



PROCURADURIA 166 JUDICIAL II
ANTE EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA

CONCEPTO No. 027

Santiago de Cali, siete (7) de mayo de 2020.

Señora

ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES

Magistrado (a) Ponente

Tribunal Contencioso Administrativo del Valle

E. S. D.

ASUNTO:	ALEGATOS DE CONCLUSIÓN
REFERENCIA:	CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD
RADICADO No:	76001-23-33-000-2020-0286
DECRETO:	Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020
ENTIDAD:	Guadalajara de Buga – Valle del Cauca

El suscrito Procurador 166 Judicial II para Asuntos Administrativos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 303 de la Ley 1437 de 2011, que le permite actuar como **sujeto procesal especial**, en defensa del orden jurídico, presenta ALEGATOS DE CONCLUSIÓN, según las siguientes consideraciones.

ANTECEDENTES

1).- Mediante Decreto No. 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*”, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política y en la Ley 137 de 1994, declaró 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.

2).- Que la declaratoria del *Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*”, tuvo como presupuesto fáctico: (i) la declaratoria del coronavirus -

COVID-19 como emergencia de salud pública de importancia internacional, (ii) la existencia en el país de casos de brote de esta enfermedad, (iii) la solicitud de la Organización Mundial de la Salud, para que se adopten medidas prematuras con el objetivo de detener la transmisión y prevenir la propagación del virus, (iv) la declaratoria, mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 del ministro de Salud y Protección Social, conforme al artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, del estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19, (v) el elevado incremento en el país de personas afectadas por este virus, (vi) la falta de capacidad institucional ordinaria de las autoridades para atender a todos los posibles afectados por este brote, (vii) las afectaciones económicas que a corto, mediano y largo plazo este brote tendrá en la economía, en la calidad de vida de los colombianos y en la capacidad financiera del Estado para responder a la crisis.

3).- Que, mediante Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020, “*Por medio del cual se declara la urgencia manifiesta para garantizar la prestación del servicio en el marco de las medidas sanitarias para la preservación de la vida y mitigación del riesgo con ocasión de la situación epidemiológica causada por el coronavirus (covid-19) en el Municipio de Guadalajara de Buga y se dictan otras disposiciones*”, la Guadalajara de Buga – Valle del Cauca, ordenó lo siguiente: (I) Declarar la urgencia hasta por el término de ciento veinte (120) días, (II) realizar los traslados presupuestales, (III) celebrar los contratos necesarios para atender la pandemia del COVID-19, (IV) remitir a la Contraloría y a la Personería los contratos que se celebren con ocasión de esta facultad.

4). Mediante auto interlocutorio del dos (2) de abril de dos mil veinte (2020)) fue admitido el control de legalidad. Dicho auto, fue notificado al correo electrónico de este agente el día tres (2) de abril de la misma anualidad. El día cuatro (4) de mayo, este agente fue notificado del traslado para presentar alegatos de conclusión.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si, la norma que se analiza, Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020, reviste o no de legalidad, a la luz de la Constitución Política de 1991 y de las normas que rigen el Estado de excepción, en general, es decir, los artículos 214 y 215 de la Constitución Política de 1991, y de las que gobiernan el Estado de emergencia sanitaria, en particular, Decreto 417 de 2020 y todos aquellos que le desarrollan.

CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

1.- MARCO NORMATIVO DEL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA.

Los estados de excepción, antes llamados estados de sitio, constituyen, en los términos planteados por Carl Schmitt, jurista alemán de mediados del siglo pasado y exponente del

nacional socialismo alemán, una expresión de Soberanía, de un acto por el cual un sujeto, en sentido metafórico, se ubica dentro del Estado, para ordenarlo, pero por fuera, para no vincularse por sus normas. Si bien, el *Estado de excepción*, en Schmitt, va mucho más allá, resulta ser éste el escenario en el cual se desarrollan los *poderes de emergencia*, de los cuales hace uso el poder ejecutivo, en los términos previstos en la Constitución, para conjurar situaciones graves que afectan la estabilidad de institucional¹.

La Constitución Política de 1991, abandonó el viejo esquema de *estado de sitio* previsto en la Constitución Política de 1886, carente de controles efectivos, que resquebrajó la institucionalidad y mantuvo al país en la anormalidad institucional, y acogió la figura del estado de excepción, de naturaleza *reglada, excepcional y limitada*².

La Constitución Política de 1991 prevé, en sus artículos 212 a 215, los estados de excepción. Así, el Presidente de la República, como Jefe de Gobierno, con la firma de todos los Ministros, puede declarar tres tipos de estados de excepción: (i) Guerra Exterior, (ii) Conmoción Interior y (iii) Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Los estados de excepción en Colombia, están regulados en la Ley estatutaria 137 de 1994, “*Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia*”. En dicha norma, con control previo, oficioso e integral por parte de la Corte Constitucional -sentencia C-179,1994-, se prevé los lineamientos básicos a los cuales habrá de sujetarse el Gobierno Nacional a la hora de declarar cualquiera de los estados de excepción, así como de las medidas para conjurar la crisis.

La Constitución Política de 1991, previó un control judicial que comprende, por parte de la Corte Constitucional, el decreto que declara el estado de excepción, los que contienen las medidas para conjurar la crisis y, eventualmente, los que prorrogan la declaratoria de anormalidad. Asimismo, prevé, por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, un control automático de legalidad de todas aquellas medidas adoptadas por las autoridades descentralizadas -artículo 136 de la Ley 1437 de 2011-.

El estado de emergencia económica, social y ecológica, está previsto en el artículo 215 de la Constitución, en el cual se dice que, cuando sobrevengan hechos distintos que aquellos que constituyen guerra exterior -art. 212-, y conmoción interior -art. 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*”, puede el Presidente declarar el estado de emergencia.

Conforme a su lectura, son cuatro las hipótesis que dan lugar al estado de emergencia: (i)

¹ SAMIR BENAVIDES, Farid. Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt. *Argumentos (Méx.)* [online]. 2006, vol.19, n.52 [citado 2020-04-03], pp.125-145. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952006000300007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0187-5795.

² Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017.

perturbación o amenaza del orden económico; (ii) perturbación o amenaza del orden social; (iii) perturbación o amenaza del orden ecológico; (iv) grave calamidad pública. En cualquiera de estas situaciones, que pueden ser concurrentes, puede el Presidente de la República acudir al Estado de emergencia por periodos hasta de treinta días que, sumados, no pueden exceder noventa días en un año calendario (Art. 215, CP).

La *grave calamidad pública*, como supuesto fáctico de los *poderes de emergencia*, ha sido definida por la Corte Constitucional, como “*una desgracia o infortunio que afecta intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella...*”³. Dicha definición, que encuadra dentro de la noción doctrina constitucional⁴ y, en consecuencia, vinculante desde el punto de vista normativo pero, más importante, desde el punto de epistemológico, constituye el punto de partida de la revisión de las normas que se dicten en desarrollo del Estado de emergencia.

El control de las normas dictadas en el Estado de emergencia, está sujeto a unos parámetros de verificación. Dichos parámetros, formales y materiales, a los cuales ha de acudir la jurisdicción constitucional y contencioso-administrativa, constituyen el marco para la verificación de la validez del ejercicio de los poderes de emergencia.

En el caso de los decretos del Gobierno Nacional, claro está, se cuenta con un margen de discrecionalidad mucho más amplio, del que son titulares los representantes de las entidades descentralizadas, tanto territoriales como por servicios, a la hora de escoger las medidas para conjurar la crisis. Así, el ejercer el control judicial de los poderes de emergencia, la jurisdicción debe ser más estricta en el caso de las normas dictadas por los representantes de las entidades descentralizadas, donde no solo deberá evaluar (i) la concurrencia de los requisitos generales, sino también, la simetría normativa entre la norma territorial y el decreto del orden nacional.

1.1.- Los requisitos materiales para la declaratoria del Estado de emergencia, según una jurisprudencia sistemática de la Corte Constitucional⁵, vienen a ser los siguientes: (i) constituir un episodio o evento tramitico, (ii) de elevada intensidad, (iii) capaz de afectar el orden económico, social o ecológico, (iv) provenir de causas naturales o tecnológicas, (v) imprevisto o sobreviniente.

1.2.- Los requisitos formales de los decretos dirigidos a conjurar el Estado de emergencia e impedir que se extiendan sus efectos, conforme al artículo 215 (CP, 1991) y a la

³ Corte Constitucional. Sentencia C-216 de 1999.

⁴ Según el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, “*Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*”. Para la Corte Constitucional, sentencia C-083 de 1995, la doctrina constitucional es la *cualificación adicional*, la fijación del *sentido*, *alcance* y *pertinencia* de las normas constitucionales, hecha por su intérprete auténtico.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 1994. Corte Constitucional. Sentencia C-216 de 1999. Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017.

jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶, son los siguientes: (i) estar motivados, (ii) firmados por quien o quienes corresponda, (iii) destinados a conjurar la crisis e impedir que se prolonguen sus efectos, y (iv) versar sobre materias que tenga relación directa con el estado de emergencia.

1.3.- Los requisitos materiales de los decretos dirigidos a conjurar la crisis e impedir que se extiendan sus efectos, conforme al artículo 214 (CP, 1991) y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son los siguientes: (i) de conexidad material y de finalidad, (ii) ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad, (iii) no contradicción específica, (iv) motivación suficiente, (v) necesidad, (vi) ausencia de incompatibilidad, (vii) proporcionalidad y, (viii) no discriminación.

2.- MARCO LEGAL DE LA CONTRATACIÓN DE URGENCIA MANIFIESTA.

2.1.- Fundamento normativo.

De conformidad con el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, con la derogatoria parcial hecha a través del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, es posible acudir a la contratación de urgencia manifiesta en cuatro circunstancias: (i) *cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro*, (ii) ***cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción***, (iii) *cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas* y (iv) *en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o públicos*. Según el inciso segundo de la norma en cita, la declaratoria de urgencia manifiesta, se debe hacer a través de acto administrativo debidamente motivado.

Según el artículo 215 de la Constitución Política, reproducido íntegramente en el artículo 47 de la Ley 137 de 1994, “*En virtud de la declaración del Estado de Emergencia, el Gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado*”.

Adicional a esto, en los artículos 10 y 11 de la Ley 137 de 1994, se señalan algunos de los principios que rigen tanto la declaratoria como la toma de medidas durante los estados de excepción, las cuales van dirigidas tanto al Gobierno Nacional y a las autoridades descentralizadas, territorialmente y por servicios.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017.

Así, en primer lugar, el artículo 10, contentiva del principio de finalidad, señala que, las medidas que se adopten, se deben dirigir exclusivamente a conjurar las causas de la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

En segundo lugar, el artículo 11, principio de necesidad, los decretos expedidos deben señalar las razones por las cuales, la medida adoptada, es necesaria para alcanzar los fines que se propone.

Una vez se hace uso de la figura de la urgencia manifiesta, conforme al párrafo único de esta disposición, se autoriza realizar traslados presupuestales internos, siempre y cuando, dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-772 de 1998, “*los traslados presupuestales internos a que se refiere dicha norma, se efectúen afectando exclusivamente el anexo del decreto de liquidación del Presupuesto*”, es decir, sin introducir “*contribuciones o impuestos que no figuren en el presupuesto inicial, ni que se autoricen erogaciones no previstas en el de gastos, como tampoco se autoriza transferir crédito alguno a objeto no previsto*”.

Quiere decir lo anterior que, una vez se declare por el Gobierno Nacional, cualquiera de los estados de excepción previstos en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política, y en virtud de lo previstos en los artículos 10, 11 y 47 de la Ley 137 de 1994, así como en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, la contratación de urgencia manifiesta (I) debe estar dirigida a conjurar las causas de la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, y en momento alguno, a servir de vehículo para eludir los procedimientos de selección de contratistas previstos en la ley y (II) la duración de la urgencia manifiesta, es decir, del periodo habilitante para la contratación especial, es el mismo que dure la declaratoria del estado de excepción, sin perjuicio de que las actividades contratadas se prolonguen en el tiempo, en todo caso, mientras subsistan las causas que originaron la declaratoria del estado de excepción o se signa manifestando sus efectos.

2.2.- La urgencia manifiesta y el estado de emergencia económica, social y ambiental.

En el caso que nos atañe, la declaratoria del estado de excepción, se llevó a cabo mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el país, con ocasión de la pandemia del COVID-19.

En virtud de esta declaratoria, el Gobierno Nacional expidió un sinnúmero de decretos, orientados a conjurar la crisis y a evitar la extensión de sus efectos. Dichos decretos, abarcaron diversos sectores, es entre ellos, el de la contratación estatal.

En términos generales el artículo 7 del Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020, “*Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*”, se convierte en el fundamento normativo de la declaratoria de urgencia manifiesta para proceder a la contratación estatal directa, de aquellos

bienes y servicios necesarios para atender los requerimientos derivados de la pandemia del COVID-19. Señala el artículo que:

“Artículo 7. Contratación de urgencia. Con ocasión de la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de 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, 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.

Las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 podrán contratar de manera directa los bienes y servicios enunciados en el inciso anterior”.

Sin perjuicio de los demás artículos de este decreto, esta disposición es el fundamento particular de **(i)** la declaratoria de urgencia manifiesta, ya que de por demostrado el hecho que la fundamenta y **(ii)** de la restricción, ya que únicamente permite la contratación de los bienes y servicio necesarios para *“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”*.

Cualquier actuación contractual que se lleve a cabo por fuera de este marco axiológico y normativo, o temporalmente por fuera de la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de Protección Social, lo cual se dio mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, y va, de conformidad con su artículo 1º, hasta el 30 de mayo de 2020, el cual iba del 18 de marzo de 2020, sería ilegal, salvo que, la entidad estatal, hiciera una nueva declaración de urgencia, y demostrara, por separado, que están dadas las condiciones para la misma.

Adicionalmente, el artículo 4 del Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020 señaló que, durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la adquisición de bienes relacionados con la emergencia, se puede realizar mediante el instrumento de agregación de demanda de grandes superficies, en cuyo caso el valor de la transacción podrá ser hasta por el monto máximo de la menor cuantía de la respectiva Entidad Estatal.

Posteriormente, el Decreto Legislativo 544 del 13 de abril de 2020, *“Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado global de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus COVID-19”*, previó que, los contratos que tuvieran por objeto la adquisición en el mercado internacional de los elementos que a continuación se

indican, no se regirían por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, en consecuencia, le serán aplicables normas derecho privado, con independencia de que los mismos sean suscritos con personas naturales o jurídicas extranjeras.

Es, desde este marco normativo, que se tiene que hacer el análisis de los decretos locales sobre declaración de urgencia manifiesta y sobre contratación de las entidades públicas, en el marco de la pandemia por el COVID-19.

3.- CONTROL DE LEGALIDAD.

A continuación, y con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que acaba de ser reseñada, se hará el análisis del control de legalidad de los decretos dictados por los representantes de las entidades territoriales, al amparo del Estado de emergencia, tanto desde el punto de vista formal, propio de un sistema jurídico dinámico⁷, como desde el punto de vista material, característico de un sistema jurídico estático⁸.

Se hace claridad que, el presente análisis, presenta dos diferencias fundamentales, frente al modelo de control que aplica la Corte Constitucional. La primera, que los decretos del Gobierno Nacional, se confrontan directa y exclusivamente con la Constitución Política, en un *test estricto de constitucionalidad*. Los decretos locales, por el contrario, se confrontan con la Constitución Política, pero con un *test débil de constitucionalidad*, en razón a la presunción de constitucionalidad del acto administrativo⁹ y, simultáneamente, se controlan desde el punto de la legalidad, pero una legalidad reducida, circunscrita a la simetría internormativa con el Decreto Legislativo que regula la misma temática y no frente a la legalidad en general pues, precisamente, lo que permite el Estado excepción es que el ejecutivo adopte medidas frente a las que, de ordinario, no tendría competencia o se tendría que adelantar mediante un procedimiento diferente.

La segunda, que el control de los decretos del Gobierno Nacional, tiene en cuenta el contexto fenomenológico dentro del cual se expiden los decretos, es decir, hay una perspectiva sociológica del control. En el control de los decretos locales, dicho análisis no es procedente,

⁷ Un sistema jurídico dinámico, es aquel basado en el criterio de la legalidad, es decir, donde se evalúa que las normas jurídicas se elaboren siguiendo el procedimiento previsto en otra norma. Véase KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Eudeba impresores. Buenos Aires. 4ª edición. 2005. P. VALLEJO, Víctor Hugo. *El derecho de tránsito como subsistema jurídico*. Poemia. Cali. 2ª edición. 2016.

⁸ Un sistema jurídico estático, es aquel basado en el criterio de la deducibilidad, es decir, donde se evalúa que el contenido de las normas jurídicas, se ajuste al contenido del precepto superior del cual deriva su fuerza. Véase KELSEN, Hans. Op. cit., VALLEJO, Víctor Hugo. Op. cit.

⁹ En este sentido, Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2000. Véase también, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIÉ. Bogotá, D.C., febrero veintidós (22) de dos mil dos (2002). Radicación número: 76001-23-24-000-1997-4125-01(12541). Actor: SOCIEDAD POLLOS SOBERANO LTDA. Demandado: MUNICIPIO DE YUMBO. Referencia: IMPUESTO INDUSTRIA Y COMERCIO 1994 Y 1995 – FALLO -

pues el juicio de legalidad es estrictamente de subsunción normativa en tanto no le corresponde al juez de legalidad verificar la procedencia fáctica de la medida, lo cual se da por descontado con la declaratoria del Estado de excepción. Esto no quiere decir que el juez de legalidad sea un mero notario, inerte ante las decisiones de los mandatarios locales. En ningún momento. Lo que se está señalando es que, el juez de legalidad puede evaluar la intensidad de la medida, pero no la procedencia de la medida en sí misma.

3.1.- Parámetros formales del control de legalidad.

A continuación, el análisis formal del decreto local N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020, según los lineamientos de la Corte Constitucional¹⁰.

3.1.1.- Parámetro de la motivación suficiente ((i) estar motivados).

El primero elemento a evaluar, es el de la motivación. Así, en punto de la definición y el fundamento axiológico del deber de motivación de los actos administrativos, dice el Consejo de Estado que,

“La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración”¹¹.

Por su parte, la Corte Constitucional, frente a los fundamentos constitucionales del deber de motivación de los actos administrativos, señala los siguientes: **(i)** Cláusula de Estado de Derecho. Principio de legalidad e interdicción de la arbitrariedad. **(ii)** Debido proceso. Contradicción y defensa. **(iii)** Principio Democrático. Rendición de cuentas a los administrados. **(iv)** Principio de Publicidad. Posibilidad de conocer fundamentos de la decisión.

Sin embargo, en punto de la motivación de los actos administrativos de carácter general, también señaló el Consejo de Estado que, **(i)** se entiende implícita¹², **(ii)** por lo general, alude

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 110010325000201000064 00 (0685-2010). Actor: Jorge Humberto Valero Rodríguez. Demandado: Nación-Ministerio de Educación. Acción de Nulidad: Nulidad del artículo 24 del Decreto 2355 del 24 de junio de 2009 «Por medio del cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas».

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 110010325000201000064 00 (0685-2010). Actor: Jorge Humberto Valero Rodríguez. Demandado: Nación-Ministerio de Educación. Acción de Nulidad: Nulidad del artículo 24 del Decreto 2355 del 24 de junio de 2009 «Por medio del cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas».

a la referencia que se debe hacer el acto administrativo a sus fundamentos legales y a su objeto¹³, (iii)¹⁴ los hechos alegados como motivos determinantes deben estar probados y (iv) no se omitan en las consideraciones, hechos probados que de haber sido tenidos en cuenta habrían variado la decisión¹⁵.

En el presente caso, este requisito **SE CUMPLE PLENAMENTE** por dos razones. La primera, según el artículo 7 del Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020, “*se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, (...)*”, es decir, que la motivación, lo cual incluye, la existencia del motivo -elemento fáctico- y la enunciación del motivo -elemento gramatical-, se da un supuesto probado, siempre que, se cumpla con el elemento finalístico previsto en la norma, cual es de que se oriente a atender la pandemia del covid-19. La segunda, en el decreto que se analiza, la entidad hizo una enunciación de los motivos que llevan a la declaratoria de urgencia manifiesta, los cuales están en sincronía con lo dicho por el Gobierno Nacional cuando declaro el estado de excepción.

3.1.2.- Parámetro de la suscripción por el funcionario competente ((ii) firmados por quien o quienes corresponda).

Un requisito de todo administrativo, es la firma de quien lo suscribe, elemento de la esencia del acto, salvo en el caso del acto presunto, ficción jurídica que permite considerar como válida, una manifestación unilateral de voluntad de la Administración que no reposa en un documento y que, en consecuencia, no tiene la firma del titular de la competencia.

La firma del acto administrativo, se reitera, salvo en el caso del acto presunto, tiene tanta importancia, que es, desde un punto de vista cronológico, el paso de la *ideación* a la *materialización* de la voluntad de la Administración Pública. En un sentido metafórico, constituye el momento del *nacimiento del acto administrativo*¹⁶.

En el caso de los decretos legislativos del Gobierno Nacional, el numeral 1 del artículo 214 de la Constitución Política señala que, “*Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros*”.

En el caso de las entidades territoriales, departamentos y municipios, basta con la firma del representante legal de la entidad para la validez del acto administrativo, sin que se requiera, para su validez, la firma de los secretarios del despacho.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04126-00 (AC). Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCION. SEGUNDA - SUBSECCION E.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ FERNANDEZ CARDOZO, James. *Nacimiento, madurez y muerte del acto administrativo*. INCODEP. Cali, 2004. P. 90 y s.s.

En el presente caso, este requisito **SE CUMPLE PLENAMENTE**. En efecto, el Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020 se encuentra suscrito por el señor **JULIAN ADOLFO ROJAS MONSALVE**, alcalde municipal de Guadalajara de Buga.

3.1.3.- Parámetro de la idoneidad relativa ((iii) destinados a conjurar la crisis e impedir que se prolonguen sus efectos).

En el juicio formal de *idoneidad relativa*, se evalúa que la medida adoptada se dirija a conjurar la crisis e impedir que se prolonguen sus efectos. Se dice idoneidad relativa, para hacer referencia a que, en todo caso, la medida puede no ser idónea para resolver la crisis - *idoneidad absoluta*-, pero sí estar dirigida a ello.

Eso quiere decir, entonces, que basta la existencia de una relación, *a priori*, entre la medida y su motivación y las posibles soluciones a la problemática. Para ello, resulta pertinente confrontar la medida adoptada por el gobierno local, con las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y, de entrada, si existe similitud, se dará por descontado el cumplimiento de este requisito.

Si dicha similitud no está presente, el juez debe recordar que se trata, en todo caso, de una competencia discrecional, y que, si de la motivación o de cualquiera de los elementos de juicio de que disponga el juez, se evidencia esa relación entre la problemática y la medida adoptada, se habrá de declarar la legalidad de la medida.

En el presente caso, este requisito **SE CUMPLE PLENAMENTE** por dos razones. La primera, porque, desde un punto de vista abstracto, como lo señaló según el artículo 7 del Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020, “*se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, (...)*”, es decir, la habilitación para celebrar contratación estatal, mediante la modalidad de urgencia manifiesta, es una medida que *sirve* para superar la crisis causada por el coiv-19. La segunda, desde un punto de vista concreto, porque, como bien lo señala el artículo Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020, la autorización excepcional, tiene como objetivo “*prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19*”. Lo propio se señala en el artículo 2º, cuando dice que, se realizarán los traslados presupuestales y se celebrarán los contratos necesarios para “*prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19*”

3.1.4.- Parámetro de la conexidad ((iv) versar sobre materias que tenga relación directa con el estado de emergencia).

Finalmente, y estrechamente relacionado con el criterio anterior, está el parámetro de la conexidad. Según éste, la medida adoptada, idónea o no, debe relacionarse con las cuestiones que suscitaron la declaratoria del estado de excepción.

En el caso de las medidas locales, en las voces del artículo 20 de la Ley 137 (1994) y del artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, las medidas deben ser *desarrollo* de los decretos legislativos.

Dichas medidas locales, son más que una mera reglamentación de los decretos legislativos. Cuando la norma dice “*en desarrollo*”, como acción y efecto de *desarrollar*, está hablando, según la Real Academia Española de la Lengua, de “*Aumentar*”, “*reformar*” y de “*Exponer con orden y amplitud una cuestión o un tema*”.

Quiere decir lo anterior que, la medida local, debe guardar relación con los fenómenos que motivaron la declaratoria del estado de excepción, pero que pueden ir más allá de las regulaciones extraordinarias contenidas en los decretos legislativos. En consecuencia, el ejercicio de competencias ordinarias, más allá de las señaladas en los decretos legislativos, siempre y cuando guarden unidad de sentido con las materias que originaron el estado de emergencia, *desarrolla*, en tanto *aumenta*, *reforma* y *expone con orden y amplitud* un tema.

En el presente caso, son aplicables las mismas consideraciones hechas en punto de la idoneidad relativa, y por eso se afirma que este requisito **SE CUMPLE PLENAMENTE** por dos razones. La primera, porque, desde un punto de vista abstracto, como lo señaló según el artículo 7 del Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020, “*se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, (...)*”, es decir, la habilitación para celebrar contratación estatal, mediante la modalidad de urgencia manifiesta, es una medida que *sirve* para superar la crisis causada por el coiv-19. La segunda, desde un punto de vista concreto, porque, como bien lo señala el artículo Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020, la autorización excepcional, tiene como objetivo “*prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19*”. Lo propio se señala en el artículo 2°, cuando dice que, se realizarán los traslados presupuestales y se celebrarán los contratos necesarios para “*prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19*”

En el presente caso, **SE CUMPLE PARCIALMENTE** este requisito. En efecto, de una comparación simple entre las medidas adoptadas o permitidas por el Gobierno Nacional, y las medidas ordenadas por el gobierno local, se evidencia su similitud, es decir, su simetría normativa parcial, lo cual daría para un concepto favorable al control de mera legalidad, pero solo para una parte de su contenido. Veamos.

Decreto legislativo 417 de 2020	Decreto 440 del 20 de marzo de 2020	Decreto 537 del 12 de abril de 2020	Medidas del Decreto local 053 de 24 de marzo de 2020
Artículo 1°. Declárese el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el	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	Artículo 7. Contratación de urgencia. Con ocasión la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de Protección Social y en	Artículo 1°.- Declarar la URGENCIA MANIFIESTA hasta por el término de ciento veinte (120) días calendario en el

<p>territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de este decreto.</p>	<p>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 ...</p>	<p>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</p>	<p>Municipio de Guadalajara de Buga, con el fin de que la entidad territorial pueda adquirir entre otros el suministro de bienes, servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de <i>prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19...</i></p>
--	---	--	---

De lo anterior surgen tres cuestiones relevantes. **La primera**, que tanto el Decreto legislativo 417 de 2020, que declara la emergencia económica, como los decretos 440 y 537 de 2020, que desarrollan el tema de la contratación de urgencia, habilitan a los municipios a declarar la urgencia manifiesta y dan por probado el hecho que la genera. **La segunda**, que, en las voces del Decreto 417 de marzo de 2020, y como ya se dijo en este concepto, únicamente se permite la contratación de los bienes y servicios necesarios para *“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”*, cualquier actuación contractual que se lleve a cabo por fuera de este marco axiológico y normativo, o temporalmente por fuera *de la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de Protección Social*, lo cual se dio mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020. **La tercera**, que la habilitación para acudir la urgencia manifiesta, tiene como marco temporal el periodo de excepción, el cual va, de conformidad con su artículo 1º, hasta el 30 de mayo de 2020.

La razón para señalar esta fecha, está en la parte motiva del Decreto 537 del 12 de abril de 2020, el cual, frente a la temporalidad, de la excepción dijo que:

“Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 se declaró por el término de treinta (30) días calendario el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica; sin embargo, es necesario mantener las medidas adoptadas por el Decreto 440 del 20 de marzo de 2020 mientras dure el estado de emergencia sanitaria, por tornarse necesarias para garantizar

las finalidades señaladas en los párrafos precedentes, las cuales atienden a conjurar la crisis e impedir la propagación de sus efectos”. (Negrilla fuera de texto).

Por ende, cualquier disposición jurídica local que extendiera, automáticamente, la urgencia manifiesta, mas allá de este lapso, sería ilegal, salvo que, la entidad estatal, hiciera una nueva declaración de urgencia, y demostrara, por separado, que están dadas las condiciones para la misma.

Por ello, considera este agente del Ministerio Público que, el artículo 1° del Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020, es parcialmente ilegal por cuanto supera el marco temporal de la habilitación extraordinaria, la cual sobrepasa por casi sesenta (60) días calendario la habilitación otorgada. En consecuencia, se pedirá la declaratoria de nulidad parcial, en el sentido de que la urgencia manifiesta finiquita el día 30 de mayo de 2020 y no se puede extender la urgencia manifiesta más allá de esta fecha.

Frente al artículo 2° del Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020, el cual señala que los traslados presupuestales, se harán, únicamente para atender la pandemia del COVID-19, se dirá que dicha disposición se ajusta a la ley, siempre que se entienda, como dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-772 de 1998, que *“los traslados presupuestales internos a que se refiere dicha norma, se efectúen afectando exclusivamente el anexo del decreto de liquidación del Presupuesto”*, es decir, sin introducir *“contribuciones o impuestos que no figuren en el presupuesto inicial, ni que se autoricen erogaciones no previstas en el de gastos, como tampoco se autoriza transferir crédito alguno a objeto no previsto”*.

En este sentido, la disposición del artículo 2° del Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020 se ajusta a la ley.

3.2.- Parámetros materiales del control de legalidad.

A continuación, el análisis material del decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020, según los lineamientos de la Corte Constitucional¹⁷.

3.2.1.- Parámetro de conexidad material y de finalidad.

Según la Corte Constitucional¹⁸, el juicio de conexidad material, encuentra sustento en los artículos 215 de la Constitución Política y 47 de la Ley 137 (1994), respectivamente. Con este juicio, se busca establecer la conexidad interna y externa de las medidas adoptadas con las causas que originaron la declaratoria del Estado de excepción. La conexidad interna, alude a la relación entre los considerandos del acto y la medida adoptada. La conexidad externa, a la relación entre el decreto y la emergencia declarada.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017.

¹⁸ *Ibidem*. En el mismo sentido, Corte Constitucional. Sentencia C-723 de 2015.

Por su parte, el juicio de finalidad¹⁹, cuyo sustento se encuentra en el artículo 10 de la Ley 137 de 1994, se orienta a establecer que los decretos estén encaminados a conjurar las causas de la emergencia y a impedir la extensión de sus efectos.

En el presente caso, **SE CUMPLE PLENAMENTE** este requisito. En efecto, el análisis de conexidad, interna y externa, así como el examen de finalidad, sirven de soporte a esta conclusión. Veamos.

Conexidad material interna. Frente a la conexidad interna, esto es, la relación entre los considerandos del acto y la medida adoptada, se encuentra que, en la parte motiva, el decreto hace referencia las normas constitucionales y legales que sirven de soporte, por un lado, para la declaratoria de urgencia manifiesta y, por el otro, para las necesidades que se piensan atender.

Conexidad material externa. Frente a la conexidad externa, esto es, a la relación entre el decreto y la emergencia declarada, se encuentra que, efectivamente, las medidas adoptadas, como varias veces se ha dicho en este concepto, están dirigidas a adquirir, obras, bienes y servicios necesarios para atender las necesidades específicas generadas con la pandemia del COVID-19.

Finalidad. El criterio de finalidad, se orienta a establecer que los decretos estén encaminados a conjurar las causas de la emergencia y a impedir la extensión de sus efectos. Efectivamente, como lo señaló el Gobierno Nacional en la parte motiva del Decreto 537 de 2020, “*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*”, en otras palabras, están dadas las condiciones que sustentan, desde el punto de vista axiológico, la declaratoria de la urgencia.

3.2.2.- Parámetro de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad.

Para la Corte Constitucional²⁰, el juicio de ausencia de arbitrariedad, se orienta a determinar que se prevean medidas prohibidas durante los estados de excepción, tanto en la normatividad externa como en aquellas que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que se encuentra previsto en el numeral 3 del artículo 214 de la Constitución Política²¹.

¹⁹ Ídem. En el mismo sentido, Corte Constitucional. Sentencia C-722 de 2015

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017. En el mismo sentido, Corte Constitucional. Sentencias C-233 de 2011, C-218 de 2011, C-723 de 2015 y C-742 de 2015

²¹ ARTICULO 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...). 3. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.

Por su parte, el juicio de intangibilidad, se encuentra previsto en el artículo 93 y en el numeral 2 del artículo 214 de la Constitución Política²². Éste, se orienta a verificar que no se lesiones el contenido esencial de los derechos humanos, de aquellos que no se pueden restringir ni siquiera durante los estados de excepción.

En el presente caso, **SE CUMPLE PLENAMENTE** este requisito. En efecto, el análisis de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad, sirven de soporte a esta conclusión. Veamos.

Ausencia de arbitrariedad. Frente a la ausencia de arbitrariedad, esto es, a la restricción de que se adopten medidas prohibidas durante los estados de excepción, se tiene que, (i) no suspende el normal funcionamiento de ningún órgano del poder local y (ii) las medidas se dirigen a conjurar la crisis y a evitar la propagación de sus efectos.

Ausencia de intangibilidad. Frente a la ausencia de intangibilidad, esto es, a verificar que no se lesione el contenido esencial de los derechos humanos, de aquellos que no se pueden restringir ni siquiera durante los estados de excepción, se tiene que, nada tiene que ver las medidas adoptadas en el Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020 con derechos intangibles.

3.2.3.- Parámetro de no contradicción específica.

Para la Corte Constitucional²³, el juicio de no contradicción específica, se orienta a desestimar una contradicción (i) entre el contenido de la norma analizada y el orden constitucional y de tratados internacionales sobre derechos humanos y (ii) que no desconozcan el paquete de medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para superar el Estado de excepción.

En el presente caso, **SE CUMPLE PARCIALMENTE** este requisito. En efecto, el análisis de no contradicción específica, sirve de soporte a esta conclusión. Veamos.

Primero, el decreto, no contradice el artículo 214 de la Constitución Política, toda vez que, las medidas se orientan a contener la crisis. Tampoco contradice la Ley 80 de 1993 porque, como lo dicen los decretos 440 y 537 de 2020, se da por probado el hecho que genera la urgencia manifiesta.

Segundo, y aquí sí existe un exceso o una *contradicción específica* en el Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020, y según se acaba de señalar en el punto 3.1.4., el artículo 1° del Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020, es parcialmente ilegal por cuanto supera el marco temporal de la habilitación extraordinaria, la cual sobre pasa por casi sesenta (60) días calendario la habilitación otorgada. En consecuencia, pedirá su declaratoria de

²² ARTICULO 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...). 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017. En el mismo sentido, Corte Constitucional. Sentencias C-225 de 2009 y C-723 de 2015.

nulidad parcial, en el sentido de que la urgencia manifiesta finiquita el día 30 de mayo de 2020 y no se puede extender la urgencia manifiesta más allá de esta fecha.

Tercero, frente al artículo 2° del Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020, el cual señala que los traslados presupuestales, se harán, únicamente para atender la pandemia del COVID-19, se dirá que dicha disposición se ajusta a la ley, siempre que se entienda, como dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-772 de 1998, que “*los traslados presupuestales internos a que se refiere dicha norma, se efectúen afectando exclusivamente el anexo del decreto de liquidación del Presupuesto*”, es decir, sin introducir “*contribuciones o impuestos que no figuren en el presupuesto inicial, ni que se autoricen erogaciones no previstas en el de gastos, como tampoco se autoriza transferir crédito alguno a objeto no previsto*”.

En este sentido, la disposición del artículo 2° del Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020 sobre traslados presupuestales se ajusta a la ley.

3.2.4.- Parámetro de motivación suficiente.

Para la Corte Constitucional²⁴, y según lo prevé el artículo 8 de la Ley 137 (1994), se tiene que señalar los motivos de cada limitación al ejercicio de derechos fundamentales. Agrega que, si no se limita el ejercicio de derechos fundamentales, aunque debe existir una motivación, esta puede ser menos rigurosa, tal y como ya lo habíamos señalado cuando se habló de la motivación de los actos generales.

En el presente caso, **SE CUMPLE PLENAMENTE** este requisito. En efecto, el análisis de motivación suficiente, ya se hizo en el punto 3.1.1. de este concepto donde se señaló que, en la parte motiva, el decreto señala, en el artículo 7 del Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020, que “*se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, (...)*”, es decir, que la motivación, lo cual incluye, la existencia del motivo -elemento fáctico- y la enunciación del motivo -elemento gramatical-, se da un supuesto probado, siempre que, se cumpla con el elemento finalístico previsto en la norma, cual es de que se oriente a atender la pandemia del covid-19. Además, en el decreto que se analiza, la entidad hizo una enunciación de los motivos que llevan a la declaratoria de urgencia manifiesta, los cuales están en sincronía con lo dicho por el Gobierno Nacional cuando declaro el estado de excepción.

3.2.5.- Parámetro de necesidad.

Para la Corte Constitucional²⁵, el juicio de necesidad, previsto en el artículo 11 de la Ley 137 (1994), se requieran, en términos fácticos y jurídico, para superar el estado de emergencia. La necesidad fáctica, mide la contribución de las medidas a superar la crisis. La necesidad, jurídica, revisa que no exista, dentro del ordenamiento jurídico, una medida que permita tomar la misma decisión. No quiere decir que, si la medida que se adopta es ordinaria ello

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017. En el mismo sentido, Corte Constitucional. Sentencias C-194 de 2011, C-722 de 2015 y C-753 de 2015.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017.

haga, *per se*, ilegal, la medida. No. Lo que dice la jurisprudencia constitucional es que, aplica el criterio de la subsidiariedad, es decir, que la medida extraordinaria aparece como subsidiaria a la medida ordinaria.

En el presente caso, **SE CUMPLE PLENAMENTE** este requisito. En efecto, en la parte motiva del Decreto 537 de 2020, señala el Gobierno Nacional que “*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*”, en otras palabras, están dadas las condiciones que sustentan, desde el punto de vista axiológico, la declaratoria de la urgencia.

3.2.6.- Parámetro de ausencia de incompatibilidad.

Según la Corte Constitucional²⁶, con fundamento en el artículo 12 de la Ley 137 (1994), deben señalar, cuando ello ocurra, porque la legislación ordinaria es contraria o incompatible con el estado de excepción, como para que se tenga que hacer uso de una medida extraordinaria.

En el presente caso, **SE CUMPLE PLENAMENTE** este requisito. En efecto, las decisiones adoptadas, están autorizadas por el Gobierno Nacional, e inclusive, ya hacen parte de la legislación ordinaria de suerte que, no hay incompatibilidad.

3.2.7.- Parámetro de proporcionalidad.

Según la Corte Constitucional²⁷, con fundamento en el artículo 13 de la Ley 137 (1994), las medidas que se adopten deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos que ocasionaron la crisis. Agrega la Corte Constitucional que, se deben verificar dos elementos: el primero, que las aquellas medidas que restringen el ejercicio de derechos fundamentales, solo pueden ir hasta lo necesario para retornar al estado de normalidad²⁸. El segundo, que, en todo caso, las medidas guarden proporcionalidad con los hechos que se buscan conjurar.

En el presente caso, **SE CUMPLE PLENAMENTE** este requisito. En efecto, las decisiones adoptadas, están autorizadas por el Gobierno Nacional.

3.2.8.- Parámetro de no discriminación.

Según la Corte Constitucional²⁹, con fundamento en el artículo 14 de la Ley 137 (1994), las medidas que se adopten no pueden entrañar discriminación negativa ni hacer uso, sin justificación alguna, de criterios sospechosos de diferenciación.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-251 de 2011, C-242 de 2011 y C-241 de 2011 y C-722 de 2015.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 2017.

En el presente caso, **SE CUMPLE PLENAMENTE** este requisito. En efecto, estas medidas están orientadas a contener la pandemia del covid-19, no siendo necesario habilitar la posibilidad de urgencia manifiesta para otras cuestiones. En todo caso, si se presentaran otros hechos constitutivos de calamidad pública, que dieran lugar a declarar la urgencia manifiesta por una causa distinta, las autoridades locales tienen potestad para hacerlo, siempre y cuando cumplan los requisitos previstos en la ley.

4.- POSIBILIDADES DE PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL.

4.1. Una perspectiva teórica general del control abstracto de constitucionalidad y legalidad.

La teoría jurídica y la filosofía del derecho, cuando abordan el problema de la validez de las disposiciones jurídicas, parten de la distinción binaria entre sistema jurídico dinámico y sistema jurídico estático. El sistema jurídico dinámico, es aquel basado en el criterio de la legalidad, es decir, donde se evalúa que las normas jurídicas se elaboren siguiendo el procedimiento previsto en otra norma³⁰. Un sistema jurídico estático, es aquel basado en el criterio de la deducibilidad, es decir, donde se evalúa que el contenido de las normas jurídicas, se ajuste al contenido del precepto superior del cual deriva su fuerza³¹.

Según explica MORENO MILLÁN³², el control abstracto, tanto de constitucionalidad como de legalidad, parte de la perspectiva estática para su desarrollo. Así, y conforme a una postura muy de corte europeo, en el sistema jurídico estático, se hace una distinción entre disposición jurídica y norma, donde disposición es el enunciado gramatical, las palabras de la ley, y norma es la interpretación que deriva de la disposición.

En este escenario, la relación entre disposición y norma puede ser simétrica o compleja. Se va a decir que la relación es simétrica, cuando a una disposición una norma, es decir, cuando la disposición tiene una sola interpretación, un solo sentido razonable. En este caso, el control abstracto recae sobre la disposición. Por el contrario, la relación será compleja, cuando de una misma disposición surgen varias normas o interpretaciones.

En este último caso, a su vez, puede suceder una de dos situaciones. La primera, que todas las normas -entiéndase interpretaciones-, se ajusten al precepto superior del cual derivan su

³⁰ KELSEN, H., op. cit., VALLEJO, V. H., op. cit.

³¹ *Ibidem*.

³² MORENO MILLÁN, F. *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*, Bogotá, Leyer, 2002, p. 64 y s.s. En el mismo sentido, MORENO MILLÁN, F. *La acción pública de inconstitucionalidad, efectos temporales de sus fallos*, Bogotá, Leyer, 2007, p. 128 y s.s. SANCHEZ SANCHEZ, A., *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005. DÍAZ REVORIO, F. J., *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2001. DE LA VEGA, A. M., *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. LÓPEZ, BOFILL, H. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, 2004.

fuerza y, la segunda, que algunas normas sean expresión de la disposición superior y otras no, es decir, unas sean legales y otras ilegales. Cuando esto sucede, el control abstracto se hará respecto de las normas y no respecto de la disposición.

En el primer escenario, el operador judicial, tendrá que declarar la legalidad de todas las normas, en tanto todas son admisibles desde el sistema de fuentes. En el segundo, el operador judicial, tendrá que declarar la legalidad de aquella (s) norma (s) que se ajuste al precepto superior y declarar la ilegalidad de las demás.

Esto, puede tener un tratamiento normativo diferente entre la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa, sin embargo, van a llevar a lo mismo. Por esto, para sustentar la petición que se hará al final, este agente hará un breve resumen de cada situación.

4.1.1. La perspectiva desde la jurisdicción constitucional.

En la jurisdicción constitucional, explica MORENO MILLÁN³³, y esto es herencia del sistema de control de constitucionalidad en Europa, la distinción entre disposición y norma, sirve de fundamento para las sentencias manipulativas que, en Colombia, reciben la denominación de sentencias integradoras³⁴.

En algunas de estas sentencias, se reconoce, primero, que la disposición admite dos o más interpretaciones y, segundo, que algunas de ellas se ajustan a la Constitución Política y otras no. En otras sentencias, se reconoce que, parte de la disposición se ajusta de la Constitución y otra parte la contraría.

Cuando cualquiera de estas situaciones ocurre, el Tribunal Constitucional se encuentra ante un dilema: declara la constitucionalidad pura y simple de la disposición, lo cual afecta el principio de *supremacía constitucional*, en tanto una disposición, relativamente inconstitucional, quedará dentro del sistema jurídico o, declara la inconstitucionalidad pura y simple, lo cual afecta los principios de *mínimo sacrificio a la función legislativa* y de *continuidad del Derecho*, en tanto se expulsa del sistema jurídico una disposición que, previa una adecuación, se ajustaría a la Constitución.

En estos casos, el Tribunal Constitucional opta por una salida intermedia, donde declara la constitución de la disposición jurídica, pero condicionada a su entendimiento *conforme a la Constitución*. Para tal efecto, puede señalar que la disposición será constitucional si se entiende en un determinado sentido, o declarar la constitucionalidad, pero modificando el contenido textual de la disposición.

³³ MORENO MILLÁN, F. *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*, op. cit., En el mismo sentido, MORENO MILLÁN, F. *La acción pública de inconstitucionalidad, efectos temporales de sus fallos*, op. cit.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 1994; C-109 de 1995; C-569 de 2004.

En esta última hipótesis, es que se evidencia el carácter de legislador positivo o paralegislador de los tribunales constitucionales, en contravía de la naturaleza de legisladores negativos que le atribuyo Kelsen desde su ideación en la Constitución austriaca de 1920³⁵.

4.1.2. La perspectiva desde la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la jurisdicción contencioso-administrativa, y esto es recogido en el inciso tercero del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, se permite que, en los juicios de legalidad con restablecimiento del derecho, “*Para restablecer el derecho particular, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas*”.

En el caso de los juicios de legalidad abstracta, si bien no figura expresamente la posibilidad de hacer uso de esta figura, tampoco está prohibida y, muy por el contrario, en atención a los principios de *supremacía de la ley*, de *mínimo sacrificio a la función administrativa* y de *continuidad del derecho*, así como lo hace la Corte Constitucional, resulta válido que la jurisdicción declare la legalidad de un acto administrativo de carácter general, siempre que se entienda en un determinado sentido, es decir, que se anulen unas interpretaciones y se mantengan otras, o que se hagan declaratorias de nulidad en las que, tras la declaratoria de nulidad, y para evitar el vacío normativo, se sustituyera la disposición general, cuando la ilegalidad es relativa o parcial.

En el presente caso, suceden dos situaciones:

La primera, frente a la declaratoria de que la urgencia manifiesta, será hasta por ciento veinte (120) días, ello, como se demostró, es contrario a las normas que desarrollan el estado de emergencia, porque el tiempo de habilitación es menor. Sin embargo, si se declara la nulidad pura y simple, todos los contratos celebrados con base en esta facultad tendrían una ilegalidad sobreviniente, en desmedro de los fines perseguidos. Por ello, una salida hermenéutica, adecuada y legítima, es declarar la nulidad parcial del término de ciento veinte (120) días, dejando la salvedad que se extenderá hasta el treinta (30) de mayo de 2020, cuando termina la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

La segunda, frente a los traslados presupuestales, declarar la legalidad, en el entendido, es decir, con una sola interpretación válida, de que se deben cumplir los lineamientos de la Corte Constitucional en la sentencia C-772 de 1998.

³⁵ KELSEN, H. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1984.

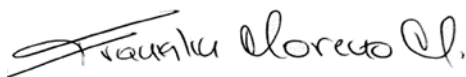
PETICIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

1.- DECLARAR la **NULIDAD PARCIAL** del artículo 1° del Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020, específicamente el apartado que dice: “*hasta por el término de ciento veinte (120) días calendario*”, en los términos de este concepto.

2.- DECLARAR la **LEGALIDAD** del artículo 2° del Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020 que señala: “*traslados presupuestales internos que se requieren*”, en el sentido señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-772 de 1998, según el cual, “*los traslados presupuestales internos a que se refiere dicha norma, se efectúen afectando exclusivamente el anexo del decreto de liquidación del Presupuesto*”, es decir, sin introducir “*contribuciones o impuestos que no figuren en el presupuesto inicial, ni que se autoricen erogaciones no previstas en el de gastos, como tampoco se autoriza transferir crédito alguno a objeto no previsto*”.

3.- DECLARAR la **LEGALIDAD** de las demás disposiciones del Decreto N° 1100-053-2020 de 24 de marzo de 2020

De la señora Magistrada Ponente, atentamente,



FRANKLIN MORENO MILLÁN.

Procurador Judicial 166 Judicial II Delegado ante Tribunal Contencioso Administrativo del Valle