**CCE-DES-FM-17**

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

[…] 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 administrativa, 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.

**CALAMIDAD PÚBLICA Y DESASTRE – Diferencia – Relación – U****rgencia manifiesta**

De conformidad con el artículo 2, numeral 4º, literal a), de la Ley 1150 de 2007, la urgencia manifiesta es una causal de contratación directa. Según el artículo 4, numerales 5 y 8, de la Ley 1523 de 2012, las situaciones de calamidad pública o de desastre son «[…] el resultado que se desencadena de la manifestación de uno o varios eventos naturales o antropogénicos no intencionales que al encontrar condiciones propicias de vulnerabilidad en las personas, los bienes, la infraestructura, los medios de subsistencia, la prestación de servicios o los recursos ambientales, causa daños o pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales […]», situaciones que deben ser declaradas por el Presidente de la República, para el caso del desastre; o el alcalde o el gobernador, para la calamidad pública.

[…] la ocurrencia de las dos situaciones mencionadas, por sí mismas, no son causales de contratación directa; aunque –de conformidad con el artículo 42 de la Ley 80 de 1993– son el fundamento fáctico y jurídico para declarar luego, en forma expresa, la «urgencia manifiesta», regulada en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, relacionada con la necesidad de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas.

**CALAMIDAD PÚBLICA Y DESASTRE – Declaración previa**

[…] para contratar directamente no basta con la declaración de desastre o de calamidad; se necesitan dos (2) actos administrativos, concurrentes, para que se pueda contratar directamente por urgencia manifiesta: i) el primero en el tiempo, la declaración de la situación de calamidad pública o la declaración de la situación de desastre, de conformidad con lo establecido en el Capítulo VI de la Ley 1523 de 2012; y ii) el segundo, la declaración propiamente dicha de «urgencia manifiesta», de que trata el art. 42 del Estatuto General de Contratación, amparado o fundamentado en la declaración previa del desastre o calamidad.

Sin el primer acto administrativo no es posible expedir el segundo, es decir, para declarar la urgencia manifiesta es imprescindible que el presidente de la república o el gobernador o el alcalde, según el caso, hayan declarado la situación de desastre o la declaración de calamidad. Lo anterior, porque la situación de calamidad pública o la situación de desastre depende tanto de la ocurrencia de los hechos que dan lugar a las mismas como de la declaración del órgano competente, de manera que ninguna se configura a falta de alguna de estas condiciones.

Por lo tanto, como una autoridad diferente al presidente de la república, o al gobernador y el alcalde –por ejemplo, los ministros, directores o presidentes de agencias, directores de establecimientos públicos, de sociedades de economía mixta, etc.–, carece de competencia para declarar cualquiera de estas dos situaciones, deben esperar a que se dicten los actos respectivos para fundamentar la declaración de urgencia manifiesta en la situación de desastre o en la situación de calamidad.

**CALAMIDAD PÚBLICA Y DESASTRE – Exclusión parcial – Ley 80 de 1993**

Si bien la necesidad de contar con los dos actos administrativos anteriormente mencionados es un principio general, para el común de las entidades estatales, es necesario considerar el matiz introducido por el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, hipótesis en la cual basta declarar la situación de desastre o la situación de calamidad pública para contratar con el derecho privado, y los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

[…]

Sin perjuicio de las potestades exorbitantes, la norma precedente exceptúa del Estatuto General de contratación los contratos «[…] relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública […]» celebrados por: i) la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, ii) por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo y iii) los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo.

Cuando se declare la situación de desastre o la situación de calamidad pública, las instituciones mencionadas antes son las únicas excluidas de la Ley 80; las demás siguen cubiertas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como es el caso de los ministerios, todas las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional y territorial, las demás ramas del poder público, los órganos autónomos, y en general casi todas las instituciones públicas del país.

Además, según el parágrafo del mismo artículo, sólo los contratos celebrados por las entidades territoriales se someten al control fiscal, con independencia de que sean producto de la contratación directa; razón por la cual también recae sobre aquellos que son resultado de procesos de selección competitivos.

Bogotá D.C., **10/04/2020 Hora 15:6:29s**

**N° Radicado: 2202013000002580**

Señor

**CARLOS MARIO CASTRILLÓN ENDO**

Ciudad

**Concepto C ─ 257 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | URGENCIA MANIFIESTA ― Definición ― Causal de contratación directa / CALAMIDAD PÚBLICA Y DESASTRE ― Diferencia y relación con la urgencia manifiesta / CALAMIDAD PÚBLICA Y DESASTRE ― Declaración previa / CALAMIDAD PÚBLICA Y DESASTRE ― Exclusión parcial de la Ley 80 de 1993 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000002125 |

Estimado Señor Castrillón Endo,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ―Colombia Compra Eficiente― responde su consulta del 24 de marzo de 2020, 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.

**1.** **Problemas planteados**

Usted formula la siguiente pregunta: ¿qué diferencia existe entre la calamidad pública prevista en la Ley 1523 de 2012 y la urgencia manifiesta del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública?

**2.** **Consideraciones**

Para desarrollar el problema planteado, se explicará tanto el sentido y alcance de la *urgencia manifiesta* en los contratos de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, como los conceptos de *desastre* y *calamidad pública* en la Ley 1523 de 2012, para diferenciar estas nociones, pero también para establecer la relación que tienen.

**2.1. 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[[1]](#footnote-1).

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 competencia[[2]](#footnote-2). 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*[[3]](#footnote-3).

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[[4]](#footnote-4).

En esos casos excepcionales, que comprometen fines superiores de interés colectivo, con mayor razón son de obligatoria aplicación los objetivos de la contratación administrativa, 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[[5]](#footnote-5).

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 procedimientos de selección o concurso públicos

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[[6]](#footnote-6). 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»[[7]](#footnote-7).

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[[8]](#footnote-8), 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 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 sólo 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[[9]](#footnote-9).

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»[[10]](#footnote-10).

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. La finalidad de este procedimiento es que la autoridad que ejerce el control fiscal –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.

**2.2. *Situación de desastre* y situación de *calamidad pública*: uno de los cuatro (4) supuestos que configura la urgencia manifiesta –regulación en la** **Ley 1523 de 2012–**

El artículo 42 de la Ley 80 de 1993 dispone que la urgencia manifiesta se declara, entre otras tres (3) circunstancias, con la finalidad de «[…] conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas […]».

Para delimitar estas expresiones, el artículo 28 del Código Civil dispone que «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal». Y resulta que en la medida en que la norma utiliza la conjunción «o», en principio asimilaría la *calamidad* y el *desastre* con la *fuerza mayor* o el *caso fortuito*. Al respecto, el artículo 64 del Código Civil define como tal «[…] el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.»[[11]](#footnote-11).

Cuando provienen de fenómenos de la naturaleza estas características confluyen con los conceptos de desastre y calamidad, los cuales –conforme al Diccionario de la Real Academia Española– constituyen una «Desgracia grande, suceso infeliz y lamentable» o «Desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas», respectivamente.

Conforme al significado natural de las palabras, parece que la diferencia es el mayor alcance de la segunda respecto al primero. No obstante, además de la ocurrencia de desastres y calamidades que –aunque irresistibles– se presentan con cierto grado de previsibilidad o que, incluso, se originan en la actuación humana intencional, estos dos conceptos también los definió el artículo 4, numerales 5 y 8, de la Ley 1523 de 2012[[12]](#footnote-12):

“Art. 4. Para efectos de la presente ley se entenderá por:

[…]

5. Calamidad pública: Es el resultado que se desencadena de la manifestación de uno o varios eventos naturales o antropogénicos no intencionales que al encontrar condiciones propicias de vulnerabilidad en las personas, los bienes, la infraestructura, los medios de subsistencia, la prestación de servicios o los recursos ambientales, causa daños o pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales, generando una alteración intensa, grave y extendida en las condiciones normales de funcionamiento de la población, en el respectivo territorio, que exige al municipio, distrito o departamento ejecutar acciones de respuesta a la emergencia, rehabilitación y reconstrucción.

[…]

8. Desastre: Es el resultado que se desencadena de la manifestación de uno o varios eventos naturales o antropogénicos no intencionales que al encontrar condiciones propicias de vulnerabilidad en las personas, los bienes, la infraestructura, los medios de subsistencia, la prestación de servicios o los recursos ambientales, causa daños o pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales, generando una alteración intensa, grave y extendida en las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad, que exige del Estado y del sistema nacional ejecutar acciones de respuesta a la emergencia, rehabilitación y reconstrucción.”

Esta norma se debe armonizar con los artículos 56 y 57 de la misma ley, que asignan la competencia para declarar la ocurrencia de una situación de *desastre* o una situación de *calamidad pública*. Particularmente, disponen que al Presidente de la República le corresponde declarar la situación de *desastre*, tanto en el orden nacional, departamental, como en el municipal y distrital[[13]](#footnote-13), facultad que no pueden ejercer los gobernadores y alcaldes, porque la norma no les asignó esta competencia; no obstante, a los gobernadores y alcaldes sí les corresponde declarar la *situación de calamidad pública*, en los respectivos ámbitos, facultad que, en cambio, no puede ejercer el presidente de la república[[14]](#footnote-14).

De esta manera, una vez se declara la situación de calamidad o la situación de desastre bajo los criterios señalados en el artículo 59 de la Ley 1523 de 2012, por parte de la autoridad competente, las demás entidades estatales –de conformidad con el artículo 42 de la Ley 80 de 1993– quedan facultadas para declarar, a continuación, la causal de contratación directa denominada «urgencia manifiesta», mediante un acto administrativo propio, autónomo, que tiene como fundamento fáctico y jurídico la declaración de situación de calamidad o la situación de desastre.

Lo anterior significa que para contratar directamente no basta con la declaración de desastre o de calamidad; se necesitan dos (2) actos administrativos, concurrentes, para que se pueda contratar directamente por urgencia manifiesta: i) el primero en el tiempo, la declaración de la situación de calamidad pública o la declaración de la situación de desastre, de conformidad con lo establecido en el Capítulo VI de la Ley 1523 de 2012; y ii) el segundo, la declaración propiamente dicha de «urgencia manifiesta», de que trata el art. 42 del Estatuto General de Contratación, amparado o fundamentado en la declaración previa del desastre o calamidad.

 Sin el primer acto administrativo no es posible expedir el segundo, es decir, para declarar la urgencia manifiesta es imprescindible que el presidente de la república o el gobernador o el alcalde, según el caso, hayan declarado la situación de desastre o la declaración de calamidad. Lo anterior, porque la situación de calamidad pública o la situación de desastre depende tanto de la ocurrencia de los hechos que dan lugar a las mismas como de la declaración del órgano competente, de manera que ninguna se configura a falta de alguna de estas condiciones.

Por lo tanto, como una autoridad diferente al presidente de la república, o al gobernador y el alcalde –por ejemplo, los ministros, directores o presidentes de agencias, directores de establecimientos públicos, de sociedades de economía mixta, etc.–, carece de competencia para declarar cualquiera de estas dos situaciones, deben esperar a que se dicten los actos respectivos para fundamentar la declaración de urgencia manifiesta en la situación de desastre o en la situación de calamidad. Por lo anterior, cuando el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 dispone que la urgencia manifiesta se declara –entre otras tres (3) causales– para «[…] conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas […]», las circunstancias de calamidad y desastre deben entenderse en los términos de la Ley 1523 de 2012, en la medida que forman una unidad jurídica completa.

**2.3. *Situación de desastre* y situación de *calamidad pública*: supuesto de exclusión parcial del régimen de contratación de la Administración pública –Ley 80 de 1993–**

Si bien la necesidad de contar con los dos actos administrativos anteriormente mencionados es un principio general, para el común de las entidades estatales, es necesario considerar el matiz introducido por el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, hipótesis en la cual basta declarar la situación de desastre o la situación de calamidad pública para contratar con el derecho privado, y los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

La interpretación de la norma supone tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 47, se constituyó el Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres como un patrimonio autónomo –artículo 49–, administrado y representado en los términos del artículo 3° del Decreto 1547 de 1984 –modificado por el artículo 70 de Decreto-ley 919 de 1989[[15]](#footnote-15) (artículo 48)–, destinado a adoptar medidas de conocimiento y reducción del riesgo de desastres, preparación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción, a través de mecanismos de financiación dirigidos a las entidades involucradas en los procesos y a la población afectada por la ocurrencia de desastres, cuyo régimen contractual es el de las empresas industriales y comerciales, sin perjuicio de las facultades especiales para atender situaciones de desastres y evitar la extensión de los efectos –parágrafo 3 del artículo 50–.

La disposición citada también establece que las entidades territoriales deben constituir sus propios *fondos de gestión del riesgo*, bajo el mismo esquema del Fondo Nacional, con el propósito de invertir, destinar y ejecutar sus recursos en la adopción de medidas de conocimiento y reducción del riesgo, preparación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción en situaciones de desastre o calamidad pública –artículo 54[[16]](#footnote-16)–. En este contexto, el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012 dispone lo siguiente:

“Art. 66. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.

Parágrafo. Los contratos celebrados por las entidades territoriales en virtud del artículo anterior se someterán al control fiscal dispuesto para los celebrados en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen.

 Sin perjuicio de las potestades exorbitantes, la norma precedente exceptúa del Estatuto General de contratación los contratos «[…] relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública […]» celebrados por: i) la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, ii) por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo y iii) los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo.

Cuando se declare la situación de desastre o la situación de calamidad pública, las instituciones mencionadas antes son las únicas excluidas de la Ley 80; las demás siguen cubiertas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como es el caso de los ministerios, todas las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional y territorial, las demás ramas del poder público, los órganos autónomos, y en general casi todas las instituciones públicas del país.

Además, según el parágrafo del mismo artículo, sólo los contratos celebrados por las entidades territoriales se someten al control fiscal, con independencia de que sean producto de la contratación directa; razón por la cual también recae sobre aquellos que son resultado de procesos de selección competitivos.

En otras palabras, la pura y simple declaración de desastre o de calamidad pública conduce a que las autoridades mencionadas atrás se excluyan de la Ley 80, y pasen a formar parte del régimen especial de contratación, siempre que los contratos estén relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción para superar la situación de calamidad o desastre declarados, caso en el cual, inclusive, podrán pactar poderes excepcionales. Para las demás entidades es necesaria la declaración de desastre o calamidad pública para fundamentar, a continuación, la declaración de urgencia manifiesta en los términos de la Ley 80 de 1993.

Con fundamento en las anteriores consideraciones se contesta la inquietud formulada.

**3. Respuesta**

¿Qué diferencia existe entre la calamidad pública prevista en la Ley 1523 de 2012 y la urgencia manifiesta del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública?

a) De conformidad con el artículo 2, numeral 4º, literal a), de la Ley 1150 de 2007, la urgencia manifiesta es una causal de contratación directa. Según el artículo 4, numerales 5 y 8, de la Ley 1523 de 2012, las situaciones de *calamidad pública* o de *desastre* son «[…] el resultado que se desencadena de la manifestación de uno o varios eventos naturales o antropogénicos no intencionales que al encontrar condiciones propicias de vulnerabilidad en las personas, los bienes, la infraestructura, los medios de subsistencia, la prestación de servicios o los recursos ambientales, causa daños o pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales […]», situaciones que deben ser declaradas por el Presidente de la República, para el caso del desastre; o el alcalde o el gobernador, para la calamidad pública.

En las entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993, la ocurrencia de las dos situaciones mencionadas, por sí mismas, no son causales de contratación directa; aunque son el fundamento fáctico y jurídico para declarar luego, en forma expresa, la «urgencia manifiesta», regulada en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, relacionada con la necesidad de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas.

No obstante, se aclara que de conformidad con el estado de excepción que declaró el presidente de la república –emergencia económica, social y ecológica, mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020–, cualquier entidad estatal regida por la Ley 80 de 1993 puede declarar por sí misma la urgencia manifiesta, mediante un acto administrativo autónomo, por la causal de haberse declarado este estado de excepción ­–art. 42 de la Ley 80–­, con la finalidad de contratar directamente las obras, bienes y servicios relacionados con las circunstancias que fundamentan el estado de excepción, y hasta que el Decreto citado pierda vigencia.

b) El art. 66 de la Ley 1523 exceptúa de aplicar el Estatuto General de contratación la los contratos «[…] relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública […]» celebrados por: i) la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, ii) por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo y iii) los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo. En este evento, la declaración de urgencia manifiesta es extraña al régimen contractual de derecho privado.

Cuando se declare la situación de desastre o la situación de calamidad pública, las instituciones mencionadas antes son las únicas excluidas de la Ley 80; las demás siguen cubiertas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como es el caso de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, todas las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional y territorial, las demás ramas del poder público, los órganos autónomos, y en general casi todas las instituciones públicas del país.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya Penagos Contratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. 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-1)
2. MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 705. [↑](#footnote-ref-2)
3. De conformidad con la exposición de motivos: «Si bien […] la utilización de procedimientos reglados de selección objetiva se constituye en la regla general, entre los casos de excepción se destaca el relativo a la urgencia manifiesta que el artículo 36 regula de una manera más precisa en orden a facilitar su legítima utilización. Con tal fin se elimina el requisito de la calificación del Consejo de Ministros y se incluye un detalle enunciativo de los posibles factores configurativos de dicha situación de excepción, los cuales se vinculan esencialmente con situaciones evidentes de calamidad pública o que afecten de manera inminente la prestación del servicio, circunstancias que, por su propia naturaleza, determinan la imposibilidad de acudir a procedimientos de escogencia reglada. Se pretende de esa forma, facilitar al máximo la actuación de la administración frente a eventos excepcionales que reclaman su pronta intervención» (CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso No. 75 del 23 de septiembre de 1992). [↑](#footnote-ref-3)
4. DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. p. 166-168. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. 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: FDA, 2014. p. XVI-16). [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional Nº 76 de mayo 18 de 1991. pp. 12-13. [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-772 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz. [↑](#footnote-ref-10)
11. La jurisprudencia delimita su sentido y alcance de la siguiente manera –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 20 de noviembre de 1989. MP. Alberto Ospina Botero. Publicada en la Gaceta Judicial. Tomo CXCVI. N° 2435. p. 93–:

«6. […] la fuerza mayor o caso fortuito se configura por la concurrencia de dos factores:

»a) Que el hecho sea imprevisible, esto es, que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. Por el contrario, si el hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser un acontecimiento normal o de ocurrencia frecuente, tal hecho no estructura el elemento imprevisible, y

»b) Que el hecho sea irresistible, o sea, que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.

»En este preciso punto es indispensable anotar la diferencia existente entre la imposibilidad para resistir o superar el hecho y la dificultad para enfrentarlo. Porque un hecho no constituye caso fortuito o fuerza mayor, por la sola circunstancia de que se haga más difícil o más onerosa de lo previsto inicialmente.

»7. Según el verdadero sentido o inteligencia […] los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor, antes reseñados, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura cuando a pesar de ser irresistible pudo preverse

[…]

»8. Si, sólo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho». [↑](#footnote-ref-11)
12. «Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones». [↑](#footnote-ref-12)
13. «Artículo 56. Declaratoria de situación de desastre. Previa recomendación del Consejo Nacional, el Presidente de la República declarará mediante decreto la existencia de una situación de desastre y, en el mismo acto, la clasificará según su magnitud y efectos como de carácter nacional, regional, departamental, distrital o municipal, y pondrá en vigor las normas pertinentes propias del régimen especial para situaciones de desastre.

»1. Nacional. Existirá una situación de desastre nacional:

»a). Cuando la materialización del riesgo afecte de manera desfavorable y grave los bienes jurídicos protegidos de las personas, de la colectividad nacional y de las instituciones de la Administración Pública Nacional, en todo el territorio nacional o en parte considerable del mismo.

»b). Cuando se hayan producido efectos adversos en uno (1) o más departamentos y su impacto rebase la capacidad técnica y los recursos de las administraciones departamentales y municipales involucradas.

»c). Cuando la emergencia tenga la capacidad de impactar de manera desfavorable y grave la economía nacional, las redes de servicios nacionales en su totalidad o en parte significativa de las mismas, el distrito capital y otros centros urbanos de importancia regional en la red de ciudades.

»2. Departamental. Existirá una situación de desastre departamental cuando la materialización del riesgo afecte de manera desfavorable y grave los bienes jurídicos protegidos de los habitantes de un (1) departamento y de la administración pública departamental. El desastre de orden departamental puede presentarse en todo el departamento o en parte sustancial de su territorio rebasando la capacidad técnica y de recursos de los municipios afectados.

»3. Distrital o Municipal. Existirá una situación de desastre municipal o distrital cuando la materialización del riesgo afecte de manera desfavorable y grave los bienes jurídicos protegidos de los habitantes del municipio o distrito impactado y de la administración pública distrital. El desastre de orden distrital o municipal puede presentarse en todo el distrito o municipio o en parte sustancial del territorio de su jurisdicción, rebasando su capacidad técnica y de recursos […]». [↑](#footnote-ref-13)
14. «Artículo 57. Declaratoria de situación de calamidad pública. Los gobernadores y alcaldes, previo concepto favorable del Consejo Departamental, Distrital o Municipal de Gestión del Riesgo, podrán declararla situación de calamidad pública en su respectiva jurisdicción. Las declaratorias de situación de calamidad pública se producirán y aplicarán, en lo pertinente, de conformidad con las reglas de la declaratoria de la situación de desastre». [↑](#footnote-ref-14)
15. El inciso 1 de la norma en comento dispone que «El Fondo Nacional de Calamidades [ahora denominado Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres, en virtud del artículo 47 de la Ley 1543 de 2012] será manejado por la Sociedad Fiduciaria La Previsora Limitada, empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público» (Corchetes fuera de texto). [↑](#footnote-ref-15)
16. «Artículo 54. Fondos territoriales. Las administraciones departamentales, distritales y municipales, en un plazo no mayor a noventa (90) días posteriores a la fecha en que se sancione la presente ley, constituirán sus propios fondos de gestión del riesgo bajo el esquema del Fondo Nacional, como cuentas especiales con autonomía técnica y financiera, con el propósito de invertir, destinar y ejecutar sus recursos en la adopción de medidas de conocimiento y reducción del riesgo de desastre, preparación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción. Podrá establecer mecanismos de financiación dirigidos a las entidades involucradas en los procesos y a la población afectada por la ocurrencia de desastres o calamidad. El Fondo podrá crear subcuentas para los diferentes procesos de la gestión del riesgo.

»Parágrafo. Los recursos destinados a los fondos de los que habla este artículo, serán de carácter acumulativo y no podrán en ningún caso ser retirados del mismo, por motivos diferentes a la gestión del riesgo. En todo caso el monto de los recursos deberá guardar coherencia con los niveles de riesgo de desastre que enfrenta el departamento, distrito o municipio». [↑](#footnote-ref-16)