



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n°. 26

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-01120-00

Autoridad: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-

Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

CIRCULARES y DIRECTIVAS-Eventos que constituyen verdaderos actos administrativos. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-EI Consejo de Estado conoce de los actos de las autoridades nacionales proferidos en desarrollo de decretos legislativos. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Procede frente a un acto de una autoridad administrativa que desarrolla un decreto legislativo. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD- Comprende el estudio de forma, materia, conexidad y proporcionalidad. ESTADO DE EXCEPCIÓN-Como hace parte del régimen de legalidad, la Administración está sujeta al ordenamiento durante su vigencia. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL-No puede sustituir a la discrecionalidad administrativa porque viola la separación de poderes. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-EI fallo hace tránsito a cosa juzgada relativa. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD- Examen material comprende conexidad y proporcionalidad de las medidas CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD- Examen formal comprende competencia y formalidades. ESTADO DE EXCEPCIÓN-Como hace parte del régimen de legalidad, la Administración está sujeta al ordenamiento durante su vigencia. ACTIVISMO JUDICIAL-EI juez no puede sustituir a la discrecionalidad administrativa porque viola la separación del poder público. COVID-19-Motivo para la declaratoria de un estado de excepción. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-Establecimiento público del orden nacional. DECRETO DE ESTRUCTURA INTERNA-Los decretos expedidos con base en el art. 189 numeral 16 CN y en el artículo 54 de la Ley 489 no tienen fuerza de leyes. URGENCIA MANIFIESTA REGULADA-Finalidades y requisitos formales para su procedencia. URGENCIA MANIFIESTA EN LA LEY 80-Debe motivarse para probar el hecho que la justifica y el por qué el procedimiento de selección normal es insuficiente para conjurar la crisis. CONTRATACIÓN DE URGENCIA DE DECRETOS LEGISLATIVOS 440 Y 537 DE 2020- Se entiende comprobado el hecho que da lugar a la declaratoria de urgencia manifiesta durante la emergencia sanitaria. URGENCIA MANIFIESTA Y CONTRATACIÓN DE URGENCIA-Diferencias. DECRETO LEGISLATIVO 440 DE 2020-Posibilidad de suspender términos en procedimientos sancionatorios contractuales. CIRCULAR N°. 01-3-2020-000055 SENA-Examen de conexidad con los decretos legislativos de estados de excepción.

La Sala decide el control inmediato de legalidad de la Circular n°. 01-3-2020-000055 del 25 de marzo de 2020, expedida por el SENA, de conformidad con el artículo 185.6 del CPACA y lo dispuesto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo



2
Expediente n°. 11001-03-15-000-2020-01120-00
Circular n°. 01-3-2020-000055 SENA
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

en sesión n°. 10 del 1 de abril de 2020.

SÍNTESIS DEL CASO

La Circular n°. 01-3-2020-000055 del SENA establece orientaciones para el funcionamiento interno y la contratación de la entidad. Frente a lo último, dispone la posibilidad de suspender procesos contractuales sancionatorios y ordena la emisión de lineamientos contractuales para declarar la urgencia manifiesta. Estas pautas se tomaron en el marco de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del COVID-19 y del estado de excepción declarado por el Decreto 417 de 2020.

ANTECEDENTES

El SENA **remitió** al Consejo de Estado la Circular n°. 01-3-2020-000055 para el control inmediato de legalidad. La Secretaría General de la Corporación radicó el asunto y el 16 de abril de 2020 lo **pasó a Despacho**. El 21 de abril de 2020, el consejero ponente **avocó** el conocimiento para decidir la legalidad del acto, dispuso la publicación del aviso para intervención ciudadana, ordenó notificar al agente del Ministerio Público e invitó a unas instituciones para que presentaran concepto.

En el plazo para las **intervenciones ciudadanas**, el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, a través de la Doctora Adriana Camacho Ramírez, pidió que se declarara la legalidad de la circular. Sostuvo que el acto desarrolla los decretos 417 y 457 de 2020, pues prevé la posibilidad del teletrabajo, el uso de tecnologías de la información, entre otras disposiciones. El Doctor Jorge Iván Rincón, Jefe Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia también solicitó declarar la legalidad del acto, pues consideró que las medidas transitorias tienen relación directa con la crisis que pretende conjurar.

El Ministerio Público **conceptuó** que se debe declarar la nulidad parcial del inciso primero del numeral 14.3 y la parte pertinente del numeral 14.5 de la Circular n°. 01-3-2020-000055, pues el Director General es el competente para esa asignación de funciones -y no al Secretario General- a la Dirección Jurídica y al Grupo Integrado de Gestión Contractual-, conforme al artículo 11 de la Ley 80 de 1993. Respecto de



3
Expediente nº. 11001-03-15-000-2020-01120-00
Circular nº. 01-3-2020-000055 SENA
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

las demás disposiciones, consideró que fueron expedidas por el funcionario competente, se ajustan al marco normativo del estado de excepción y no vulneran la Constitución.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce del control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general que se dictan en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, de conformidad con los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 - Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, LEEE- y 136 del CPACA. Según estos preceptos, el Consejo de Estado ejerce el control de las medidas expedidas por las autoridades administrativas nacionales.

Medio de control procedente

2. El control inmediato de legalidad es el medio idóneo para verificar que las medidas generales expedidas por las autoridades administrativas, que desarrollan decretos legislativos, se ajustan al ordenamiento. Su propósito es impedir la aplicación de normas ilegales y limitar el poder de la Rama Ejecutiva durante un estado de excepción¹.

Oportunidad del control

3. La autoridad administrativa que dicte un acto sujeto al control inmediato de legalidad deberá enviarlo al juez administrativo competente, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se envía, la jurisdicción de lo contencioso administrativo aprehenderá de oficio el conocimiento del acto (art. 20

¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994 [fundamento jurídico f, artículo 20].



LEEE)². Como el SENA cumplió el deber de enviar la Circular nº. 01-3-2020-000055 para el control inmediato de legalidad, a cargo del Consejo de Estado, la oportunidad para esta actuación judicial está satisfecha.

II. Acto objeto de control

4. La Secretaria General del SENA expidió la Circular nº. 01-3-2020-000055 que adoptó medidas y dio orientaciones temporales y extraordinarias en relación con el funcionamiento de la entidad. El acto estableció, entre otros, la continuidad de las relaciones laborales, el procedimiento para reportar accidentes a la aseguradora de riesgos laborales y para reportar casos sospechosos y positivos de COVID-19, indicó la organización de la gestión documental interna y externa, dio recomendaciones para el uso de las plataformas y bibliotecas digitales y emitió orientaciones para la contratación de la entidad. Además, reprodujo normas de Decreto Legislativo 440 de 2020.

La funcionaria fundamentó el acto en el Decreto 417 de 2020, que declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, por la calamidad derivada de la pandemia del COVID-19; en el Decreto Legislativo 440 de 2020, que adoptó medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión de dicha emergencia y en el Decreto 457 de 2020, que dispuso el aislamiento preventivo obligatorio del 25 de marzo al 13 de abril de 2020.

III. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si las orientaciones de los numerales 14.3 y 14.5 de la Circular nº. 01-3-2020-000055 del 25 de marzo de 2020, expedida por el SENA, se ajustan a los preceptos superiores que le sirven de fundamento y si existe una relación de conexidad entre esas disposiciones y los motivos que dieron lugar al estado de excepción.

IV. Análisis de la Sala

² La entidad publicó la circular en el sitio web institucional, que se puede consultar en https://www.sena.edu.co/es-co/transparencia/Documents/cir_01_3_2020_000055.pdf



El alcance del control inmediato de legalidad y el efecto de sus fallos

5. El control inmediato de legalidad está instituido para fiscalizar los actos administrativos de carácter general, expedidos en desarrollo de decretos legislativos. Como el estado de excepción no implica la supresión del Estado de derecho, la actividad de la Administración, en el ejercicio de las facultades excepcionales, sigue sometida al ordenamiento jurídico (art. 7 LEEE).

El control inmediato de legalidad comprende el análisis de la existencia de una relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto sujeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Asimismo, el control implica confrontar el acto con las normas superiores que le sirven de fundamento, es decir, los mandatos constitucionales que regulan los estados de excepción (arts. 212 a 215), la LEEE, el decreto de declaratoria del estado de excepción y el decreto legislativo que desarrolla (art. 8 LEEE).

El control inmediato de legalidad tiene un carácter jurisdiccional, automático y oficioso, que se extiende a verificar la competencia de la autoridad que expidió el acto sujeto de control, la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la sujeción a las formas. Al controlar el acto, el juez debe determinar si la medida administrativa es proporcional con la gravedad del hecho que pretende conjurar (arts. 9, 10, 11, 13 y 20 LEEE).

6. Con todo, el control inmediato de legalidad, como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley (art. 230 CN). De allí que la confrontación del acto con el ordenamiento que le sirve de sustento no puede extenderse a otras materias, por ejemplo, a reemplazar la legítima discrecionalidad administrativa -que en un estado de excepción está limitada por los postulados de necesidad, finalidad, proporcionalidad, conexidad y debida motivación de las decisiones- por una inconstitucional “discrecionalidad judicial”.

Una justicia extraviada en la Administración no solo contraviene la separación del poder público, sino que impide la adopción y ejecución de medidas administrativas



que, precisamente, deben ser eficaces y oportunas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos (arts. 113 y 215.2 CN). En democracia, como la soberanía solo reside en la ley, el juez no puede -so pretexto de la defensa de los derechos- asumir competencias que el pueblo -a través de la ley- no le ha dado. El juez no está exceptuado del cumplimiento de la ley, por el contrario, debe dar ejemplo de obediencia a sus mandatos inexorables.

7. La evaluación de la juridicidad del acto sujeto a control se hace respecto de todos los preceptos superiores del ordenamiento jurídico relacionados con la materia. Así, se debe confrontar el acto con la normativa propia del estado de excepción. No obstante, si el juez advierte que el acto vulnera cualquier otra norma que no haya sido suspendida o derogada por las disposiciones excepcionales con fuerza de ley, procederá a declarar la ilegalidad del acto.

Aunque el control inmediato de legalidad tiene un carácter integral, no puede fundarse en los mismos parámetros del control que ejerce la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción (arts. 241.7 y 215, parágrafo, CN). No es lo mismo confrontar una norma legal de excepción con un número finito de disposiciones -como los artículos de la Constitución-, que verificar la legalidad de un acto administrativo en relación con el “resto del ordenamiento jurídico”. De allí que, si bien el control automático es integral -por ello el juez estudia la forma y la materia del acto-, no es viable verificar la legalidad de una resolución administrativa frente a todo el ordenamiento.

Por ello, lo decidido en el control inmediato de legalidad no cierra la posibilidad de que el acto pueda ser sometido a otro estudio de legalidad en el futuro, a través del medio de control de nulidad que cualquier persona formule por razones diferentes a las analizadas en el control automático. De modo que, si la medida administrativa controlada se encuentra ajustada a derecho o si se llega a decretar la nulidad de algunos de sus preceptos, aunque este fallo tiene efecto *erga omnes* -oponible a todos y contra todos-, la decisión tiene el carácter de cosa juzgada relativa. La sentencia solo es definitiva frente a los aspectos analizados y decididos, en virtud



7
Expediente n°. 11001-03-15-000-2020-01120-00
Circular n°. 01-3-2020-000055 SENA
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

del control inmediato de legalidad³.

Examen formal de la Circular n°. 01-3-2020-000055 del SENA

Naturaleza jurídica del SENA

8. El Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, creado por el artículo 8 del Decreto 118 de 1957 y reestructurado por la Ley 119 de 1994, es un establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (artículo 1º Ley 119 de 1994, retomado por el artículo 1.2.1.1 Decreto 1072 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo).

Competencia

9. La Secretaría General del SENA ejerce las funciones establecidas en el artículo 9 del Decreto 249 de 2004, por el cual se modifica la estructura del SENA. Este artículo establece que esta dependencia está encargada de coordinar la actividad administrativa de la entidad, dirigir y controlar los procesos de elaboración, tramitación y ejecución del plan de compras y el plan de contratación del SENA para cada vigencia fiscal y asistir a la Dirección General en las funciones propias de su cargo (num. 1, 2 y 12 art. 9 Decreto 249 de 2004).

De modo que la Secretaria General del SENA expidió la circular controlada en cumplimiento de las facultades de coordinación de la actividad administrativa, dirección y control de la ejecución del plan de contratación de la entidad y de asistencia a la Dirección General. Por ello, las orientaciones dadas en relación con la contratación del SENA en los numerales 14.3 y 14.5 de la Circular n°. 01-3-2020-000055, se tomaron dentro del marco de sus competencias.

10. El Ministerio Público consideró que la Secretaria General del SENA excedió sus facultades en los numerales mencionados, al asignarle a la Dirección Jurídica la

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad. n°. 11001-03-15-000-2010-00196-00 [fundamento jurídico 3].



función de emitir los lineamientos para los procesos de contratación que dan lugar a declarar la urgencia manifiesta y al Grupo Integrado de Gestión Contractual, la facultad de analizar y autorizar la suspensión de términos en los procesos administrativos sancionatorios por presunto incumplimiento contractual.

El gobierno nacional, con fundamento en el numeral 16 del artículo 189 CN, está facultado para para modificar la estructura interna de las entidades del sector central, como del sector descentralizado por servicios que integran la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, como es el caso de los establecimientos públicos (art. 38.2 literal a, en consonancia con los artículos 70 a 81 de la Ley 489 de 1998) con sujeción a los principios y reglas generales que fije la ley (art. 54 de la Ley 489⁴). En estos casos, el Presidente no obra como legislador extraordinario, porque los decretos expedidos con fundamento en el artículo 54 no tienen fuerza de leyes, en tanto no existe autorización constitucional para ello (art. 11 Ley 153 de 1887)⁵. Con todo, los decretos de estructura interna tienen la aptitud para señalar no solo las dependencias que integran los diferentes organismos, sino las atribuciones específicas de cada una de ellas, para el cumplimiento de las funciones generales y la realización del objeto y los fines de la entidad, fijados por la ley.

Con esta perspectiva, el numeral 8 del artículo 16 del Decreto 249 de 2004, que modificó la estructura del SENA, atribuyó a la Dirección Jurídica la función específica de emitir lineamientos para la contratación de la entidad. De manera que, la Secretaría General, al expedir la circular, simplemente reiteró lo dispuesto por el decreto de estructura interna respecto de una función de la Dirección Jurídica, en relación con la contratación por urgencia manifiesta, conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo 440 de 2020.

11. Mediante Resolución n°. 1128 del 11 de junio de 2012, el SENA creó el Grupo Integrado de Gestión Contractual. Posteriormente, por Resolución n°. 773 de 2015 adscribió dicho grupo a la Dirección Jurídica de la Dirección General y lo facultó para (i) velar por el estricto cumplimiento de los principios rectores de la contratación

⁴ La Corte Constitucional en sentencia C-702 de 1999 declaró exequibles los literales a), e), f), j), k), l) y m) del artículo 54, e inexecutable los literales b); c); d); g); h); e i) de este mismo artículo [fundamento jurídico 5].

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, Rad.35726 [fundamento jurídico 5].



estatal, (ii) organizar, adelantar, coordinar, controlar y ejecutar los procesos, procedimientos y actividades propias de las etapas precontractual, contractual y poscontractual que se adelanten en la Dirección General y (iii) adelantar los trámites necesarios para la celebración y desarrollo de la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, incluida la práctica de pruebas que se requieran para la declaración de cumplimiento, imposición de multas o sanciones y hacer efectiva la cláusula penal por parte de los ordenadores del gasto en los contratos que suscriba la Dirección General.

Como el Grupo Integrado de Gestión Contractual tiene la función de celebrar y llevar a cabo el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 - imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento-, es la dependencia competente para analizar y autorizar la suspensión de términos en los procesos administrativos sancionatorios⁶ contractuales que conoce el SENA, conforme el artículo 2 del Decreto Legislativo 440 de 2020, razón por la cual no hay vicio de nulidad por falta de competencia en el acto objeto de control.

Formalidades

12. La Secretaria General del SENA suscribió la circular controlada. Respecto de otras formalidades, que no tienen carácter sustancial, el acto cumple con los elementos que permiten su individualización: (i) encabezado con número y fecha. (ii) El asunto da cuenta del objeto de la circular. (iii) Aunque la autoridad no invocó las normas de las que derivó su competencia para expedir la circular, esta situación no invalida el acto. (iv) Como se trata de una circular, no tiene una parte resolutive, pero sí hace explícitas las orientaciones para los servidores públicos, contratistas y aprendices del SENA. (v) Tampoco tiene un acápite de derogatorias, pues no suprime o modifica instrucciones anteriores.

Examen material de la Circular nº. 01-3-2020-000055 del SENA

13. Las directivas o circulares tienen el carácter de acto administrativo general y, por

⁶ El consejero ponente de esta decisión considera que la regulación actual, contenida en la Ley 1474 de 2011, sobre la potestad sancionatorio en materia de ejecución contractual, genera varias dudas de naturaleza constitucional motivo por el cual aclarará voto.



ende, son objeto de control judicial, cuando son vinculantes para quienes están dirigidas, es decir, cuando al instruir imparten órdenes perentorias de obligatorio cumplimiento. Estas normas pueden estar dirigidas a los ciudadanos (circular externa) o a los sujetos que están al servicio del Estado (circular interna). Por el contrario, si se trata de meras cartas de instrucción o simples circulares administrativas que imparten lineamientos sobre la mejor manera de cumplir unas normas, no son contentivas de una verdadera decisión de la Administración que produzca efectos jurídicos⁷.

Como la circular imparte órdenes internas de obligatorio cumplimiento para los servidores públicos, la Sala procederá realizar el estudio material de legalidad de este acto administrativo. Para el efecto, el análisis se dividirá en cuatro partes: (i) instrucciones internas sobre prestación del servicio de la entidad dirigidas a funcionarios, contratistas y aprendices; (ii) uso de las tecnologías en materia de contratación, (iii) la contratación de urgencia y (iv) la suspensión de términos en procesos contractuales.

Instrucciones internas a servidores públicos, contratistas y aprendices del SENA (numerales 1 a 13, 15 y 16)⁸

Conexidad

14. El Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Al efecto, esgrimió que el 9 de marzo la Organización Mundial de la Salud-OMS solicitó a los países la adopción de medidas para detener la transmisión y prevenir el contagio del COVID-19. El 11 del mismo mes, esa institución declaró que el virus es una pandemia y, en consecuencia, instó a los países a tomar medidas urgentes y decididas para la identificación, confinación, aislamiento y monitoreo de los posibles casos, así como

⁷ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 27 de octubre de 2011, Rad. 34144 [fundamento jurídico 5.3], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 743, disponible en: <https://cutt.ly/Akqynhf>

⁸ 1. Comunicaciones, 2. Continuidad de las relaciones laborales y de los contratos de prestación de servicios profesionales, 3. Nombramientos en periodos de prueba y posesiones de elegibles en lista, 4. Evaluación del desempeño, 5. Procesos meritocráticos, 6. Provisión de la planta temporal, 7. Manejo del aislamiento y el trabajo en casa, 8. Reporte de accidente a la aseguradora de riesgos laborales, 9. Reporte de casos sospechosos o positivos de COsVID-19, 10. Gestión documental, 11. Servicio médico asistencial, 12. Formación y desarrollo de talento humano, 13. Uso de TICs, 15. Pago a contratistas y 16. Formación profesional.



el tratamiento de los casos confirmados. A su vez, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución n°. 385, que declaró una emergencia sanitaria y adoptó medidas sanitarias para prevenir y controlar la propagación del COVID-19 en el territorio nacional.

Con base en el estado de excepción, el artículo 3 del Decreto Legislativo 491 de 2020 estableció que, para evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las entidades públicas velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Como las medidas adoptadas en la circular tienen, que ver, precisamente, con la prestación del servicio a su cargo, mediante modalidades no presenciales y el uso de las tecnologías de la información, es claro que existe una relación de conexidad entre estos preceptos y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica y con el Decreto Legislativo 491 de 2020.

Proporcionalidad

15. Las medidas impartidas por la resolución -referidas a las comunicaciones, la continuidad de las relaciones laborales, nombramientos, trabajo en casa y demás aspectos relacionados con el funcionamiento interno de la entidad- buscan propiciar el distanciamiento social para evitar la propagación de la pandemia. Las instrucciones internas son, pues, adecuadas y proporcionales al fin que persiguen, en tanto que la circular es congruente con la motivación que llevó a la declaratoria del estado de excepción ante la emergencia sanitaria producida por el COVID-19. De ahí que en relación con la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la proporcionalidad con la gravedad del hecho que pretende conjurar, la Sala advierte que la Circular n°. 01-3-2020-000055 satisface esos requisitos.

Uso de las tecnologías en materia de contratación y suspensión y agilización de trámites en procesos de contratación.



16. El numeral 14.1 de la circular estableció que se debería dar continuidad a los procesos de contratación, a través de la plataforma SECOP II. Los numerales 14.2, 14.4, 14.6 y 14.7 de la Circular repitieron dispuesto por los artículos 1 a 4, 6 y 8 del Decreto 440 de 2020 (audiencias públicas virtuales, audiencias en procedimientos sancionatorios a través de medios electrónicos, suspensión de procedimientos de selección de contratistas, revocatoria de actos de apertura, utilización de instrumentos de agregación de demanda, adquisición en grandes superficies, adición y modificación de contratos). Más allá de algunas diferencias de redacción, se trata, sustancialmente, de las mismas medidas adoptadas en el decreto legislativo.

El uso de la plataforma SECOP II resulta proporcional y en conexidad con el Decreto Legislativo 440 de 2020, dado que con esta medida se evita el contacto y, por ende, la propagación de la pandemia, principal propósito de este decreto legislativo. Las medidas relativas al uso de tecnologías y a la suspensión y la agilización de trámites contractuales, reproducidas por la circular, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional -al estudiar ese decreto legislativo- con fundamento en que estaban en conexidad con las causas que dieron origen al estado de emergencia social y ecológica, con ellas se buscaba conjurar las consecuencias que produjo e impedir la propagación de sus efectos y resultaban necesarias debido a la urgencia del distanciamiento social y la gravedad de la crisis⁹.

Como el numeral 14.1 pretende incentivar el uso del SECOP II y los numerales 14.2, 14.4, 14.6 y 14.7 se limitaron¹ a reproducir normas de carácter superior, obviamente están en conexidad con las normas que les sirven de fundamento y, además, resultan proporcionales pues están encaminadas a facilitar el uso de tecnologías y la reducción de trámites para evitar el contacto y la propagación de la pandemia.

La contratación de urgencia del estado de excepción frente a la urgencia manifiesta de la Ley 80 de 1993 (numeral 14.3)

17. En el marco de la Ley 80 de 1993, la *urgencia manifiesta* es una modalidad de contratación directa diseñada para enfrentar situaciones de crisis -enunciadas en su artículo 42- que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección, pues la

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia c-162 de 4 de junio de 2020 [fundamento jurídico 82 y siguientes].



Administración no cuenta con el plazo que exige un procedimiento ordinario de escogencia de contratistas. La *urgencia manifiesta* está concebida, pues, para eventos que exigen una respuesta ágil e inmediata de la Administración. Este mecanismo excepcional busca otorgarle instrumentos efectivos a las entidades estatales para celebrar los contratos necesarios, con el fin de enfrentar situaciones de crisis, cuando no posible acudir a las modalidades ordinarias de selección de contratistas:

Como acudir al trámite usual reglado en el estatuto contractual implicaría el agotamiento de una serie de etapas que demandarían un tiempo más o menos largo para adjudicar, es preciso dotar a la administración de un medio que no entorpezca la obtención de soluciones eficaces. De lo contrario, la solución podría llegar tardíamente. En los eventos enunciados en su artículo 42, la ley exige que la *urgencia manifiesta* se declare mediante un acto administrativo motivado, que enuncie las razones de mérito o conveniencia que tuvo en cuenta el funcionario respectivo para acudir a esta figura de excepción¹⁰.

A su vez, el artículo 43 prescribe que inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, estos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de antecedentes de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron la declaración.

18. Por su parte, la *contratación de urgencia* -prevista por el artículo 7 del Decreto Legislativo 440 de 2020- aunque refiere al artículo 42 de la Ley 80 de 1993, parte del supuesto legal de la configuración del hecho que da lugar a declarar la *urgencia manifiesta* para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro para prevenir, contener y mitigar los efectos del COVID-19. El artículo 7 del Decreto Legislativo 537 de 2020 replicó esa disposición y sujetó su vigencia a la emergencia sanitaria.

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2006, Rad. 14275 [fundamento jurídico IV] y sentencia de 7 de febrero de 2011, Rad. 34425 [fundamento jurídico 2.2.], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 258 a 260, disponible en: <https://cutt.ly/Akqynhf>



De modo que, hay una diferencia sustancial entre la *urgencia manifiesta* de la Ley 80 de 1993 y la *contratación de urgencia* de los Decretos Legislativos 440 y 537 de 2020. En la primera, la administración debe exponer y dar cuenta del hecho extraordinario que justifica adoptar su determinación de acuerdo con los eventos previstos en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993. Además, la entidad estatal debe justificar los motivos por los cuáles esa circunstancia obliga a contratar de manera directa, esto es, sin acudir al proceso de selección respectivo. Esta justificación se impone porque es preciso probar un hecho que explica la omisión del procedimiento ordinario. De ahí que en el ámbito de la Ley 80 hay que acreditar no solo la ocurrencia de los hechos que explican la urgencia, sino también es preciso exponer los motivos por los cuales es inconveniente e ineficiente agotar las etapas del proceso ordinario de selección. Esta justificación se impone, pues, porque hay que demostrar (probatoria y argumentalmente) que la solución por la vía ordinaria llegaría cuando ya se habría producido o agravado el daño.

Por el contrario, los Decretos Legislativos 440 y 537 de 2020 parten del supuesto probado de la configuración de los hechos y circunstancias que dan lugar a la declaratoria de urgencia manifiesta durante el estado de excepción y la emergencia sanitaria. Las entidades -por esos mandatos legales de excepción- están liberadas del deber de justificar, no solo el hecho que soporta la urgencia, sino de exponer por qué resultaba indispensable la contratación directa, dada la imposibilidad de contratar a tiempo siguiendo las reglas habituales de los procesos de selección.

Además, la Corte Constitucional -al declarar la exequibilidad de estas normas- concluyó que las entidades estaban relevadas de motivar la situación relacionada con el estado de excepción en el acto administrativo que declara y justifica la urgencia manifiesta, pues ese aspecto se entendía configurado por ley¹¹. De ahí que la verificación por parte de los organismos de control fiscal de los hechos y circunstancias que dan lugar a la urgencia manifiesta -según el artículo 43 de la Ley 80 de 1993- y el estudio acerca de la necesidad de la contratación directa, carece de objeto. Los decretos legislativos tienen por probado el evento para su

¹¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-162 de 2020 [fundamento jurídico 106 a 110] y sentencia C-181 de 2020 [fundamento jurídico 115 a 122].



procedencia. Por este motivo, no procede su remisión al ente de control fiscal, para lo efectos del artículo 43 de la Ley 80 de 1993, quien además en ningún supuesto puede llegar a una conclusión contraria, a la prevista en la ley.

Conexidad

19. El Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Al efecto, esgrimió que el 9 de marzo la Organización Mundial de la Salud-OMS solicitó a los países la adopción de medidas para detener la transmisión y prevenir el contagio del COVID-19. El numeral 14.3 de la Circular nº. 01-3-2020-000055 establece que la Dirección Jurídica del SENA emitirá los lineamientos para los procesos de contratación que dan lugar a declarar la urgencia manifiesta, para el suministro de bienes en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia por el COVID-19. Como la circular desarrolla un asunto específico, relativo a una competencia asignada por el decreto de estructura interna a la Dirección Jurídica, frente a una regulación contenida en un decreto legislativo -contratación de urgencia- y se profirió con el fin de atender la emergencia generada por la pandemia, la circular no contraviene ninguna norma superior y está en conexidad con Estado de Emergencia.

Proporcionalidad

20. El numeral 14.3 del acto está acorde con la motivación que llevó a la declaratoria del estado de excepción ante la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 y con las razones que justificaron la expedición del Decreto Legislativo 440 de 2020. Las orientaciones de este numeral de la circular son adecuadas y proporcionales a los fines que persiguen, pues es necesario establecer los lineamientos para los procesos de contratación que dan lugar a declarar la urgencia manifiesta, de manera que la Sala coincide con los conceptos del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y de la Universidad Externado de Colombia, que advirtieron que la Circular nº. 01-3-2020-000055 satisface este requisito.

Suspensión de los procesos sancionatorios (numeral 14.5)



Conexidad

21. El artículo 2 del Decreto Legislativo 440 de 2020 establece que durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las audiencias programadas conforme al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se podrán realizar a través de medios electrónicos. Agrega que, sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia del decreto.

El numeral 14.5 de la Circular n°. 01-3-2020-000055 prescribe que durante el estado de emergencia, las audiencias programadas conforme a los artículos 86 de la Ley 1474 de 2011 y 17 de la Ley 1150 de 2007, se podrán realizar a través de los medios electrónicos de la entidad, con garantía de acceso a los contratistas, garantes, interesados y público en general. Agrega que se permitirá la suspensión de términos en los procesos administrativos sancionatorios por presunto incumplimiento contractual, previo análisis y autorización del Grupo Integrado de Gestión Contractual de la Dirección General.

Como el numeral 14.5 del acto objeto de control desarrolló el artículo 2 del Decreto Legislativo 440 de 2020, al establecer el grupo interno encargado de, según las circunstancias, definir la suspensión de términos en los procesos administrativos sancionatorios contractuales, de la confrontación entre esta disposición y las normas superiores que le sirven de sustento, no se advierte ninguna contradicción. Por el contrario, es evidente la conexidad entre la medida, que pretende establecer la forma en que el comité competente defina las audiencias que podrán ser objeto de suspensión, de acuerdo con las circunstancias de cada proceso, y el artículo 2 Decreto Legislativo 440 de 2020 que facultó a las suspender tales procedimientos.

Proporcionalidad

22. El numeral 14.5 del acto está acorde con la motivación que llevó a la declaratoria del estado de excepción ante la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 y con las razones que justificaron la expedición del Decreto Legislativo 440 de 2020.



17

Expediente nº. 11001-03-15-000-2020-01120-00

Circular nº. 01-3-2020-000055 SENA

Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

Las orientaciones de este numeral de la circular son adecuadas y proporcionales a los fines que persiguen, pues, se ajustan a la necesidad de definir internamente, conforme a la estructura del SENA, el grupo interno o dependencia encargado de analizar y autorizar en qué casos procederá la suspensión de términos en los procesos administrativos sancionatorios por presunto incumplimiento contractual.

En consecuencia, se declarará ajustada a derecho la circular sujeta al control inmediato de legalidad, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión nº. 26, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE la legalidad de la Circular nº. 01-3-2020-000055 del 25 de marzo de 2020, expedida por el SENA, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Presidente de la Sala

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

MILTON CHAVES GARCÍA



18

Expediente nº. 11001-03-15-000-2020-01120-00

Circular nº. 01-3-2020-000055 SENA

Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Salvamento de voto

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

APS/PTB/1C digital