existir una situación real que amenace el interés público ya sea por un hecho consumado, presente o futuro y que hace necesaria la adopción de medidas inmediatas y eficaces para enfrentarla.

El principio de economía en virtud del cual se exige que la suscripción del negocio jurídico dirigido a mitigar la amenaza o el peligro en que se encuentra el bien colectivo, se realice por la vía expedita de la contratación directa, pretermitiendo la regla general de la licitación pública para garantizar la inmediatez y/o la continuidad de la intervención del Estado.

El principio de legalidad que supone que la declaratoria de la urgencia manifiesta solo procede por las situaciones contenidas expresamente en la norma, sin que puedan exponerse razones distintas para soportarla.

Igualmente, se concluye que la decisión que en ese sentido se adopte ha de ser sometida a control posterior por el órgano competente, en la medida en que debe verificarse que su declaratoria se dicte con apego a la disposición legal que la regula, so pena de iniciar las investigaciones disciplinarias o penales a que haya lugar por su empleo indebido”.

De modo similar, la Procuraduría General de la Nación en varios pronunciamientos⁶, respecto a la urgencia manifiesta ha sostenido:

“La Ley 80 de 1993, en el artículo 42, autoriza al jefe o representante legal de la respectiva entidad estatal, para hacer la declaración de urgencia con el carácter de manifiesta cuando se presenten situaciones excepcionales relacionadas con calamidades, desastres, fuerza mayor, guerra exterior o conmoción interior, emergencia económica, social o ecológica, o vinculadas a la imperiosa necesidad de impedir la paralización de un servicio público.

En dichos eventos se podrá contratar directamente de manera inmediata, observando el deber de selección objetiva, debiendo presentar toda la información requerida al respectivo organismo de control fiscal. En la motivación del acto administrativo que

⁵ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección A-Consejo Ponente: Hernán Andrade Rincón (E), Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04055-01(41768) del 16 de julio de 2015

⁶ Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, Radicación: 165 – 33345-1999 del 3 de mayo de 2004. Sala Disciplinaria, en proceso radicado 161-02486-165-074054/02 del 2 de diciembre de 2004

declare el estado de urgencia, 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.

Con el procedimiento de la urgencia manifiesta, el legislador ha querido establecer que deben sacrificarse los principios de igualdad y concurrencia, en aras de salvar el servicio público prestado por el estado o de preservar el interés público o general consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política, cuando la necesidad de realizar las obras no permitan que se adelante el proceso de la licitación pública porque el tiempo empleado en ello puede llevar a no cumplir con la obligación constitucional.

Debe tenerse en cuenta que la urgencia manifiesta tiene una doble finalidad: preventiva y curativa; la primera hace relación a la solución inmediata de aquellos problemas que amenacen la continuidad del servicio, permitiendo el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro y, la segunda, se refiere a aquellos que resultaron como consecuencia del desastre y que por lo tanto deban ser solucionados inmediatamente.

Por esas particulares circunstancias que caracterizan la urgencia, en la que hay de por medio motivos superiores de interés colectivo, con mayor razón son de obligatoria aplicación los objetivos de contratación administrativa, esto es, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con entidades y organismos del Estado.

En virtud de todo lo anterior, la doctrina ha clasificado las causales que generan la urgencia en preventivas y curativas, según las cuales, las primeras tienen el propósito de evitar la caída de un servicio público, cuya solución mediante el trámite normal conduciría a una parálisis del mismo y, las otras, tienden a remediar el hecho calamitoso o de desastre; en ambos eventos las hipótesis deben ser ciertas, objetivas, **actuales** y obedecer a una circunstancia **imprevisible y sobreviniente**. Estos presupuestos deben indefectiblemente **concurrir** de manera simultánea, al momento de dictar la emergencia”.

4.2. MARCO NORMATIVO DE LOS CONTRATOS DERIVADOS DE LA URGENCIA MANIFIESTA POR EL COVID 19.

Las normas que regulan los procesos de contratación directa con base en la urgencia manifiesta ocurrida por el Covid-19, son las siguientes: Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Decreto 1082 de 2015, Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, Decreto 440 del 20 de marzo de 2020 y Decreto 537 del 12 de abril de 2020, Comunicado del 17 de marzo de 2020 expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, y Circular CGR 06 de 19 de marzo de 2020.

4.3. SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA LA URGENCIA MANIFIESTA.

El acto administrativo que declare la urgencia manifiesta hace las veces de justificación, y en este caso la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos para la contratación directa⁷, debe motivarse con razones ciertas y convincentes que permitan verificar la verdadera necesidad de la Administración para recurrir a este mecanismo de contratación.

Respecto a la declaratoria de urgencia manifiesta a raíz de la Pandemia Covid-19, el Decreto 537 de 2020 determinó que:

Artículo 7. Contratación de urgencia. Con ocasión la declaratoria de estado de Emergencia Sanitaria declarada por Ministerio de Salud y Protección Social 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...” (Negrillas fuera de texto)

Comprobada la existencia de la calamidad –el Covid-19– **se debe determinar qué se pretende solucionar por medio de la declaratoria, para que las actuaciones siempre estén orientadas a prevenir, contener o mitigar los efectos de la pandemia.**

4.4. LA DETERMINACIÓN DE QUÉ OBRAS, BIENES O SERVICIOS REQUIERE LA ENTIDAD CONTRATANTE PARA CONJURAR Y/O MITIGAR LA CRISIS.

En primer lugar, es imperioso señalar que se debe analizar de forma objetiva la circunstancia de la crisis en la cual se encuentran en un momento determinado, por cuanto si la entidad estatal puede enfrentarla mediante el uso de cualquier otro mecanismo de selección del contratista, como la licitación o selección abreviada, por ejemplo, no se podría declarar la urgencia manifiesta para acudir a una causal de contratación directa.

⁷ Artículo 2.2.1.2.1.4.2. del Decreto 1082 de 2015.

Esto significa que es improcedente acudir a la urgencia manifiesta si existe la posibilidad de acudir a cualquier procedimiento de convocatoria pública para la selección del contratista.

Ahora bien, dentro de los elementos que debe contener la declaratoria de urgencia manifiesta, está la determinación de los contratos que se deben celebrar **y tienen una relación directa para conjurar la crisis.**

Hay que verificar que el objeto de los contratos contemple la permanencia, por cuanto la Administración debe garantizar la continuidad de un servicio que exige suministro de bienes, ejecución de obras o la propia prestación de servicios.

Debe existir un nexo claro, directo y causal entre los contratos a celebrar y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de urgencia manifiesta.

El cumplimiento de los mencionados elementos fue verificado por este Organismo de Control Fiscal respecto al contrato 4600085769 del 20 de mayo de 2020 suscrito por la Personería de Medellín en desarrollo de la urgencia manifiesta tal y como se expuso en el numeral **2.2.** de este pronunciamiento.

5. EL CONTROL FISCAL SOBRE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR URGENCIA MANIFIESTA.

Según lo estipulado en los artículos 43 y 65 de la Ley 80 de 1993, la urgencia manifiesta tendrá un control de forma inmediata por parte de las contralorías, las cuales revisaran los contratos, el acto administrativo que declaró la declaró y el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos que la motivaron.

Las normas descritas consagran:

ARTÍCULO 43. DEL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN DE URGENCIA. *Del Control de la Contratación de Urgencia. Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, estos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos 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...*" (Negrillas y subrayas nuestras)

ARTÍCULO 65. DE LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES QUE EJERCEN CONTROL FISCAL. *La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos.*

Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales. (Negrillas y subrayas nuestras).

Lo anterior en consonancia con lo disciplinado por el Consejo de Estado, cuando entre otras, ha señalado:

"Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, examinó el tema de la urgencia manifiesta en el concepto rendido el 24 de marzo de 1995 (C.P. doctor Luis Camilo Osorio Isaza), en donde puso de presente que en la actuación relativa a la contratación directa por declaración de urgencia manifiesta, el control fiscal se ejerce a plenitud, con ejercicio de todas las atribuciones legales tendientes a determinar si el procedimiento se ajustó a las precisiones del estatuto de contratación del Estado y a establecer si existe mérito suficiente para iniciar proceso de responsabilidad fiscal o de cualquier otra índole. En la ocasión, la Sala de Consulta y Servicio Civil sostuvo que el control fiscal ejercido sobre actuaciones de contratación directa por declaración de urgencia manifiesta, se caracteriza por los siguientes elementos:

*a) La inmediatez de la revisión, por cuanto, la entidad pública contratante debe enviar la documentación que **contenga el acto administrativo que declare la urgencia, el contrato celebrado y los antecedentes administrativos con las pruebas de los hechos que motivaron la urgencia, al organismo de control una vez que el contrato se celebre.** b) La forma obligatoria del control, que se ejerce sin que medie el proceso selectivo descrito en el artículo 5° de la Ley 42 de 1993.*

Estas conclusiones son obvias porque para la celebración de los contratos estatales, con fundamento en la declaración de urgencia manifiesta, se prescinde del proceso de selección del contratista por licitación o concurso público y se contrata directamente; además, en ocasiones, dependiendo de la urgencia, conforme lo dispone el artículo 4° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el contrato puede ser virtual, debiéndose dejar la constancia escrita de la autorización por parte de la entidad contratante.

Bajo esas circunstancias absolutamente excepcionales, dentro de las cuales se excluyen algunos de los procesos legales previstos para la contratación estatal, el legislador quiso mantener un control inmediato y obligatorio, en todos los casos, para verificar que la conducta de los administradores se ciña a los intereses del Estado.

*La misma disposición agrega, que la urgencia manifiesta, que la urgencia manifiesta deberá declararse mediante **acto administrativo motivado**" (Sentencia del 31 de agosto de 2017, Radicado 11001-03-24-000-2002-00362-01) (Lo resaltado es fuera de texto).*

En igual sentido la Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente mediante comunicado del 17 de marzo de 2020, expresa lo siguiente:

“COVID 19

CONTRATACIÓN DE URGENCIA MANIFIESTA Y CON ORGANISMOS DE COOPERACIÓN, ASISTENCIA O AYUDAS INTERNACIONALES POR CAUSA DEL COVID-19

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, como ente rector del sistema de compras y contratación pública, de conformidad con los artículos 2 y 3 del Decreto 4170 de 2011, y considerando la pandemia generada por el COVID-19, informa a las entidades estatales que en situaciones de urgencia manifiesta pueden contratar directamente o con organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, en las condiciones que se recuerdan a continuación:

1. Definición de la urgencia manifiesta como causal de contratación directa

1.1. Si bien la licitación pública es la modalidad de selección que constituye la regla general para las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el artículo 2, numeral 4º, de la Ley 1150 de 2007 consagra algunas excepciones a la libre concurrencia y a la pluralidad de oferentes, que atienden a la necesidad de salvaguardar principios como la eficiencia, la eficacia, la economía, la celeridad o la integridad de las personas. Una de tales excepciones es la causal de contratación directa prevista en el literal a) del mencionado numeral, denominada por la ley como «urgencia manifiesta».

1.2. Esta causal debe leerse en armonía con los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993, que definen la urgencia manifiesta y establecen el procedimiento para su declaratoria, así como para la celebración de los contratos que se derivan de aquella.

1.3. El artículo 42 de la Ley 80 define la urgencia manifiesta como una circunstancia que exige, con carácter apremiante, preservar la continuidad del servicio, porque este se ha afectado por situaciones de fuerza mayor, desastres, calamidades o hechos relacionados con los estados de excepción. El elemento común de estos eventos es que exigen atender la contingencia de manera inmediata, mediante la ejecución de obras, la prestación de servicios o el suministro de bienes. Por tanto, lo que permite catalogar un supuesto fáctico como urgente, en forma manifiesta, es que demanda actuaciones del Estado que no dan espera, para mantener la regularidad del servicio, y que impiden acudir a los procedimientos de selección públicos, es decir, a la licitación pública, a la selección abreviada, al concurso de méritos y a la contratación de mínima cuantía.

1.4. De este modo, algunos de los supuestos que caben dentro de la categoría de urgencia manifiesta son: a) Situaciones relacionadas con los estados de excepción; es decir, con los estados de: i) guerra exterior, ii) conmoción interior y **iii) emergencia económica, social y ecológica; y b) Hechos de calamidad**, fuerza mayor o desastre, es decir, circunstancias que pongan gravemente en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, en los términos del artículo 64 del Código Civil, que establece: «Se

llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.». Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española define desastre como Desgracia grande, suceso infeliz y lamentable» y calamidad como desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas.

2. Procedimiento para la declaratoria de la urgencia manifiesta y para la celebración de los contratos correspondientes

2.1. El artículo 42 de la Ley 80 de 1993 prevé que cuando se presente una circunstancia que pueda catalogarse como de urgencia manifiesta –en las condiciones señaladas anteriormente–, esta debe declararse «mediante acto administrativo motivado», es decir, a través de una manifestación unilateral de voluntad razonablemente justificada, proferida por el representante legal de la entidad o quien sea en dicho caso el titular de la competencia para contratar, según lo establecido en el artículos 11 y 12 de la misma Ley.

2.2. Por obvias razones, al tratarse de una circunstancia imprevista y apremiante, no es necesario realizar estudios previos. Es por ello que el artículo 2.2.1.2.1.4.2. del Decreto 1082 de 2015 establece que 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.

2.3. Una vez expedido el acto administrativo, la entidad estatal debe realizar todos los trámites internos que sean necesarios para contratar, entre ellos la disposición de los recursos. En tal sentido, el tercer inciso del artículo 42 de la Ley 80 señala que «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». Este inciso fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-772 de 1998, [...] 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.

2.4. Si bien, por regla general, los contratos estatales se reputan solemnes; es decir, requieren, para su celebración, que se llegue a un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y se plasmen por escrito –principio que también debe aplicarse en condiciones relativamente normales a las situaciones de urgencia manifiesta que no revistan tanta gravedad–, lo cierto es que puede haber casos de urgencia manifiesta que, por su entidad, no den tiempo de acordar con todo el rigor el alcance de la obligación principal del contrato y el precio que se pagará al contratista. En tales situaciones el contrato se puede perfeccionar consensualmente y el pacto del precio se puede efectuar en una etapa posterior.

2.5. Así mismo, debe tenerse en cuenta que a la urgencia manifiesta se le extiende lo previsto en el artículo 2.2.1.2.1.4.5. del Decreto 1082 de 2015, que dispone que «En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigir las o no debe estar en los estudios y documentos previos.

2.6. Una vez declarada la urgencia manifiesta a través del acto administrativo y celebrado el contrato correspondiente se debe cumplir con la exigencia contenida en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993. La finalidad de este procedimiento es que la autoridad que ejerce el control fiscal en la respectiva entidad –la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, según el caso– revise si son ciertas las razones aducidas por el representante legal de la entidad o su delegatario para declarar la urgencia manifiesta, si tales motivos en efecto son constitutivos de urgencia y si la gestión presupuestal adoptada fue la indicada. El pronunciamiento del órgano de control se expresa en un acto administrativo de trámite. Así lo reconoció recientemente el Consejo de Estado.

Artículo 215 de la Constitución: «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.

Igualmente, se encuentran los eventos de suma o extrema urgencia que comportan situaciones de tal gravedad y premura, que su solución no da espera si quiera para lograr un acuerdo entre las partes respecto de la contraprestación esperada por la actividad a ejecutar y menos de verter a escrito su acuerdo; tal es el caso de los sucesos de calamidad o desastres, generalmente constitutivos de fuerza mayor, que impiden a todas luces la apertura de un espacio entre las partes para discutir los términos de lo que eventualmente sería la minuta de un contrato.

Consciente de este estado de apresuramiento que justificaría la imposibilidad de solemnizar el negocio estatal, el legislador dotó a la Administración de la facultad de

abstenerse incluso de la suscripción del escrito contentivo del contrato necesario para resolver la situación, con la única salvedad de que de tales circunstancias se deberá dejar constancia escrita de la entidad estatal dirigida a consentir la ejecución de las obras o labores requeridas para conjurar la emergencia» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de septiembre de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 30.683).

La Corte Constitucional en Sentencia C-772 de 1998, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, sostuvo:

1. Así se infiere de los incisos 4 y 5 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que expresan lo siguiente: En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste, por un perito designado por las partes.

Para la Sala es claro que los pronunciamientos proferidos por el organismo que ejerce el control fiscal, en relación con los hechos y circunstancias que determinen alguna declaratoria de urgencia manifiesta, con fundamento en la facultad prevista por el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, no son susceptibles de control jurisdiccional, pues se trata de meros actos de trámite, en tanto en ellos simplemente se consignan los hallazgos a partir de los cuales puede derivarse o no el inicio de las investigaciones de orden fiscal o disciplinario que correspondan. En el caso concreto, las Resoluciones 10 del 6 de mayo de 2011 y 14 del 29 de junio del mismo año, expedidas con base en las facultades de que trata el citado artículo 43, se limitaron a impulsar la actuación administrativa de control fiscal, por parte de la Contraloría, la cual, a la postre, sí podría culminar con una decisión de fondo, esta sí, enjuiciable ante la jurisdicción contenciosa administrativa⁸.

6. PRONUNCIAMIENTO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE MEDELLÍN SOBRE LA DECLARATORIA DE URGENCIA MANIFIESTA

La Contraloría General de Medellín, tiene adoptados como criterios para emitir concepto respecto a las declaratorias de Calamidad Pública y/o Urgencia Manifiesta emitidas por los sujetos de control, los derivados y enmarcados dentro de las competencias que otorga el artículo 43 de la Ley 80 de 1993; el control que realiza

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 19 de septiembre de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 42.711.

la Contraloría consiste en **verificar la ocurrencia de los hechos aducidos como motivación de la declaratoria de urgencia manifiesta**, con el fin de determinar si los mismos se ajustan o no a los presupuestos legales, lo cual se hace a través de la documentación aportada por el sujeto de control, teniendo en cuenta y en virtud del principio de la presunción de buena fe y autenticidad de los documentos presentados para el estudio de la misma.

Dado lo anterior, esta instancia de control ha dado análisis al asunto teniendo como sustento probatorio los documentos anexos, de los cuales se extrae, en resumen, de manera relevante y secuencial una serie de hechos y actuaciones por los cuales se realizó la declaratoria de Urgencia Manifiesta, pues el sujeto de control se encontraba en una situación apremiante que ameritaba intervención urgente, por las contingencias de salud de la pandemia del Covid-19-.

La motivación del acto administrativo por medio del cual se declaró una urgencia manifiesta por parte de la Personería de Medellín y el contrato realizado con soporte en la misma, en criterio de esta Agencia Fiscal, guarda estrecha relación con lo disciplinado por la Jurisprudencia y es consecuente con lo establecido en tal aspecto por nuestro marco jurídico, como bien se reseñó en acápites precedentes.

En otro orden de ideas y siguiendo los lineamientos del Decreto Nacional 537 de 2020 el cual estipula que “(...) *para generar la confianza institucional de cada uno de los ordenadores del gasto en una medida como la urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y el literal a) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se hace necesario considerar como probado el estado de emergencia sanitaria con ocasión de la pandemia Coronavirus COVID-19, que sirve como fundamento fáctico para implementar la modalidad de contratación directa de los bienes y servicios requeridos durante la emergencia sanitaria*”.

Por tal motivo, y una vez analizados los antecedentes administrativos de la declaratoria de urgencia manifiesta y el contrato 4600085769 del 20 de mayo de 2020, remitidos por el sujeto de control referenciado, vislumbra el Despacho que encuadran dentro de los parámetros del artículo 42 de la ley 80 de 1993; por cuanto tiene coherencia con los acontecimientos de hechos notorios que son de dominio público, como es la pandemia del COVID 19, además esa declaratoria fue debidamente autorizadas en los decretos del orden nacional.

Sin más consideraciones al respecto, este Despacho **EMITE UN PRONUNCIAMIENTO FAVORABLE** en relación con la **Resolución 233 del 17 de abril de 2020** “*Por la cual se declara la urgencia manifiesta para celebrar contratación de bienes y servicios necesarios en la Personería de Medellín, con el*

objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia del coronavirus COVID-19 ” toda vez que la parte motiva del acto administrativo tiene soporte en la prevención y mitigación de la pandemia denominada por la ciencia médica como Covid 19 y de contera, el contrato suscrito con base en la misma, pretendió la protección del personal administrativo y de contratistas y de la comunidad en general que deben concurrir en ejercicio de diferentes actividades y funciones en las instalaciones locativas de la Personería de Medellín.

Servidores públicos, contratistas y comunidad en general, que era deber incuestionable proteger en las contingencias de salud que pudiera producir la pandemia, en aras del estricto cumplimiento del marco jurídico por parte del señor Personero de Medellín, como bien se esbozó en acápites precedentes.

Lo anterior, sin perjuicio de la revisión posterior que pueda realizarse sobre toda la actividad contractual desarrollada por la Personería de Medellín como consecuencia de la atención a lo relacionado con el tema de la pandemia COVID-19, **para verificar si los contratos que se celebren con ocasión de esta, se ajustaron o no, a la ley, y si se encuentran liquidados o terminados, lo cual complementa la revisión Fiscal, de Gestión y de Resultados.**

Atentamente,



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralor
DESPACHO DEL CONTRALOR

Elaboró: Elkin Montoya R, Profesional Universitario 2

Revisó: María I. Morales S – Jefe O. A. Jurídica