

Ibagué, 27 de Abril de 2020.

Doctor:

Medardo Ortega Fonseca
Alcalde Municipal de Armero Guayabal
Carrera 6 Con Calle 5 Esquina Parque Municipal
Armero Guayabal - Tolima

Asunto: Concepto jurídico solicitado mediante oficio recibido en la Dirección Técnica Jurídica el 8 de abril de 2020.

Cordial saludo,

De manera muy respetuosa me dirijo a usted con el fin de dar contestación a su petición en los siguientes términos:

Concepto Jurídico	004
Tema:	Contratación del proveedor para el Programa de Alimentación Escolar - PAE
Problema Jurídico:	El Programa de Alimentación Escolar PAE se puede contratar directamente invocando la causal de urgencia manifiesta o se debe continuar con el proceso de licitación pública ya publicado?
Fuentes formales:	Constitución Política Ley 80 de 1993 Ley 1150 de 2007 Decreto 1082 de 2015 Decreto 1852 de 2015 Resolución 29452 del 29 de diciembre de 2017 del Ministerio de Educación Nacional Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 Decreto 533 del 06 de abril de 2020 Resolución 006 del 25 de marzo de 2020 expedida por la Unidad Administrativa Especial del Programa de Alimentación Escolar Resolución 007 del 16 de abril del 2020 del Ministerio de Educación nacional
Precedente	No se invoca

Sobre Este Concepto jurídico:

Conforme al artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, este concepto jurídico no es obligatorio ni vinculante, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, o como materia de consulta sobre los problemas jurídicos en él planteados.

De allí que la Entidad que lo ha solicitado no está sometida a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que se derive ningún tipo de responsabilidad sobre la entidad que lo emite.

Para emitir este concepto la Dirección Jurídica de la Contraloría Departamental del Tolima seguirá el siguiente procedimiento i) Normativa aplicable al caso y ii) Conclusiones y iii) Respuesta al problema jurídico planteado.

Problema(s) Jurídico(s) Planteado(s).

Solicita el señor Alcalde del Municipio de Armero Guayabal concepto frente a la posibilidad de contratar el Programa de Alimentación Escolar PAE bajo la modalidad de urgencia manifiesta, o si por el contrario, deberá adelantar el proceso de licitación pública que para el momento de solicitar el concepto se encontraba en etapa de prepliegos.

Lo anterior, teniendo en cuenta lo señalado en el Artículo 2 de la Resolución 006 del 25 de marzo de 2020 emitida por la Unidad Administrativa Especial para la Alimentación Escolar - Alimentos para Aprender.

i) Normativa aplicable al caso:

1.1 Constitución Política

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

1.2 Ley 80 de 1993

“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

1.3 Ley 1150 de 2007

“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.”

1.4 Decreto 1082 de 2015

“Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”.

1.5 Decreto 1852 de 2015

"Por el cual se adiciona el Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación, para reglamentar el parágrafo 40 del artículo 136 de la Ley 1450 de 2011, el numeral 20 del artículo 6 de la Ley 1551 de 2012, el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 715 de 2001 y los artículos 16,17,18 Y 19 de la Ley 1176 de 2007, en lo referente al Programa de Alimentación Escolar - PAE"

1.6 Resolución 29452 del 29 de diciembre de 2017

“Por la cual se expiden los Lineamientos Técnicos - Administrativos, los Estándares y las Condiciones Mínimas del Programa de Alimentación Escolar - PAE y se derogan las disposiciones anteriores”.

1.7 Decreto 470 del 24 de marzo de 2020

“Por el cual se dictan medidas que brindan herramientas a las entidades territoriales para garantizar la ejecución del Programa de Alimentación Escolar y la prestación del servicio público de educación preescolar, básica y media, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

1.8 Decreto 533 del 09 de abril de 2020

“Por el cual se adoptan medidas para garantizar la ejecución del Programa de Alimentación Escolar y el servicio público de educación preescolar, básica y media, en el marco del Estado de Emergencia Social y Ecológica”

1.9 La Resolución 007 del 16 de abril de 2020.

“Por la cual se modifica la Resolución 0006 de 2020 y se expiden transitoriamente los lineamientos técnicos - administrativos, los estándares y las condiciones mínimas del Programa de Alimentación Escolar – PAE, en el marco del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, derivado de la pandemia del COVID-19”.

De la normatividad referida anteriormente se desprende lo siguiente:

De conformidad con lo establecido en el artículo 2.3.10.2.1. del Decreto 1852 de 2015, el Programa de Alimentación Escolar – PAE es una “*estrategia estatal que promueve el acceso con permanencia de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes en el sistema educativo oficial, a través del suministro de un complemento alimentario durante la jornada escolar, para mantener los niveles de atención, impactar de forma positiva los procesos de aprendizaje, el desarrollo cognitivo, disminuir el ausentismo y la deserción y fomentar estilos de vida saludables*”

Frente a la operación del programa, la Resolución 29452 del 29 de diciembre de 2017 estableció que la Entidad Territorial Certificada deberá coordinar la ejecución del PAE teniendo la obligación de adelantar los procesos de contratación para su ejecución en forma oportuna, garantizando la prestación del servicio de alimentación desde el primer día del calendario escolar y hasta la finalización del mismo en cada vigencia.

En ese mismo sentido, el artículo 4.2 de la Resolución estableció lo siguiente:

"4.2. Contratación del Operador: las Entidades Territoriales que ejecuten los recursos presupuestales deben adelantar oportunamente los procesos de contratación necesarios para garantizar el suministro del complemento alimentario desde el primer día del calendario escolar. Esta contratación debe adelantarse de acuerdo con las modalidades y el procedimiento establecido por las normas de contratación pública”.

Así las cosas, y teniendo en cuenta los lineamientos que para el efecto imparta el Ministerio de Educación Nacional, las entidades territoriales son responsables y autónomas frente a la contratación para la ejecución del PAE, proceso que incluye etapas como la estructuración de la parte técnica en la etapa de planeación contractual (estudios del sector, análisis de costos, cobertura y beneficiarios, especificaciones de los bienes y/o servicios a contratar), la cuantía de la contratación y la definición de la modalidad de escogencia del contratista en los términos de la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y decreto 1082 de 2015.

Ahora, el artículo 2 de la ley 1150 de 2007 establece que la escogencia del contratista por regla general se efectuará con arreglo a la modalidad de licitación pública, a excepción de las causales que dan lugar a la selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. Señala el literal a) del numeral 4 del mismo artículo, que la modalidad de selección de contratación directa solamente procederá entre otras, en casos de urgencia manifiesta.

La urgencia manifiesta esta contemplada en el artículo 42 de la ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 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. <Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> 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."

Frente a la procedencia de esta causal de contratación, ha señalado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P Ramiro Saavedra Becerra, expediente No.14275 (05229), en sentencia del 27 de abril de 2006, entre otras, 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"

Por su parte, la jurisprudencia ha fijado los requisitos formales de la declaración de urgencia manifiesta, a partir de lo contemplado en los artículos 42 y 43 de la ley 80 de 1993. Frente al particular se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia del 7 de febrero de 2011, dentro del expediente con radicación No. Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00055-00(34425):

"Así, en primer lugar, el legislador (artículo 42) exige que la urgencia manifiesta se declare mediante acto administrativo motivado. Cabe señalar que dicho acto se enmarca dentro de las competencias discrecionales de la entidad contratante, puesto que pese a tener que sujetarse a requisitos formales, la declaración de urgencia depende completamente de los motivos de mérito o conveniencia que valore el respectivo funcionario. Por esta razón, el acto debe motivarse con razones ciertas y convincentes que permitan verificar la verdadera necesidad de la Administración de recurrir a este mecanismo de contratación.

(...)

De otra parte, de esta disposición se infiere que la declaratoria de urgencia puede referirse a uno o varios contratos que se funden en el mismo motivo; pero, en la motivación se debe hacer referencia específica a cada uno de los contratos que se vayan a celebrar con el objeto de señalar claramente su causa y finalidad¹.

Los otros requisitos formales exigidos por el legislador están presentes en el artículo 43 de la Ley 80 y se relacionan con el tema del control fiscal. Así, después de celebrados los contratos que se originen 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 enviarán a la autoridad competente para realizar el control fiscal, con el objeto de que esta investigue si fue o no procedente su declaratoria, éste funcionario tendrá dos meses para pronunciarse”.

Ahora, mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 y de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, el Ministro de Salud y Protección Social declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 .

Lo anterior, teniendo como fundamento la identificación que hiciera la Organización Mundial de la Salud del nuevo coronavirus – COVID 19 el 7 de enero de 2020 y su posterior declaración como pandemia, el 11 de marzo de 2020.

Posteriormente, el Presidente de la República a través del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de dicho decreto.

Conforme a lo establecido en el artículo 215 de la Constitución Política la declaratoria de Estado de Emergencia le permite al Presidente, con la firma de todos los ministros, expedir decretos legislativos que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia y que vayan encaminados a adoptar medidas para conjurar la crisis que genera la declaratoria del Estado de Excepción.

La citada facultad constitucional quedó plasmada en los artículos 2 y 3 del Decreto 417 de 2020 cuando se establece que “*El Gobierno nacional, ejercerá las facultades a las cuales se refiere el artículo 215 de la Constitución Política...*” y cuando conmina al Gobierno Nacional a “*adoptar mediante decretos legislativos todas aquellas medidas necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos...*”

¹ Véase CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 4 de marzo de 1994. Radicado No. 587. Consejero Ponente: Humberto Mora Osejo.

En virtud de dicha facultad se expidió por parte del Gobierno Nacional el Decreto 470 del 24 de marzo de 2020, con el que se permite que el Programa de Alimentación Escolar se brinde a los niños, niñas y adolescentes matriculados en el sector oficial para su consumo en casa, durante la vigencia del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y se ordena a las Entidades Territoriales Certificadas observar los lineamientos que para el efecto expida la Unidad Administrativa Especial de Alimentación Escolar - Alimentos para Aprender.

Partiendo de dicha normativa, la Unidad Administrativa Especial de Alimentación Escolar – Alimentos para Aprender, expidió la Resolución 0006 de 2020 mediante la cual se estableció que *“las Entidades Territoriales podrán ejecutar el programa de alimentación escolar durante el periodo de la emergencia haciendo uso de los contratos vigentes, ajustándolos o adelantando nuevos contratos, de conformidad con lo establecido en el decreto 440 del 20 de marzo de 2020.// En todo caso se trata de suministrar el complemento alimentario para consumo o preparación en casa, como medida de aporte al bienestar durante la emergencia, ya sea en semanas de actividad académica o de receso estudiantil”*.

Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 533 del 09 de abril de 2020, a través del cual se ratificó que el Programa de Alimentación Escolar se debe brindar a los niños, niñas y adolescentes matriculados en el sector oficial para su consumo en casa, durante la vigencia del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, observando los lineamientos que para el efecto expida la Unidad Administrativa Especial de Alimentación Escolar - Alimentos para Aprender.

Como consecuencia de éste Decreto, se expidió la Resolución No. 0007 del 16 de abril de 2020, la que en su artículo 2 establece:

“Artículo 2: Las Entidades Territoriales deberán prestar el servicio de alimentación escolar durante el periodo de la emergencia, haciendo uso de los contratos vigentes, ajustándolos o adelantando nuevos contratos y hasta tanto permanezca vigente la medida de aprendizaje en casa, derivada de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19.

En todo caso se trata de hacer que el complemento alimentario que viene suministrándose a la población escolar focalizada, pueda seguir entregándose para consumo o preparación en casa, como medida de aporte al bienestar durante la emergencia, ya sea en semanas de actividad académica o de receso.”

ii) Conclusiones

Conforme lo expuesto anteriormente resulta claro concluir que la Administración Municipal debió ejecutar el Programa de Alimentación Escolar desde el primer día de inicio del calendario escolar 2020, garantizando así que para el momento en que fue

declarada la Emergencia Sanitaria y el Estado de Excepción, la población educativa del sector oficial del municipio de Armero Guayabal contara con su alimentación como derecho constitucionalmente protegido (artículo 44 de la Constitución Política).

Ahora, ante el aparente incumplimiento de este postulado, al haber sido declarado el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, y en cumplimiento de la obligación de suministrar el servicio de alimentación escolar en casa, la Entidad Territorial deberá suscribir el contrato que garantice el suministro de la alimentación en casa durante el periodo de emergencia y hasta tanto permanezca vigente la medida de aprendizaje en casas derivada de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19.

Para el efecto, en el marco de la autonomía administratativa, la Entidad Territorial **podrá** acudir a la modalidad de contratación directa bajo la causal de urgencia manifiesta, siempre y cuando el contrato a celebrar tenga relacion de causalidad con los hechos que generan la declaratoria de urgencia manifiesta; hechos que en los términos del artículo 42 de la ley 80 de 1993 son única y exclusivamente los siguientes:

- a) Cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro.
- b) Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción (guerra exterior, conmoción interior, y emergencia económica, social y ecológica),
- c) Cuando se presenten calamidades públicas, situaciones de fuerza mayor o desastre.

Las anteriores circunstancias deberán ser analizadas por la Administración Municipal y deberán quedar plasmadas en el acto administrativo por medio del cual el ordenador del gasto – representante legal de la Entidad declara la urgencia manifiesta.

Finalmente, se aclara que según lo planteado por el Consejo de Estado², pese a celebrarse contratos de manera directa con ocasión de la causal de urgencia manifiesta resulta imperativo el cumplimiento de ciertos principios, como la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo. Ha Sostenido el Alto Tribunal que:

"Para esta Sala, es importante señalar que la urgencia manifiesta, aunque implique la posibilidad legal para celebrar contratos de forma directa e

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia del 7 de febrero de 2011, dentro del expediente con radicación No. Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00055-00(34425)

inmediata, bajo ninguna circunstancia puede convertirse en una regla general o en un instrumento discrecional en manos de las autoridades públicas, todo lo contrario, su aplicación es de derecho estricto y procede previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993.

En conclusión, la contratación por la vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraria a los principios de la contratación estatal, es decir, se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados³”.

iii) Respuesta al problema jurídico planteado:

Conforme a lo anteriormente expuesto este Despacho concluye que si no existe la posibilidad de adicionar y/o modificar un contrato que actualmente se encuentre ejecutando el Programa de Alimentación Escolar- PAE, el Municipio de Armero Guayabal puede celebrar un contrato bajo la causal de urgencia manifiesta, única y exclusivamente si se cumplen los presupuestos señalados tanto legal como jurisprudencialmente para el efecto. De no estar dichos elementos, la Administración Municipal deberá contratar el operador del Programa a través de un proceso de selección pública.

De esta manera damos respuesta a la solicitud planteada.

Atentamente,

Original firmado

MIRYAM JOHANA MENDEZ HORTA

Directora Técnica Jurídica

Revisó	Miryam Johana Mendez Horta	Directora Técnica Jurídica	
Proyectó	Flor Alba tipas Alpala	Profesional Universitario	

³ Véase CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 28 de enero de 1998. *Cit.* y Sección Tercera. Sentencia de 14 de junio de 2001. Expediente No. 13793. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.