**CCE-DES-FM-17**

**COVID-19 – Estado de emergencia económica, social y ecológica – Aislamiento preventivo obligatorio**

El mundo –y particularmente Colombia– atraviesa una situación delicada en materia de salud, causada por la pandemia del virus COVID-19, declarada así por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020 .

Desde que se conoció la posibilidad de que el virus llegara al país, el Gobierno nacional inició un plan de preparación para atender la contingencia. El 6 de marzo se conoció el primer caso de COVID-19 en Colombia; razón por la cual el Ministerio de Salud declaró la terminación de la fase de preparación y activó la fase de contención en el territorio nacional . A partir de esa fecha, el Ministerio, y otras autoridades, han expedido muchos actos administrativos que establecen directrices para las autoridades y los particulares, orientados a prevenir el contagio o, por lo menos, a disminuir la velocidad y el incremento del brote. También se han expedido circulares con recomendaciones, como el lavado frecuente de manos, abstenerse de salir de casa, estornudar y toser en el brazo, conservar una distancia de por lo menos dos metros respecto de las personas mayores de 60 años, desinfectar los objetos o superficies, no saludar con la mano, con besos o con abrazos, etc.

El 17 de marzo, el presidente de la república decretó el Estado de emergencia económica, social y ecológica , con fundamento en el artículo 215 de la Constitución , ordenando, como primera medida, el aislamiento preventivo de los mayores de 70 años desde el viernes 20 de marzo a las 7:00 a.m. y hasta el 31 de mayo de 2020 . Posteriormente, el gobierno nacional, mediante el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el «aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del 25 de marzo de 2020 y hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19». El Decreto 531 del 8 de abril de 2020 prorrogó la medida hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 27 de abril; luego el Decreto 593 del 24 de abril de 2020 lo hizo hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 11 de mayo; y luego el Decreto 636 del 6 de mayo de 2020 lo hizo hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 25 de mayo.

**COVID-19 – Decreto 440 de 2020 – Decreto 491 de 2020 – Decreto 499 de 2020 – Decreto 537 de 2020 – Contenido – Medidas – Contratación estatal**

Adicionalmente, y en forma más particular, de las disposiciones que se han expedido durante la pandemia, y que han incidido en la contratación pública, hay que destacar las contenidas en los Decretos 440 del 20 de marzo de 2020 y 537 del 12 de abril de 2020, que adoptaron medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual.

Entre las medidas se encuentran las siguientes: i) uso de medios electrónicos para realizar audiencias públicas –artículos 1º y 2º–, ii) suspensión de los procedimientos de selección, e incluso revocación del acto administrativo de apertura, por razón de la emergencia –art. 3º–, iii) establecimiento preferencial de instrumentos de agregación de demanda para adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización durante la pandemia –artículos 4º, 5º y 6º–, iv) ratificación de la pandemia como circunstancia o hecho que habilita a las entidades estatales para declarar la urgencia manifiesta, y contratar directamente –artículo 7º–, v) facultad de adicionar los contratos estatales sin limitación al valor, para gestionar y mitigar la emergencia –artículo 8º–; vi) implementación de mecanismos electrónicos para recibir, tramitar y pagar facturas o cuentas de cobro –artículo 9º–; y vii) autorización al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores para contratar, con personas internacionales, bienes y servicios requeridos para mitigar la pandemia y sus efectos, aplicando el derecho privado. Estas medidas están vigentes, según lo dispone el art. 11 del Decreto 537 de 2020, mientras se mantenga la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y la Protección Social.

El gobierno nacional también expidió el Decreto 499 del 31 de marzo de 2020, cuyo contenido se reprodujo en el Decreto 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, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado internacional de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus Covid 19». En tal sentido, el artículo 1º facultó a las entidades estatales para contratar directamente con personas naturales o jurídicas, con apoyo en las normas del derecho privado, los dispositivos médicos relacionados en el artículo 1º del Decreto 438 del 19 de marzo de 2020, así como los elementos de protección personal requeridos en la gestión sanitaria de la pandemia.

**URGENCIA MANIFIESTA – Definición – Causal – Contratación directa**

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 4, de la Ley 1150 de 2007 consagra algunas excepciones, que atienden a la necesidad de proteger principios como la eficiencia, la eficacia, la economía, la celeridad o la integridad de las personas. Una de las excepciones es la causal de contratación directa prevista en el literal a) del mencionado numeral, denominada por la ley como «urgencia manifiesta».

[…]

De esta manera, el artículo 42 de la Ley 80 define la urgencia manifiesta como una circunstancia que exige, con carácter apremiante, preservar la continuidad del servicio, cuando se afecta por situaciones de fuerza mayor, desastres, calamidades o hechos relacionados con los estados de excepción. No en vano, para la doctrina, las situaciones de urgencia manifiesta deben ser concretas, inmediatas, objetivas y probadas, pues se trata de circunstancias de hecho actuales, debidamente acreditadas y fundadas por estudios técnicos, verificadas por la autoridad competente .

En esos casos excepcionales, que comprometen fines superiores de interés colectivo, con mayor razón son de obligatoria aplicación los objetivos de la contratación estatal, previstos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, pues 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 la consecución de dichos propósitos, confieren un fundamento adicional a esta causal de contratación directa .

**ARTÍCULO 43 DE LA LEY 80 DE 1993 – Finalidad**

La finalidad del procedimiento establecido en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993 es que la autoridad que ejerce el control fiscal, esto es, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, o la Auditoría General de la República, según el caso, revise si son ciertas las razones aducidas por el representante legal de la entidad para declarar la urgencia manifiesta, si tales motivos son constitutivos de urgencia y si la gestión presupuestal adoptada fue la indicada.

**ARTÍCULO 43 DE LA LEY 80 DE 1993 – Contenido – Escenarios en los que se proyecta**

La norma transcrita establece varias exigencias. Para los fines de esta consulta, se resalta el deber de enviar los contratos originados en la urgencia manifiesta, así como el acto que la declaró y su respectivo expediente administrativo, al funcionario que ejerza control fiscal a la respectiva entidad contratante. Nótese que este deber se proyecta en dos escenarios: uno temporal y otro material. En relación con el escenario material, el deber consiste en el envío de una serie de documentos; y frente al escenario temporal, en hacerlo «inmediatamente». Así, aunque el legislador estableció un límite temporal, lo cierto es que lo hizo a través de un concepto jurídico indeterminado –desde ahora CJI–, pues no estableció un término concreto en horas, días, semanas, meses o años; sino que impuso un parámetro a partir de la noción «inmediatamente». Esta situación, sin embargo, no significa que no exista un término o que el mismo pueda ser definido al arbitrio de la entidad contratante […].

**CONCEPTOS JURÍDICOS – Determinados – Indeterminados – Contenido – Diferencias**

Como bien lo señalan los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández , «por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados». En el caso de los primeros, el ámbito de la realidad al que se refieren está bien determinado y, por ende, su aplicación se limita a la constatación del supuesto de hecho objeto de regulación, como pasa, por ejemplo, cuando la ley establece que se debe cumplir cierta edad para acceder al derecho de pensión. Frente a los segundos, sin embargo, «la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado» , como es el caso de las nociones «inmediatamente», que contiene el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, y «buena fe», exigida para la tenencia en el caso de la prescripción adquisitiva. Según la doctrina alemana, estos últimos están caracterizados por tener un «halo de significado (Begriffshof)» usualmente amplio en relación con el tamaño de su núcleo (Begriffskern).

**CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS – Competencia determinación**

A juicio del Consejo de Estado, los operadores jurídicos –entre ellos la administración y el juez– son quienes deben concretar los conceptos imprecisos y generales, es decir, deben identificar los múltiples significados del concepto, distinguiendo unos escenarios de otros, o unos casos de otros. Este proceso de formación de contenidos del lenguaje jurídico, para la referida autoridad judicial, se traduce en la creación de significados en el derecho.

**CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS – Determinación – Potestades discrecionales – Imposibilidad**

Puede decirse, pues, que aunque es cierto que al operador jurídico es a quien le corresponde concretar el alcance de los CJI, también lo es que en dicha labor no ejerce ninguna potestad discrecional, ya que se trata de un «[…] proceso reglado que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interviene ninguna voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una facultad discrecional» . De esta forma, a los operadores jurídicos se les impone la carga de justificar, en forma expresa y detallada, las razones que le conducen a concretar el alcance de los CJI relacionados con el ejercicio de sus funciones, lo que descarta que dichos conceptos le dan «vía libre a la arbitrariedad del operador jurídico».

**CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS – Determinación – Reglas constitucionales**

[…] la Corte Constitucional ha decantado a lo largo de su jurisprudencia, cuatro reglas aplicables a los CJI, a saber:: «1. Los conceptos jurídicos indeterminados no suponen la discrecionalidad de las autoridades, puesto que implican clasificar una situación para tomar una única medida apropiada o justa. 2. Si bien se admite cierto grado de indeterminación y ambigüedad en el lenguaje jurídico, y no obstante no todo concepto jurídico indeterminado sea per se inconstitucional, el legislador debe evitar emplear palabras y conceptos que impliquen un grado de ambigüedad tal, que afecten la certeza del derecho y lleven a una interpretación absolutamente discrecional de la autoridad a quien corresponde aplicar determinada disposición, especialmente cuando se trata de normas que restringen el derecho a la libertad en sus múltiples expresiones. 3. Cuando sea posible esclarecer un concepto jurídico indeterminado, a partir de las herramientas hermenéuticas que ofrece el propio ordenamiento, la disposición no será inconstitucional. Por el contrario, si el concepto es tan abierto que no puede ser concretado en forma razonable, se desconoce el principio de legalidad. 4. En materia sancionatoria, ya sea penal o disciplinaria, la exigencia de certeza sobre el supuesto de hecho de una norma es mayor, puesto que la aplicación de la misma puede implicar una afectación más profunda de los derechos y libertades constitucionalmente protegidas».

**CONCEPTO INDETERMINADO «INMEDIATAMENTE» – Determinación – Criterios**

De lo dicho antes se sigue que existen varias posibilidades interpretativas frente a la noción «inmediatamente», pues, de acuerdo al caso específico, podrá significar uno, dos o tres días, entre otras posibilidades. El alcance que se haga estará cobijado por una presunción de acierto y, sin perjuicio del respectivo control judicial, las únicas posibilidades que se descartan prima facie son las que resultan irrazonables, como podrían serlo «en el segundo siguiente» o «dentro del año siguiente». Lo primero, por la imposibilidad que representa el cumplimiento del deber en esos términos tan expeditos, mientras que lo segundo, porque podría sacrificar el efecto útil de la disposición normativa.

De todos modos, lo cierto es que los operadores jurídicos deben preferir aquellas posibilidades que impliquen un menor tiempo. Esto es así por cuatro razones: primero, porque la palabra «inmediatamente» es un adverbio que significa «ahora, al punto o al instante» , lo que implica que la intención del legislador no era otra que descartar un lapso prolongado; segundo, por las circunstancias en las que se suscribe el contrato a revisar, particularmente, debido a que la contratación de urgencia supone una restricción de algunos de los principios que rigen la contratación estatal, como es es el caso de la libre concurrencia, situación que supone y justifica la necesidad de ejercer control tan pronto como ello sea posible; tercero, por el riesgo que implica para los recursos públicos no adoptar a tiempo las medidas necesarias y tendientes a su protección, cuando se adviertan posibles irregularidades; y cuarto, por el objeto que persigue la norma que contiene el CJI, esto es, ejercer control sobre la ejecución de los recursos públicos que se destinan a mitigar los hechos causantes de la urgencia manifiesta, lo cual deberá llevarse a cabo dentro de unas etapas establecidas por el mismo legislador.

También existen parámetros materiales y jurídicos que permiten establecer la razonabilidad del alcance que los operadores jurídicos le den a la expresión «inmediatamente». Por ejemplo, se traen a colación criterios como la complejidad del caso, medida a partir del objeto contractual, las partes que intervienen y el presupuesto, entre otros factores a valorar; la dificultad de enviar la documentación requerida, esto es, los factores de comunicación física o digital en los que se encuentre la entidad contratante; y la duración del estado de excepción que justifica la situación de urgencia manifiesta, entre otras circunstancias que deberán tenerse en cuenta, sin que ello signifique que tales parámetros puedan estandarizarse para establecer un término específico en el que la entidad debe cumplir con el deber consagrado en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, pues, se itera, la valoración del término «inmediatamente» deberá hacerse caso a caso y de acuerdo con las circunstancias específicas.

**CONCEPTO INDETERMINADO «INMEDIATAMENTE» – Entidad contratante – Operador jurídico**

Resulta del caso precisar que, en lo que respecta a la noción «inmediatamente» y su aplicación en el contexto del artículo 43 de la Ley 80 de 1993, si bien es cierto que la entidad contratante tiene la condición de operador jurídico, debido a que, en ejercicio de sus competencias, puede interpretar el alcance del CJE que contiene aquella normativa, también lo es que dicha interpretación no excluye la que deben hacer los entes de control y los jueces de la República. La interpretación que hacen estos últimos prima facie prevalece sobre la que efectúa la entidad contratante, pues son estos últimos los que deben verificar si la entidad contratante cumplió o no con el deber que le impone el ordenamiento jurídico y, con fundamento en esto, determinar las consecuencias jurídicas de haberlo hecho fuera de términos, en caso de que esto hubiera pasado. Todo, claro está, sin perjuicio del control judicial que pueden solicitar los afectados por dicha determinación.

Bogotá D.C., **07/07/2020 Hora 15:24:58s**

**N° Radicado: 2202013000005923**

Señores

**Alcaldía Municipal**

**Ipiales, Nariño**

**Concepto C ─ 357 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | COVID-19 – Estado de emergencia económica, social y ecológica – Aislamiento preventivo obligatorio / COVID-19 – Decreto 440 de 2020 – Decreto 491 de 2020 – Decreto 499 de 2020 – Decreto 537 de 2020 – Contenido – Medidas – contratación estatal / URGENCIA MANIFIESTA – Definición – Causal de contratación directa  / ARTÍCULO 43 DE LA LEY 80 DE 1993 – Finalidad / ARTÍCULO 43 DE LA LEY 80 DE 1993 – Contenido – Escenarios en los que se proyecta / CONCEPTOS JURÍDICOS DETERMINADOS E INDETERMINADOS – Contenido – Diferencias / CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS – Competencuas para determinarlos / CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS – Determinación – No implican ejercer potestades discrecionales / CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS – Determinación – Reglas constitucionales / CONCEPTO INDETERMINADO «INMEDIATAMENTE» – Determinación – Criterios / CONCEPTO INDETERMINADO «INMEDIATAMENTE» – Entidad contratante – Imposibilidad de ser considerada operador jurídico |
| **Radicación:** | Respuesta a las consultas acumuladas # 4202013000003824, 4202013000003825 y 4202013000005467. |

Estimados ciudadanos,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde sus consultas del 18 de mayo y del 30 de junio del año 2020.

**1. Problema planteado**

Usted expone que, «[d]ebido al Estado de Emergencia Sanitaria decretado por el Gobierno Nacional, se ha facultado a los municipios para contratar por urgencia manifiesta los bienes y servicios que mitiguen o atiendan sucesos relacionados con el COVID 19». En ese contexto, se formuló la siguiente pregunta: «¿[s]egún lo estipulado en el artículo [43 de la Ley 80 de 1993] cuando se menciona INMEDIATAMENTE, cual sería el plazo máximo para enviar la documentación al ente de control en este caso la Contraloría General de la Nación?».

**2. Consideraciones**

Para resolver esta consulta se analizarán los siguientes temas: i) disposiciones sobre contratación pública expedidas para prevenir la propagación de la pandemia del COVID-19 o sus efectos, ii) la urgencia manifiesta como causal de contratación directa; y iii) alcance de la noción «inmediatamente», contenida en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993.

La Subdirección de Gestión Contractual se pronunció sobre los temas uno y dos en los conceptos C-004, C-053, C-135, C-138, C-241, C-257, C-269, C-275, C-320 y C-345 del 2020, cuyas ideas se reiteran a continuación y se complementarán frente al tercero de los asuntos.

**2.1. Disposiciones expedidas para mitigar los efectos de la pandemia del virus COVID-19**

El mundo –y particularmente Colombia– atraviesa una situación delicada en materia de salud, causada por la pandemia del virus COVID-19, declarada así por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020[[1]](#footnote-1).

Desde que se conoció la posibilidad de que el virus llegara al país, el Gobierno nacional inició un plan de preparación para atender la contingencia. El 6 de marzo se conoció el primer caso de COVID-19 en Colombia; razón por la cual el Ministerio de Salud declaró la terminación de la fase de preparación y activó la fase de contención en el territorio nacional[[2]](#footnote-2). A partir de esa fecha, el Ministerio, y otras autoridades, han expedido muchos actos administrativos que establecen directrices para las autoridades y los particulares, orientados a prevenir el contagio o, por lo menos, a disminuir la velocidad y el incremento del brote. También se han expedido circulares con recomendaciones, como el lavado frecuente de manos, abstenerse de salir de casa, estornudar y toser en el brazo, conservar una distancia de por lo menos dos metros respecto de las personas mayores de 60 años, desinfectar los objetos o superficies, no saludar con la mano, con besos o con abrazos, etc.

El 17 de marzo, el presidente de la república decretó el Estado de emergencia económica, social y ecológica[[3]](#footnote-3), con fundamento en el artículo 215 de la Constitución[[4]](#footnote-4), ordenando, como primera medida, el aislamiento preventivo de los mayores de 70 años desde el viernes 20 de marzo a las 7:00 a.m. y hasta el 31 de mayo de 2020[[5]](#footnote-5). Posteriormente, el gobierno nacional, mediante el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el «aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del 25 de marzo de 2020 y hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19». El Decreto 531 del 8 de abril de 2020 prorrogó la medida hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 27 de abril; luego el Decreto 593 del 24 de abril de 2020 lo hizo hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 11 de mayo; y luego el Decreto 636 del 6 de mayo de 2020 lo hizo hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 25 de mayo.

El estado de emergencia económica, social y ecológica, derivado de la situación sanitaria ocasionada por la pandemia del COVID-19, ha justificado que se implementen –por parte de las autoridades administrativas, judiciales y de control– medidas que buscan reducir el riesgo de contagio en ambientes laborales, y por eso, como se infiere del recuento normativo, se impartió la directriz de evitar, al máximo, la presencialidad, y en su lugar utilizar las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, porque estas herramientas electrónicas permiten reproducir simultáneamente mensajes de datos. Es apenas lógico que estas directrices también apliquen a la actividad y procedimientos contractuales del Estado, porque se realizan en los espacios laborales al interior de las instituciones.

Adicionalmente, y en forma más particular, de las disposiciones que se han expedido durante la pandemia, y que han incidido en la contratación pública, hay que destacar las contenidas en los Decretos 440 del 20 de marzo de 2020 y 537 del 12 de abril de 2020, que adoptaron medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual.

Entre las medidas se encuentran las siguientes: i) uso de medios electrónicos para realizar audiencias públicas –artículos 1º y 2º–, ii) suspensión de los procedimientos de selección, e incluso revocación del acto administrativo de apertura, por razón de la emergencia –art. 3º–, iii) establecimiento preferencial de instrumentos de agregación de demanda para adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización durante la pandemia –artículos 4º, 5º y 6º–, iv) ratificación de la pandemia como circunstancia o hecho que habilita a las entidades estatales para declarar la urgencia manifiesta, y contratar directamente –artículo 7º–, v) facultad de adicionar los contratos estatales sin limitación al valor, para gestionar y mitigar la emergencia –artículo 8º–; vi) implementación de mecanismos electrónicos para recibir, tramitar y pagar facturas o cuentas de cobro –artículo 9º–; y vii) autorización al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores para contratar, con personas internacionales, bienes y servicios requeridos para mitigar la pandemia y sus efectos, aplicando el derecho privado. Estas medidas están vigentes, según lo dispone el art. 11 del Decreto 537 de 2020, mientras se mantenga la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y la Protección Social.

El gobierno nacional también expidió el Decreto 499 del 31 de marzo de 2020, cuyo contenido se reprodujo en el Decreto 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, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado internacional de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus Covid 19». En tal sentido, el artículo 1º facultó a las entidades estatales para contratar directamente con personas naturales o jurídicas, con apoyo en las normas del derecho privado, los dispositivos médicos relacionados en el artículo 1º del Decreto 438 del 19 de marzo de 2020, así como los elementos de protección personal requeridos en la gestión sanitaria de la pandemia.

**2.2. Urgencia manifiesta como causal de contratación directa**

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 4, de la Ley 1150 de 2007 consagra algunas excepciones, que atienden a la necesidad de proteger principios como la eficiencia, la eficacia, la economía, la celeridad o la integridad de las personas. Una de las excepciones es la causal de contratación directa prevista en el literal a) del mencionado numeral, denominada por la ley como «urgencia manifiesta».

Esta causal debe leerse en concordancia con los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993, que definen el concepto y establecen el procedimiento para su declaratoria, así como para la celebración de los contratos que se derivan de aquella. La primera norma dispone lo siguiente:

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

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

Parágrafo. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente[[6]](#footnote-6).

Esta causal tiene como antecedente el derogado artículo 43.16 del Decreto-Ley 222 de 1983, que autorizaba la contratación directa «Cuando hubiere urgencia evidente calificada por el Consejo de Ministros, que no permita el tiempo necesario para la licitación o concurso», entendiendo por tal «[…] necesidades actuales o previsibles de orden público, seguridad nacional o calamidad pública»; razón por la cual, los controles para su utilización eran tan evidentes que al declarase por un órgano distinto, el juez debía declarar la nulidad absoluta del contrato, por la falta de competencia3. En contraste, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, interpretando de manera más realista las necesidades de la Administración, autoriza al jefe o representante legal de la entidad estatal para declarar la urgencia, siempre que tenga el carácter de *manifiesta*[[7]](#footnote-7).

De esta manera, el artículo 42 de la Ley 80 define la urgencia manifiesta como una circunstancia que exige, con carácter apremiante, preservar la continuidad del servicio, cuando se afecta por situaciones de fuerza mayor, desastres, calamidades o hechos relacionados con los estados de excepción. No en vano, para la doctrina, las situaciones de urgencia manifiesta deben ser concretas, inmediatas, objetivas y probadas, pues se trata de circunstancias de hecho actuales, debidamente acreditadas y fundadas por estudios técnicos, verificadas por la autoridad competente[[8]](#footnote-8).

En esos casos excepcionales, que comprometen fines superiores de interés colectivo, con mayor razón son de obligatoria aplicación los objetivos de la contratación estatal, previstos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, pues 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 la consecución de dichos propósitos, confieren un fundamento adicional a esta causal de contratación directa[[9]](#footnote-9).

En esta medida, el art. 42 del Estatuto General de Contratación, citado antes, contempla cuatro (4) circunstancias o hechos que configuran la urgencia manifiesta, si así lo declara la entidad:

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.

iv) En general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los demás procedimientos de selección.

La *primera circunstancia* se configura cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro. En este caso, se busca evitar la paralización de un servicio, pues están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua. En este contexto, no puede olvidarse que el servicio público responde, por definición, a una necesidad de interés general, razón por la cual no podría ser discontinuo, pues la interrupción ocasiona problemas graves para la vida colectiva.

En esta causal es secundaria la previsibilidad de la situación, porque –si así fuera– se llegaría al absurdo de permitir que efectivamente se paralizara el servicio, sacrificando el interés general por causa de la inactividad de los servidores[[10]](#footnote-10). En consecuencia, «[…] uno de los elementos esenciales de la urgencia manifiesta lo constituye la obligación de verificar que el objeto del contrato necesita su permanencia, es decir, que se requiere garantizar por parte de la Administración la continuidad de un servicio que exige suministro de bienes, ejecución de obras o la propia prestación de servicios»[[11]](#footnote-11).

La *segunda circunstancia* se presenta en las situaciones relacionadas con los estados de excepción, siendo necesaria la remisión a los artículos 212, 213 y 215 superiores. Estas normas se refieren a la declaración de los estados de guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social y ecológica. De hecho, el uso indiscriminado, excesivo e incontrolado del estado de sitio, durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886[[12]](#footnote-12), llevó a que los supuestos fácticos, las facultades y los controles adscritos a cada uno de ellos fueran específicamente regulados tanto en la Constitución Política de 1991 como en la Ley Estatutaria 137 de 1994.

De conformidad con las normas citadas, los estados de excepción se declaran en caso de situación de anormalidad, y están acompañados de facultades y limitaciones que permiten el retorno a la regularidad. Por eso, mientras subsista la situación que la origina, y solo en lo relacionado con la declaración previa del presidente de la república, con la firma de todos los ministros, las entidades pueden contratar directamente, por urgencia manifiesta, como medida *pro tempore* para adquirir bienes y servicios que permitan superar la crisis. En contraste, cuando cesen las causas, las entidades deben contratar de conformidad con las reglas generales del Estatuto de Contratación.

En este supuesto, cuando se declara un estado de excepción, como sucede actualmente con la emergencia económica, social y ecológica –Decreto 417 de 2020–, se configura el supuesto para declarar a continuación la «urgencia manifiesta», por parte de cualquier entidad estatal regida por la Ley 80 de 1993, por configurarse uno de los cuatro (4) supuestos del art. 42 de la Ley 80 de 1993. En este evento no es suficiente la declaración del estado de excepción, por parte del presidente y sus ministros, sino que es necesario expedir, luego, el acto que declare la urgencia manifiesta, con fundamento en la declaración previa de alguno de los tres estados de excepción.

La *tercera circunstancia* surge de la necesidad de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de *calamidad* o constitutivos de *fuerza mayor* o *desastre* que demanden actuaciones inmediatas, causa que –conforme se analiza en el siguiente apartado– exige tener en cuenta lo previsto en la Ley 1523 de 2012.

Lo anterior sin perjuicio de que, conforme a la *cuarta circunstancia*, surjan situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

El elemento común en los cuatro (4) eventos es que exigen atender la contingencia de manera pronta, 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, e impiden acudir a los procedimientos de selección ordinarios, es decir, a la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación de mínima cuantía[[13]](#footnote-13).

Se insiste en que cuando se configure alguna de las cuatro (4) situaciones, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 exige declarar formalmente la «urgencia manifiesta», «mediante acto administrativo motivado», es decir, a través de una manifestación unilateral de voluntad razonablemente justificada, proferida por el jefe o representante legal de cada entidad –o quien sea el titular de la competencia–, según lo establecido en los artículos 11 y 12 de la misma Ley.

Adicionalmente, no es necesario realizar estudios previos, como lo dispone el artículo 2.2.1.2.1.4.2. del Decreto 1082 de 2015: «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».

Expedido el acto administrativo, la entidad estatal debe realizar todos los trámites internos 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»11.

De otro lado, si bien, por regla general, los contratos estatales son solemnes, es decir, para celebrarlos deben constar por escrito –principio que también aplica, en condiciones relativamente normales, a las situaciones de urgencia manifiesta que no revistan tanta gravedad–, hay casos de urgencia manifiesta que por su gravedad no dan tiempo para acordar con precisión el alcance de la obligación principal del contrato y el precio que se pagará al contratista. En tales eventos, de conformidad con los incisos 4 y 5 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el contrato se puede perfeccionar consensualmente y el precio se puede determinar posteriormente.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que a la urgencia manifiesta le aplica lo previsto en el artículo 2.2.1.2.1.4.5. del Decreto 1082 de 2015: «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 exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos».

Finalmente, declarada la urgencia manifiesta, a través del acto administrativo mencionado anteriormente, y celebrado el contrato correspondiente, se debe cumplir la exigencia del artículo 43 de la Ley 80 de 1993[[14]](#footnote-14), las cuales serán estudiadas a continuación.

**2.3. Alcance de la noción «inmediatamente» del artículo 43 de la Ley 80 de 1993**

La finalidad del procedimiento establecido en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993 es que la autoridad que ejerce el control fiscal, esto es, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, o la Auditoría General de la República, según el caso, revise si son ciertas las razones aducidas por el representante legal de la entidad para declarar la urgencia manifiesta, si tales motivos son constitutivos de urgencia y si la gestión presupuestal adoptada fue la indicada. Esta norma establece:

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

La norma transcrita establece varias exigencias. Para los fines de esta consulta, se resalta el deber de enviar los contratos originados en la urgencia manifiesta, así como el acto que la declaró y su respectivo expediente administrativo, al funcionario que ejerza control fiscal a la respectiva entidad contratante. Nótese que este deber se proyecta en dos escenarios: uno temporal y otro material. En relación con el escenario material, el deber consiste en el envío de una serie de documentos; y frente al escenario temporal, en hacerlo «inmediatamente». Así, aunque el legislador estableció un límite temporal, lo cierto es que lo hizo a través de un concepto jurídico indeterminado –desde ahora CJI–, pues no estableció un término concreto en horas, días, semanas, meses o años; sino que impuso un parámetro a partir de la noción «inmediatamente». Esta situación, sin embargo, no significa que no exista un término o que el mismo pueda ser definido al arbitrio de la entidad contratante, tal y como se explicará.

Como bien lo señalan los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández[[15]](#footnote-15), «por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados». En el caso de los primeros, el ámbito de la realidad al que se refieren está bien determinado y, por ende, su aplicación se limita a la constatación del supuesto de hecho objeto de regulación, como pasa, por ejemplo, cuando la ley establece que se debe cumplir cierta edad para acceder al derecho de pensión. Frente a los segundos, sin embargo, «la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado»[[16]](#footnote-16), como es el caso de las nociones «inmediatamente», que contiene el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, y «buena fe», exigida para la tenencia en el caso de la prescripción adquisitiva. Según la doctrina alemana, estos últimos están caracterizados por tener un «halo de significado (Begriffshof)» usualmente amplio en relación con el tamaño de su núcleo (Begriffskern)[[17]](#footnote-17).

En ambos casos, por tratarse de conceptos que regulan supuestos concretos, no se admite más de una solución –principio del tercero excluido–, esto es, o se da o no se da el concepto[[18]](#footnote-18); para los casos puestos como ejemplo, la documentación se envía o no se envía «inmediatamente»; o la tenencia fue o no de buena fe. Se trata, entonces, de un estado de indeterminación que únicamente se puede superar con una actividad de cognición[[19]](#footnote-19) que se orienta por las circunstancias particulares de aplicación del caso en el que se pretende hacer valer; sin que sea posible hacerlo por medio de actividades de volición[[20]](#footnote-20).

Lo dicho antes no quiere decir que el concepto jurídico indeterminado no sea susceptible de varias interpretaciones. Incluso la doctrina foránea reconoce que esto sí es posible, frente a lo que resalta que «[s]e trata de conceptos que de manera natural tienen una textura abierta, es decir, que pueden tener diversas interpretaciones, mismas que se llenan de contenido, ya en la aplicación de casos concretos»[[21]](#footnote-21).

El Consejo de Estado se ha aproximado a la noción CJI desde dos frentes: en relación con unos casos concretos en los que consideró que estos conceptos son indeterminados: «derecho positivo»[[22]](#footnote-22), establecido en algunas causales de anulación de laudos arbitrales; «favorabilidad»[[23]](#footnote-23), contenido en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993; «moralidad administrativa»[[24]](#footnote-24); «conducta asumida por las partes»[[25]](#footnote-25), sobre condena en costas; «determinación»[[26]](#footnote-26), frente a los criterios y porcentajes señalados en el anulado artículo 75 del Decreto 2474 de 2008; «tema nuevo»[[27]](#footnote-27), relacionado con la improcedencia del recurso de reposición; «giro ordinario»[[28]](#footnote-28), establecido en el artículo 21 del derogado Decreto 679 de 1994; y «los motivos o causas que impidan la escogencia objetiva»[[29]](#footnote-29), contenido en el artículo 25, numeral 18, de la Ley 80 de 1993, entre otros.

Por otro lado, el referido tribunal ha indagado sobre la noción en sí misma. En efecto, en las sentencias del 1 de junio del 2000[[30]](#footnote-30) y del 26 de julio de 2011[[31]](#footnote-31), explicó su entendimiento del CJI. En el fallo del 2011, consideró *in extenso* lo siguiente:

La «teoría de los conceptos jurídicos indeterminados comporta una sutil técnica de redacción y consecuente aplicación de las normas jurídicas frente a hipótesis específicas. Por regla general, las normas jurídicas se caracterizan por delimitar y definir de manera precisa, a través de los conceptos y términos utilizados, el ámbito de la realidad dentro de la cual están llamadas a operar, en lo que se conoce como el contenido inequívoco de la norma».

En los «conceptos jurídicos indeterminados, opera una clara excepción frente a esta caracterización general de la estructuración normativa, en donde precisamente lo característico es el contenido indeterminado de los elementos descriptivos (conceptos, términos utilizados) de la norma, en cuanto conceptos de contornos difíciles de delimitar (no vagos, imprecisos o contradictorios), ante la ausencia en ellos, de contenidos materiales definitivos, concretos e inequívocos, haciendo de la esfera de realidad propuesta un ámbito fructífero de lo indefinido y abstracto (buena fe, premeditación, fuerza irresistible, incapacidad para el ejercicio de funciones, buen padre de familia, justo precio, interés público, bien común, fundamento importante, confiabilidad, necesidad, etc.)».

[…]

Los otros conceptos, por el contrario, tienen un contenido específico, cuyo alcance no admite mayores discusiones entre los operadores jurídicos, en relación con su significado, tal es el caso de: servidor público, matrimonio, mayor de edad, Constitución, Ley, Ministerio, establecimiento público, entre muchos otros. Lo común en ellos es que son concretos y precisos, de manera que designan contenidos mucho más puntuales y menos ambivalentes, y por eso la discrepancia sobre su alcance se reduce sustancialmente, aunque no tiene por qué desaparecer, ya que es propio de toda norma su vocación de ser interpretada, con variables lógicas posibles.

A juicio del Consejo de Estado, los operadores jurídicos –entre ellos la administración y el juez– son quienes deben concretar los conceptos imprecisos y generales, es decir, deben identificar los múltiples significados del concepto, distinguiendo unos escenarios de otros, o unos casos de otros. Este proceso de formación de contenidos del lenguaje jurídico, para la referida autoridad judicial, se traduce en la creación de significados en el derecho.

Con todo, el Consejo de Estado igualmente ha reconocido que «los llamados “conceptos jurídicos indeterminados” […] no le dejan a la Administración la libertad de optar entre varias posibilidades de actuación, en tanto no hay múltiples soluciones para la Administración, sino una sola justa, esto es, ajustada a los fines del derecho»[[32]](#footnote-32). Esto significa que no «[…] puede encubrirse tras un concepto jurídico indeterminado una potestad discrecional […] porque una cosa es la alternativa de elección que tiene la administración, para adoptar una decisión entre varias posibles, y otra la dificultad que tienen algunas normas de concretar su contenido, en virtud de la presencia de CJI». Al respecto, en la sentencia transcrita anteriormente, se dijo:

La diferencia la advirtió claramente Eduardo García de Enterría, en «La Lucha contra las inmunidades del poder» al señalar que «Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto (…) Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a estas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio (…) Aquí cualquiera de estas soluciones, alternativamente, es igualmente justa, y precisamente porque lo es existe libertad de decisión (la discrecionalidad consiste esencialmente en una libertad de elección), procediendo esta en virtud de otros criterios materiales distintos de los jurídicos, que por ello no pueden jurídicamente ser fiscalizados. En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado (…) lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, ley que ha configurado este con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su apreciación esté indeterminada; de este modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la ley. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, son un proceso de juicio o estimación (…). Justamente por eso, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado (…), porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales».

Puede decirse, pues, que aunque es cierto que al operador jurídico es a quien le corresponde concretar el alcance de los CJI, también lo es que en dicha labor no ejerce ninguna potestad discrecional, ya que se trata de un «[…] proceso reglado que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interviene ninguna voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una facultad discrecional»[[33]](#footnote-33). De esta forma, a los operadores jurídicos se les impone la carga de justificar, en forma expresa y detallada, las razones que le conducen a concretar el alcance de los CJI relacionados con el ejercicio de sus funciones, lo que descarta que dichos conceptos le dan «vía libre a la arbitrariedad del operador jurídico»[[34]](#footnote-34).

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha decantado a lo largo de su jurisprudencia,[[35]](#footnote-35) cuatro reglas aplicables a los CJI, a saber:

1. Los conceptos jurídicos indeterminados no suponen la discrecionalidad de las autoridades, puesto que implican clasificar una situación para tomar una única medida apropiada o justa.

2. Si bien se admite cierto grado de indeterminación y ambigüedad en el lenguaje jurídico, y no obstante no todo concepto jurídico indeterminado sea per se inconstitucional, el legislador debe evitar emplear palabras y conceptos que impliquen un grado de ambigüedad tal, que afecten la certeza del derecho y lleven a una interpretación absolutamente discrecional de la autoridad a quien corresponde aplicar determinada disposición, especialmente cuando se trata de normas que restringen el derecho a la libertad en sus múltiples expresiones.

3. Cuando sea posible esclarecer un concepto jurídico indeterminado, a partir de las herramientas hermenéuticas que ofrece el propio ordenamiento, la disposición no será inconstitucional. Por el contrario, si el concepto es tan abierto que no puede ser concretado en forma razonable, se desconoce el principio de legalidad.

4. En materia sancionatoria, ya sea penal o disciplinaria, la exigencia de certeza sobre el supuesto de hecho de una norma es mayor, puesto que la aplicación de la misma puede implicar una afectación más profunda de los derechos y libertades constitucionalmente protegidas[[36]](#footnote-36).

Resulta del caso insistir, de acuerdo a la jurisprudencia transcrita, en que los CJI no suponen la discrecionalidad de las autoridades. Con esa orientación, el tribunal constitucional ha señalado que, para la determinación del alcance del concepto jurídico indeterminado, los operadores jurídicos deben acudir a los valores, los principios y las reglas de derecho que sirven de fundamento a la institución jurídica en cuya regulación está contenido dicho concepto[[37]](#footnote-37). Serán estos los criterios o herramientas que servirán de apoyo en el proceso intelectivo de los operadores jurídicos.

Es importante tener en cuenta que, en la mayoría de casos, la determinación del alcance del CJI exige que el operador jurídico lleve a cabo juicios de valor. Tales juicios, en concepto de esta Agencia, están dotados de cierta presunción de acierto, presunción que, desde luego, no excluye el respectivo control jurisdiccional.

Ahora bien, aplicadas estas ideas a la noción «inmediatamente», contenida en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, partimos del hecho de que estamos frente a un CJI, lo cual le impone al operador jurídico, esto es, a las autoridades o a los jueces de la República, determinar el alcance de la expresión de acuerdo a cada caso concreto y particular, sin que se pueda reemplazar la palabra con un término concreto, puntual, específico y aplicable a todos los supuestos de hecho, salvo, por supuesto, en el evento en el que se profiera una sentencia de unificación o una de constitucionalidad, interpretando con autoridad dicha noción jurídica, lo cual, hasta el momento, no ha ocurrido.

De lo dicho antes se sigue que existen varias posibilidades interpretativas frente a la noción «inmediatamente», pues, de acuerdo al caso específico, podrá significar uno, dos o tres días, entre otras posibilidades. El alcance que se haga estará cobijado por una presunción de acierto y, sin perjuicio del respectivo control judicial, las únicas posibilidades que se descartan *prima facie* son las que resultan irrazonables, como podrían serlo «en el segundo siguiente» o «dentro del año siguiente». Lo primero, por la imposibilidad que representa el cumplimiento del deber en esos términos tan expeditos, mientras que lo segundo, porque podría sacrificar el efecto útil de la disposición normativa.

De todos modos, lo cierto es que los operadores jurídicos deben preferir aquellas posibilidades que impliquen un menor tiempo. Esto es así por cuatro razones: *primero,* porque la palabra «inmediatamente» es un adverbio que significa «ahora, al punto o al instante»[[38]](#footnote-38), lo que implica que la intención del legislador no era otra que descartar un lapso prolongado; *segundo*, por las circunstancias en las que se suscribe el contrato a revisar, particularmente, debido a que la contratación de urgencia supone una restricción de algunos de los principios que rigen la contratación estatal, como es es el caso de la libre concurrencia, situación que supone y justifica la necesidad de ejercer control tan pronto como ello sea posible; *tercero*, por el riesgo que implica para los recursos públicos no adoptar a tiempo las medidas necesarias y tendientes a su protección, cuando se adviertan posibles irregularidades; y *cuarto*, por el objeto que persigue la norma que contiene el CJI, esto es, ejercer control sobre la ejecución de los recursos públicos que se destinan a mitigar los hechos causantes de la urgencia manifiesta, lo cual deberá llevarse a cabo dentro de unas etapas establecidas por el mismo legislador.

También existen parámetros materiales y jurídicos que permiten establecer la razonabilidad del alcance que los operadores jurídicos le den a la expresión «inmediatamente». Por ejemplo, se traen a colación criterios como la complejidad del caso, medida a partir del objeto contractual, las partes que intervienen y el presupuesto, entre otros factores a valorar; la dificultad de enviar la documentación requerida, esto es, los factores de comunicación física o digital en los que se encuentre la entidad contratante; y la duración del estado de excepción que justifica la situación de urgencia manifiesta, entre otras circunstancias que deberán tenerse en cuenta, sin que ello signifique que tales parámetros puedan estandarizarse para establecer un término específico en el que la entidad debe cumplir con el deber consagrado en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, pues, se itera, la valoración del término «inmediatamente» debe hacerse caso a caso y de acuerdo con las circunstancias específicas.

Resulta del caso precisar que, en lo que respecta a la noción «inmediatamente» y su aplicación en el contexto del artículo 43 de la Ley 80 de 1993, si bien es cierto que la entidad contratante tiene la condición de operador jurídico, debido a que, en ejercicio de sus competencias, puede interpretar el alcance del CJE que contiene aquella normativa, también lo es que dicha interpretación no excluye la que deben hacer los entes de control y los jueces de la República. La interpretación que hacen estos últimos *prima facie* prevalece sobre la que efectúa la entidad contratante, pues son estos últimos los que deben verificar si la entidad contratante cumplió o no con el deber que le impone el ordenamiento jurídico y, con fundamento en esto, determinar las consecuencias jurídicas de haberlo hecho fuera de términos, en caso de que esto hubiera pasado. Todo, claro está, sin perjuicio del control judicial que pueden solicitar los afectados por dicha determinación.

A título de conclusión, puede decirse lo siguiente: i) los conceptos utilizados por las normas pueden ser determinados o indeterminados; ii) en el caso de la expresión «inmediatamente», consagrada en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, el legislador utilizó un CJI; iii) se trata de un concepto que regula un supuesto concreto y, por ende, el supuesto de hecho se da o no se da, esto es, o la documentación se envía o no se envía «inmediatamente», por lo que la norma no incluye una potestad discrecional, como sería el supuesto hipotético en que la norma estableciera que la entidad «*podrá* enviar la documentación inmediatamente»; iv) esto no significa que que el concepto «inmediatamente» no pueda tener varias interpretaciones, dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular; v) les corresponde a los operadores jurídicos identificar tales interpretaciones y optar por una de ellas, valorado cada caso concreto y según criterios de razonabilidad –se descarta la arbitrariedad–-; vi) no puede encubrirse tras un concepto jurídico indeterminado una potestad discrecional; y vii) si bien es cierto que la entidad contratante es un operador jurídico que interpreta el CJI *sub examine*, también lo es que su interpretación no excluye la que deben hacer los entes de control y los jueces de la República, la cual *prima facie* prevalece sobre la de aquella.

Sin perjuicio de lo anterior, Colombia Compra Eficiente recomienda que el cumplimiento del deber *sub examine* se cumpla en el mismo momento en el que materialmente sea posible, esto es, en el momento en el que se formaliza el contrato a revisar, claro está, siempre que los mecanismos de comunicación así se lo permitan a la entidad, pues si la urgencia manifiesta se relaciona, por ejemplo, con hechos que la incomunican, como puede pasar por una catástrofe natural, resultaría difícil que esta cumpliera con dicho deber en el mismo momento en el que formaliza el procedimiento contractual, aunque no quede eximida de hacerlo tan pronto como le sea posible materialmente.

Con fundamento en las anteriores consideraciones se contestará la pregunta formulada.

**3. Respuesta**

«¿[s]egún lo estipulado en el artículo [43 de la Ley 80 de 1993] cuando se menciona INMEDIATAMENTE, cual sería el plazo máximo para enviar la documentación al ente de control en este caso la Contraloría General de la Nación?».

Los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados y, en el caso de la expresión «inmediatamente», consagrada en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, el legislador utilizó un CJI. Esto significa varias cosas, entre ellas, que no es posible fijar un «plazo máximo para enviar la documentación» y que dicho término debe ser fijado por los operadores jurídicos en cada caso. Además, es importante que usted tenga en cuenta: i) que les corresponde a los operadores jurídicos identificar los múltiples significados del concepto y optar por uno de ellos, con fundamento en criterios de razonabilidad; ii) que no puede encubrirse tras el concepto jurídico indeterminado *sub examine* una potestad discrecional; y iii) que si bien es cierto que la entidad contratante tiene la condición de operador jurídico, que interpreta el CJI *sub examine*, también lo es que su interpretación no excluye la que deben hacer los entes de control y los jueces de la República, la cual *prima facie* prevalece sobre la de aquella.

Son estos últimos los que deben verificar si la entidad contratante cumplió o no con el deber que le impone el ordenamiento jurídico y, con fundamento en esto, determinar las consecuencias jurídicas de haberlo hecho fuera de términos, en caso de que esto hubiera pasado. Todo, claro está, sin perjuicio del control judicial que pueden solicitar los afectados por dicha determinación.

Sin perjuicio de lo anterior, Colombia Compra Eficiente *recomienda* que el cumplimiento del deber *sub examine* se cumpla en el mismo momento en el que materialmente sea posible, esto es, en el momento en el que se formaliza el contrato a revisar, claro está, siempre que los mecanismos de comunicación así se lo permitan a la entidad, pues si la urgencia manifiesta se relaciona, por ejemplo, con hechos que la incomunican, como puede pasar por una catástrofe natural, resultaría difícil que esta cumpliera con dicho deber en el mismo momento en el que formaliza el procedimiento contractual, aunque no quede eximida de hacerlo tan pronto como le sea posible materialmente.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, se trata de una apreciación y por lo tanto no vincula a los destinatarios, quienes pueden y deben resolver particularmente las inquietudes que les surgen sobre los temas de hecho y de derecho que se consultan.



Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos Carreño |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. En sitio web: https://www.who.int/es/news-room/detail/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19. [↑](#footnote-ref-1)
2. En sitio web: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-su-primer-caso-de-COVID-19.aspx>. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 417 del 17 de marzo de 2020. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 215: «Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

   […]». [↑](#footnote-ref-4)
5. En: https://twitter.com/IvanDuque/status/1240114356911734791. [↑](#footnote-ref-5)
6. El artículo 43 se relaciona con el citado arriba: «Art. 43. Del control de la contratación de urgencia. Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.

   »Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia». [↑](#footnote-ref-6)
7. MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009. p. 705. [↑](#footnote-ref-7)
8. DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires. 1980. p. 166-168. [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y de Servicio Civil. Concepto del 28 de enero de 1998. Rad. 1.073. C.P. Javier Henao Hidrón. [↑](#footnote-ref-9)
10. Al respecto, «[…] si los funcionarios han sido negligentes en la realización de determinadas obras, y éstas se tornan gravemente imperiosas por el transcurso del tiempo, no podrá por tal causa la Administración la posibilidad de satisfacer la necesidad pública con la verdadera urgencia que la misma requiere. Lo que corresponde es hacer responsables, administrativa y civilmente, a los funcionarios en cuestión, sin perjuicio de solucionar el problema de la urgencia que el mismo objetivamente requiera». GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo IX. Buenos Aires. 2014. p. XVI-16. [↑](#footnote-ref-10)
11. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de febrero de 2011. Rad. 34.425. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional Nº 76 de mayo 18 de 1991. pp. 12-13. [↑](#footnote-ref-12)
13. En resumen, la jurisprudencia explica que 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». (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006. Rad. 5.229. C.P. Ramiro Saavedra Becerra). [↑](#footnote-ref-13)
14. Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia. [↑](#footnote-ref-14)
15. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo (16ª Ed.). Tomo I. España. 2013, p. 501 y 502. [↑](#footnote-ref-15)
16. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo (16ª Ed.). Tomo I. España. 2013, p. 502. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cfr. HECK, Philipp. *Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz*. Tubinga, Alemania. 1914. p. 46; y RÖTHEL, Anne. *Normkonkretisierung um Privatrecht.* Tubinga, Alemania. 2004. pp. 26-28. Citados por: AMBOS, Kai Et. al. Justicia de transición y constitución [en línea]. Editorial Temis. Colombia. 2013. p. 42. [fecha de Consulta 1 de julio de 2020]. ISSN: 978-958-35-1007-6 [↑](#footnote-ref-17)
18. Cfr. MARCHECO ACUÑA, Benjamín. El control judicial de la potestad discrecional de la administración pública en Cuba. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas [en línea]. 2009, 39(110), 57-75 [fecha de Consulta 30 de junio de 2020]. ISSN: 0120-3886. En la página 69 del texto, se lee: «La ley no determina con exactitud el límite de tales conceptos porque éstos no admiten una cuantificación rigurosa, sino que se refieren a un supuesto de realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado a la hora de su aplicación, y por tanto para realizarse requieren de una análisis concreto en el caso examinado. Sin embargo, la calificación de la realidad puesta a examen al órgano no permite más que una solución conforme a la ley». [↑](#footnote-ref-18)
19. Cfr. JIMÉNEZ LECHUGA, Francisco Javier La función pública española con especial referencia a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica [en línea]. 2005, (296-297), 281-310 [fecha de Consulta 1 de julio de 2020]. En la página 301 del texto, el autor señala: «Es un proceso reglado que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto jurídico indeterminado ha pretendido, proceso en el que no intervine ninguna voluntad de aplicación del aplicador». [↑](#footnote-ref-19)
20. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo (16ª Ed.). Tomo I. España. 2013, p. 502. [↑](#footnote-ref-20)
21. DORANTES DÍAZ, Francisco Javier. El Derecho a la Ciudad. Sus posibilidades jurídicas de aplicación. Revista Buen Gobierno [en línea]. 2018, (25), 1-14 [fecha de Consulta 1 de Julio de 2020]. ISSN: 1874-4271. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Expedientes 11001-03-26-000-2012-00010-00(43089), 11001-03-26-000-2013-00111-00(48117) y 11001-03-26-000-2013-00048-00(46779). Providencias del 8 de agosto de 2012 y del 12 de febrero de 2014 (2). M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059). Providencia del 14 de marzo de 2013. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsecciones A, B y C. Expedientes 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP), 88001-23-31-000-2004-00009-01(AP), 25000-23-24-000-2010-00757-01(AP), 66001-23-31-000-2012-10100 01(AP) y 25000-23-24-000-2004-00894-01(AP). Providencias del 5 de octubre de 2005, 30 de agosto de 2007, 25 de abril de 2012, 1 de agosto de 2016 y del 17 de marzo de 2017. MM.PP. Ramiro Saavedra Becerra, Enrique Gil Botero (2), Ramiro Pazos Guerrero y Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsecciones A y C. Expedientes 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986) y 05001-23-31-000-2006-00111-01(48809). Providencia del 12 de noviembre de 2014 y del 13 de junio de 2016. MM.PP. Enrique Gil Botero y Martha Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Expediente 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B. Providencia del 14 de abril de 2010. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Expediente 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B. Providencia del 14 de abril de 2010. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 11001-03-26-000-1995-01575-01(11575). Providencia del 6 de julio de 2005. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235)DM. Providencia del 24 de junio de 2004. M.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicaciones 12038 y 14092. Providencia del 1 de junio de 2000. M.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Expediente 25000-23-26-000-1997-03809-01(17661). Providencia del 26 de julio de 2011. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A. Providencia del 16 de marzo de 2005. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-32)
33. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo (16ª Ed.). Tomo I. España. 2013, p. 503-504. [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 25000-23-26-000-1994-09730-01 (14462). Providencia del 29 de mayo de 2003. M.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-34)
35. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-860 de 2006, C-052 de 2012, C-258 de 2015 y C-382 de 2019. [↑](#footnote-ref-35)
36. Corte Constitucional. Sentencia C-538 de 2016. [↑](#footnote-ref-36)
37. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2002. [↑](#footnote-ref-37)
38. Consultado en el diccionario de la RAE. Disponible en: https://dle.rae.es/inmediatamente [↑](#footnote-ref-38)