

	DECRETO	CÓDIGO	AP-JC-RG-70
		VERSIÓN	3
		FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
		PÁGINA	Página 1 de 23

DECRETO

()
 007-0060

09 ENE 2020

POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA UNA SITUACIÓN DE URGENCIA MANIFIESTA Y SE ADOPTAN DISPOSICIONES DESTINADAS A GARANTIZAR LA CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DEL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER

El Señor Gobernador de Santander en uso de sus facultades legales y reglamentarias concedidas en los artículos 298, 303 y 305 de la Constitución Política de Colombia, la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, Decreto 1222 de 1986, la ley 617 de 2000, en ejercicio de las funciones públicas que les han sido asignadas, y

CONSIDERANDO

- Que son fines esenciales del Estado, según lo expresado en el artículo 2 de la Constitución Política, la primacía del bien común, el logro de la convivencia pacífica, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de las libertades y derechos, así como la satisfacción de las necesidades públicas, y siendo obligación del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.
- Que en el marco jurídico político del Estado, le son atribuidas las funciones públicas, entre las que se destaca la función constitucional de la cual se derivan las funciones de seguridad y defensa nacional, electoral, legislativa, jurisdiccional, fiscalizadora, de control, de banca central y la función administrativa.
- Que la búsqueda del cumplimiento de los principios y deberes de la función administrativa, en particular de la gestión contractual del Estado, compromete el patrimonio público en la consecución de los fines estatales mediante procesos y procedimientos previamente establecidos, con el fin de conservar la seguridad jurídica junto a cumplir con los principios y supraprincipios aplicables a la Administración.
- Que es obligación del Estado buscar la efectividad material de las garantías contempladas en el texto constitucional y en la normatividad legal, haciendo especial énfasis en la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, tales como la educación y la cultura.
- Que el Estado Social de Derecho al estar basado en el reconocimiento de los derechos fundamentales como modo de lograr una sociedad más justa y centrada en la dignidad humana, tiene como uno de sus fundamentos el

[Handwritten signature]

derecho a la educación, el cual, al estar destinado principalmente a los niños y niñas, prevalece sobre el derecho de los demás.

- Que el desarrollo del Derecho a la educación en niños, niñas y adolescentes está íntimamente ligado a la garantía por parte del Estado de condiciones materiales necesarias para que esta población en condiciones de debilidad pueda acceder. Ello se ve reflejado en el Programa de Alimentación Escolar (PAE) que debe prestarse, como mandato constitucional, desde el primer día de la jornada escolar.
- Que la administración Departamental "SIEMPRE SANTANDER" 2020-2023, en cuanto al PAE para el año 2020 se enfrenta a un reto enorme, pues está en riesgo su adecuada prestación dado que la Administración Departamental anterior (2016-2019) no materializó las acciones de recomendación emanadas por la Procuraduría General de la Nación en cuanto a la continuidad del Programa de Alimentación Escolar para el primer periodo del año 2020, cuya fecha de inicio según calendario escolar es el 20 de enero de 2020, debido a que el gobernador saliente Dr. Didier Tavera Amado se declaró impedido para realizar esta contratación, impedimento que fue aceptado el 25 de noviembre de 2019 por la Procuraduría General de la Nación – Regional Santander.
- Que, según el Ministerio Público, el Gobernador saliente Dr. Didier Tavera Amado efectivamente estaba impedido para contratar el PAE, toda vez que *"existe un interés particular y directo en cabeza del Gobernador que podría permeabilizar las decisiones a adoptar en el proceso de contratación del PAE 2020"*.
- Que a las entidades territoriales les corresponde entre otras funciones, la de apropiar y reservar los recursos necesarios y suficientes para la financiación o cofinanciación del Programa de Alimentación Escolar PAE en su jurisdicción y adelantar los trámites para comprometer vigencias futuras cuando haya lugar.
- Que es de su competencia ejecutar el programa de acuerdo con los lineamientos técnicos establecidos por el Ministerio de Educación Nacional, mediante la Resolución No. 29452 de 2017, para lo cual deben adelantar los procesos de planeación y contratación para ejecutarlos en forma oportuna, ordenar el gasto y el pago de estos; y garantizar la prestación del servicio de alimentación escolar desde el primer día de clases y durante la respectiva vigencia (Decreto No. 1852 de 2015, artículo 2.3.10.4.3).
- Que mediante Directiva No. 017 del 21 de octubre de 2019, la Procuraduría General de la Nación exhortó a los Gobernadores y Alcaldes de las Entidades Territoriales Certificadas para adelantar oportuna y diligentemente las acciones necesarias para que se garantice la prestación del servicio de alimentación escolar en su territorio, atendiendo los postulados consagrados en la Constitución y la Ley que reconocen el principio del interés superior de los niños y las niñas, y la prevalencia de sus derechos, de manera que con una adecuada planeación se ejecute sin interrupción el programa de alimentación escolar (PAE) y se brinde a sus

09 ENE 2020

beneficiarios el complemento alimentario, tal como lo dispone el Decreto 1852 de 2015.

- Que durante el proceso de Empalme entre las administraciones salientes y entrantes del Departamento de Santander, el equipo del Gobierno entrante, atendiendo los lineamientos contenidos en la Circular 37 del 16 de octubre de 2019 emanada del Ministerio de Educación Nacional y la Directiva 17 del 21 de octubre del 2019 de la Procuraduría General de la Nación, consultó sobre las actividades de planeación implementadas por la (en ese momento) Administración saliente, y exhortó sobre la imperiosa necesidad de adelantar las acciones para que se garantizara la continuidad en la prestación del servicio de alimentación escolar durante el inicio del año 2020, radicando comunicaciones sobre el particular los días 13, 21 y 28 de noviembre y el 5 de diciembre de 2019.
- Que no obstante las recomendaciones de la Procuraduría General de la Nación que exhortaban a las entidades territoriales a dejar realizadas las gestiones necesarias para garantizar la continuidad del Programa de Alimentación Escolar, y las solicitudes efectuadas por la administración entrante durante el período de Empalme, la anterior administración departamental no atendió este requerimiento, por las razones fácticas y jurídicas anteriormente expuestas. Lo anterior se evidencia en los Informes de Gestión de la anterior administración, en la inexistencia de solución de fondo a la continuidad del Programa de Alimentación Escolar - PAE como se puede evidenciar en los informes de gestión, y en la ausencia de un Proyecto de Inversión aprobado para atender el Programa de Alimentación Escolar durante el inicio del año 2020.
- Que a través de la misma Directiva No. 017 del 21 de octubre de 2019, la Procuraduría General de la Nación conminó a las nuevas Administraciones Departamentales y Municipales a garantizar la continuidad en la prestación del Programa de Alimentación Escolar, advirtiendo las consecuencias disciplinarias contenidas taxativamente en el Código Único Disciplinario, respecto de cualquier omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, así como la advertencia de que también constituye falta disciplinaria el incumplimiento de los deberes contenidos en la Constitución, la ley y actos administrativos, reiterando el deber de todo servidor público de cumplir, entre otros, con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le ha sido encomendado, así como abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial o que implique un abuso indebido en el cargo o función desempeñada (artículo 23 y numeral 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002).
- Que por lo anterior, el Consejo de Gobierno Departamental en sesión del 07 de enero del año 2020, con presencia de los Secretarios de Despacho, Asesores de Despacho, Jefes de Oficina y Directores de los Entes Descentralizados de la Administración Departamental puso en evidencia la grave situación en la que se encuentra inmerso el Departamento, situación que atenta contra las obligaciones de rango constitucional y convencional que le asisten, por lo cual de manera unánime consideró que debe

09 ENE 2020

[Handwritten signature]

CÓDIGO	AP-JC-RG-70
VERSION	3
FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
PÁGINA	Página 4 de 23

declararse la situación de urgencia manifiesta para poder garantizar la continuidad en la prestación del servicio del Programa de Alimentación Escolar para los Establecimientos Educativos, y así evitar afectaciones a los derechos fundamentales de los menores.

- Que según los requerimientos anteriormente enunciados, es indispensable salvaguardar la prestación de la Función Pública asignada a la Entidad Territorial Certificada, garantizar la continuidad del servicio de alimentación escolar desde el primer día del calendario escolar de la vigencia 2020, con el fin de evitar la interrupción en la continuidad del suministro del PAE y la consecuente afectación y/o paralización del servicio educativo.
- Que el servicio educativo y las funciones propias de las Entidades Departamentales en cuanto a los municipios no certificados en educación, se podrían ver irremediablemente afectadas, pues se estaría arriesgando el acceso y permanencia de niños, niñas y adolescentes en el sistema educativo del Departamento, al no garantizar desde el día 1 del calendario escolar, la estrategia del PAE (suministro e interventoría).
- Que a juicio del Consejo de Gobierno y el Gobernador de Santander, la forma idónea de precaver la suspensión del servicio esencial de Alimentación Escolar para los estudiantes de las Instituciones Educativas del Departamento es la contratación inmediata de particulares con idoneidad y experiencia en el Programa en su componente de suministro e interventoría respectivamente, que puedan satisfacer este servicio, atendiendo igualmente la recomendación del Comité de Transparencia por Santander, de continuar el esquema de operación dividiendo en zonas geográficas el territorio del Departamento de Santander, lo cual ha redundado en una mejor prestación del servicio.
- Que de acuerdo con las proyecciones técnicas el valor total del servicio del Programa de Alimentación Escolar para los Establecimientos Educativos del Departamento de Santander durante la totalidad del calendario escolar de 2020 asciende a la suma de OCHENTA Y SIETE MIL CIENTO OCHO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS (\$87.108.794.640) M/CTE.
- Que los anteriores razonamientos llevaron a analizar si en efecto es *razonable y proporcional* utilizar la modalidad de contratación directa contenida en la ley 1150 de 2007, en el artículo 2, numeral 4, literal a).
- Que si bien la aplicación específica de una de las distintas modalidades de contratación estatal es una facultad más o menos reglada, la elección entre los distintos instrumentos de colocación de recursos -entre ellos la declaración de urgencia manifiesta- es una de carácter *más o menos* discrecional. Así lo ha afirmado el Consejo de Estado en toda su jurisprudencia entre la cual se observa la sentencia de 7 de febrero de 2011, rad. 11001-03-26-000-2007-00055-00(34425) que indica: “*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*

09 ENE 2020

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”¹.

- Que de conformidad con el artículo 44 de la ley 1437 de 2011, “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, *debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”. Lo cual implica la orden del legislador a la Administración de surtir un juicio de razonabilidad y proporcionalidad al utilizar una facultad de esta naturaleza.
- Que la ponderación como método de reflexión y toma de decisiones jurídicas busca evitar que la aplicación aislada de una norma constitucional, al rigor de su tenor literal, signifique a la vez el desconocimiento de algún principio, valor, fin, derecho o deber constitucional. La interpretación constitucional sistemática es aquella que mejor consulta el concepto mismo de Constitución, no entendida como un conjunto de disposiciones codificadas, sino como una unidad, un sistema normativo coherente, con sentido lógico, armónico y concordante, construido a partir de principios, valores y fines comunes, no excluyentes entre sí. Este método de interpretación es el que funda el recurso a la técnica hermenéutica de la ponderación, no sólo en el caso de colisión entre normas constitucionales de distinta naturaleza y textura, sino también como parámetro para determinar la razonabilidad de las medidas adoptadas por las autoridades públicas (Sentencia C-115 de 2017). Único método hermenéutico que respeta una normatividad por principios como la que funda el estatuto general de la contratación pública.
- Que la sentencia referenciada es, hoy en día, el precedente aplicable por la Sala Plena de Corte Constitucional para hacer juicios de razonabilidad y proporcionalidad, y en esa medida, es la estructura de su motivación la que seguirá la Administración actual del Departamento de Santander para justificar y explicar la aplicación de la facultad de contratación directa a la luz de la declaración de urgencia manifiesta.

¹ Así mismo lo opina Marín Hernández, quien demuestra que la construcción de un pliego de condiciones y en general la elección de una u otra modalidad de contratación es discrecional. Al respecto afirma: “los precisos contenidos de dichos actos administrativos en cada procedimiento administrativo de selección de contratistas en concreto –cosa que sería propia de las facultades regladas, en las cuales la norma detalla exhaustivamente y sin dejar margen alguno de valoración a la administración, las particularidades del contenido de la decisión para adoptar en cada supuesto específico–, toda vez que ello sólo es viable realizarlo atendiendo a las disímiles necesidades del interés público agenciado por cada entidad pública en particular y a las especiales circunstancias propias de cada específico procedimiento de selección de contratistas. En ese orden de ideas, en la medida en que los recién referidos dispositivos normativos confieren un amplio margen de libertad de valoración a la administración para que, en cada caso concreto, establezca el contenido del pliego de condiciones, tales preceptos consagran facultades de naturaleza discrecional que se atribuyen a quienes han de ejercerlas, mismas que habrán de concretarse en el señalamiento de las reglas, de los procedimientos, de las exigencias y de los criterios, objetivos y razonables, con base en los cuales deberá adelantarse el respectivo proceso de selección del contratista. (Marín Hernández, 2009).



CÓDIGO	AP-JC-RG-70
VERSIÓN	3
FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
PÁGINA	Página 6 de 23

- Que la Sentencia C-115 de 2017 establece como primera etapa la elección entre tres tipos de test. La Corte ha advertido que en función de su intensidad el juicio de proporcionalidad puede ser débil, intermedio o *estricto*. La intensidad incide, o bien en lo que exige la aplicación de cada uno de los pasos que componen el juicio, o bien en la relevancia de algunos de sus pasos.
- Que en el presente caso, para proteger no sólo los intereses que van de la mano con el principio de eficacia -satisfacción del derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes- sino también los de igualdad, moralidad y transparencia se seleccionó el juicio de *intensidad estricta* que se aplica, entre otros casos, en aquellos en los que la medida supone el empleo de categorías sospechosas, afecta a grupos especialmente protegidos, o impacta el goce de un derecho constitucional fundamental y *exige* verificar, previamente, (i) persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable. Una vez ello se establece, debe determinarse si tal medio resulta (ii) efectivamente conducente, (iii) necesario y (iv) proporcionado en sentido estricto.
- Que el juicio de (i) adecuación implica demostrar que la finalidad de proteger el acceso al PAE de los menores desde el primer día escolar es constitucionalmente imperiosa.
- Que, al respeto, la Constitución Política de Colombia en el artículo 44 consagra los derechos fundamentales de los niños, entre ellos, la vida, integridad física, la educación, la cultura y la recreación; además la obligación del Estado en la asistencia y protección del niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. También establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, incluso por encima del ordenamiento legal, cuando quiera que exista un peligro inminente o efectivo de su vulneración, en tanto son seres de especial protección por su situación de debilidad manifiesta frente a los demás.
- Que, en igual sentido, el artículo 45 de la Constitución Política determina como derecho de los adolescentes la protección y formación integral y la Corte Constitucional en sentencia C-318 de 2003, en interpretación de dicho artículo, enuncia como una de las razones básicas de la protección, el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de dicha población.
- Que el artículo 365 de la Constitución Política consagra que “*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (...)*”.
- Que “*el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud,*

09 ENE 2020

	DECRETO 1- - 0060	CÓDIGO	AP-JC-RG-70
		VERSION	3
		FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
		PAGINA	Página 7 de 23

educación, saneamiento ambiental y de agua potable (...)” de acuerdo con el artículo 366 de la Carta Política.

- Que la educación es un servicio público, contemplado en el artículo 67 de la Constitución Política, del cual es responsable, entre otros, el Estado, el cual tiene especial obligación de garantizar el cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo; del tal suerte que es un *“Derecho de la persona y un servicio público que tiene función social; que con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás valores de la cultura”*.
- Que el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia establece que los derechos constitucionales tienen que interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado Colombiano.
- Que diversos tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, señalan la vida, la dignidad humana, la integridad personal, la seguridad y la educación como obligaciones propias de los Estados en la garantía de los derechos de los niños; entre otros la Declaración Universal de los Derechos Humanos (preámbulo, artículos 3 y 26), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 4, 5, 19), la convención internacional de los Derechos del Niño (artículos 3, 6, 23, 27, 28, 29, 41) y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 1, 2, 5, 7) y además se destaca el artículo 4 de esta última declaración, al expresar que los Estados adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos de los niños.
- Que la Corte Constitucional, a partir de la interpretación armónica de la normatividad relacionada con la niñez, ha señalado en diversas oportunidades, entre otras en las sentencias C-041 de 1994, C-459 de 1995, C-273 de 2003, C-172 de 2004, que los niños, niñas y adolescentes son población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación y como tal se hace merecedora de una atención especial.
- Que la Corte Constitucional en sentencia T-743 de 2013 estableció que la Educación tiene una *“doble condición de derecho y de servicio público que busca garantizar el acceso de los ciudadanos al conocimiento, a la ciencia y a los demás bienes y valores culturales”*. Agregando que sobre su carácter fundamental, la educación desempeña un papel importante *“en la promoción del desarrollo humano y la erradicación de la pobreza y debido a su incidencia en la concreción de otras garantías fundamentales, como la dignidad humana, la igualdad de oportunidades, el mínimo vital, la libertad de escoger profesión u oficio y la participación política”*.
- Que la Declaración Mundial sobre Educación para Todos de la UNESCO, de la cual Colombia hace parte, en su artículo 3 consagra la universalización del derecho a la educación, para lo cual el Estado debe tomar las medidas coherentes para reducir la desigualdad, especialmente la de los grupos sociales que no cuentan con los mecanismos idóneos para

09 ENE 2017



CÓDIGO	AP-JC-RG-70
VERSIÓN	3
FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
PÁGINA	Página 8 de 23

garantizar por sí mismos el acceso a tal prerrogativa, entre estos grupos, las poblaciones que habitan en las zonas rurales.

- Que la Educación es uno de los pilares del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 “Pacto por Colombia Pacto por la Equidad”, el cual tiene como meta “llegar a 2 millones de niños con educación inicial” y un aumento del 67% en cobertura, buscando igualmente pasar de 5.3 a 7 millones de niños, niñas y adolescentes beneficiarios del Programa de Alimentación Escolar – PAE a nivel nacional.
- Que el Programa de Gobierno “SIEMPRE SANTANDER” 2020-2023 señala dentro de su Diagnóstico, que *“en salud y educación superior, Santander competitivo deberá orientar sus actividades hacia la recuperación de la salud pública de menores y ancianos, así como la mejora sustancial en indicadores de calidad mencionados en el informe de competitividad”*.
- Que igualmente, en el referido Programa de Gobierno “SIEMPRE SANTANDER” 2020-2023 se reitera que en el Departamento de Santander, el sector educación es responsabilidad directamente de la Secretaría de Educación, y que sus componentes principales están enmarcados en función del mejoramiento continuo y la calidad de la educación en los Establecimientos Educativos Oficiales.
- Del mismo modo, en la precitada carta de navegación departamental del presente cuatrienio, y dentro del Sector infancia y Adolescencia, se anuncia que *“todo el aparato público departamental estará al servicio de la lucha diaria y certera en la protección de la infancia. No escatimaremos esfuerzos para que esta población disfrute de una educación de calidad”*.
- Que la Corte Constitucional en sentencia T-779 de 2011 estableció que es un compromiso del Estado, garantizar a todos la accesibilidad, esto es que en condiciones de igualdad, todas las personas puedan acceder al sistema educativo, lo cual está correlacionado con la facilidad, desde el punto de vista económico y geográfico para acceder al servicio y con la eliminación de toda discriminación al respecto.
- Que en desarrollo del derecho a la educación, la Corte Constitucional ha adoptado los lineamientos señalados en la Observación General Número 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, en la que se establecen cuatro (4) características interrelacionadas que debe tener la educación en todas sus formas, a saber: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, y adaptabilidad.
- Que la Corte Constitucional, en sentencia T-457 de 2018, en lo referente a la accesibilidad describe que *“no tiene sentido la asignación de un cupo estudiantil si a los niños, a las niñas y a los adolescentes se los expone a una situación de discriminación, si no les resulta posible acceder geográficamente o si se les imponen cargas económicas que ni ellos ni las personas de las que dependan, estén en capacidad de asumir. Si bien se pueden imponer algunas cargas estas deben ser proporcionadas, de tal*

09 ENE 2020

CODIGO	AP-JC-RG-70
VERSIÓN	3
FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
PÁGINA	Página 9 de 23

manera que no se constituyan en exigencias excesivas, lo contrario constituye la vulneración del derecho fundamental a la educación. Por consiguiente, el Estado debe procurar que el derecho sea material, real y efectivo y, de esa manera, garantizar la asistencia, la permanencia y evitar la deserción escolar, adoptando medidas deliberadas, concretas y orientadas a conseguir esos logros." Además agrega, que la accesibilidad económica debe ser efectiva y que esta resulta nula "si los menores de edad y las personas de las que estos dependen no están en capacidad de asumir los costos que implica y la sociedad y el Estado no responden solidariamente". Por tanto, el Estado debe promover las medidas para erradicar las barreras existentes para la accesibilidad al derecho a la Educación.

- Que en este sentido el artículo 4 de la Ley 115 de 1994 establece que "corresponde al Estado, a la sociedad y a la familia velar por la calidad de la educación y promover el acceso al servicio público educativo, y es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, garantizar su cubrimiento".
- Que el numeral 18 del Artículo 41 de la Ley 1098 de 2006 (por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia) consagra que son obligaciones del Estado, en el presente caso en cabeza del Ente Territorial Departamento de Santander, "asegurar los medios y condiciones que les garanticen la permanencia en el sistema educativo y el cumplimiento de su ciclo completo de formación".
- Que garantizar en debida manera el derecho fundamental a la Educación de los escolares del Departamento de Santander es fácticamente inviable si no se brinda desde el inicio de las clases un servicio gratuito, de calidad y de cobertura general del Programa de Alimentación Escolar, condición necesaria para el óptimo cumplimiento de este servicio público.
- Que al tener en cuenta que la educación es un servicio público que se desarrolla de la obligación del Estado de garantizar las condiciones necesarias para que los menores tengan acceso y permanencia en el sistema educativo, se torna evidente que la prestación eficiente de dicho servicio exige que a los menores se les facilite la alimentación escolar.
- Que de igual forma, la educación en su condición de derecho, se concreta en la promoción del desarrollo humano y la erradicación de la pobreza reclama el mismo comportamiento.
- Que la misma Corte Constitucional Colombiana dispuso mediante sentencia T-273 de 2014 que los servicios de restaurante escolar, transporte escolar y administrativos generales son necesarios y constituyen condiciones concretas para permitir y garantizar el acceso material del derecho fundamental a la educación de los niños y niñas, y su ausencia representa una barrera para poder recibir educación."
- Que la Corte Constitucional consideró que "(i) la alimentación escolar es una garantía de acceso y permanencia de los niños, niñas y adolescentes

09 ENE 2020



CÓDIGO	AP-JC-RG-70
VERSIÓN	3
FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
PÁGINA	Página 10 de 23

en el sistema educativo, reconocida en el marco jurídico colombiano; (ii) uno de sus principales objetivos consiste en garantizar la asistencia a las aulas en condiciones dignas, sin que los estudiantes se vean expuestos al hambre y la desnutrición y, por ende, se evite la deserción escolar; igualmente, contribuye al crecimiento y desarrollo físico y psicológico adecuado; propende por el nivel de salud más alto posible; potencia la atención de los menores de edad para el aprendizaje y aumenta la matrícula escolar; (...)" (Sentencia T-457 de 2018). En virtud de lo descrito, resulta de vital importancia para garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes del Departamento de Santander, la no suspensión de la prestación del servicio de alimentación escolar.

- Que el servicio de alimentación escolar está considerado como una estrategia de permanencia que en los objetivos trazados por el Gobierno Nacional constituye una herramienta idónea para lograr una Colombia más educada, propósito que no es ajeno a las políticas establecidas por el Departamento de Santander.
- Que gran parte de la población del Departamento de Santander no tiene la capacidad económica para sufragar los gastos de alimentación óptimos y suficientes para los niños, niñas y adolescentes matriculados en los Establecimientos Educativos oficiales del Departamento. De igual modo, al evidenciar que no hay estructura que permita satisfacer este servicio por medio del Estado, se torna vital que la Administración garantice la contratación de la prestación del servicio de alimentación escolar para los estudiantes a cargo.
- Que al respecto en la sentencia C-122 de 2012 se indica que se adquiere tal connotación cuando el servicio "*contribuye de modo directo y concreto al respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales; si su interrupción puede ocasionar grave perjuicio a una parte de la población; si prevalecen los derechos garantizados mediante la prestación del servicio sobre el ejercicio del derecho de huelga en el caso concreto; y la situación económica y social del Estado*".
- Que la Resolución 29452 del 29 de diciembre de 2017, "*Por la cual se expiden los lineamientos técnicos administrativos, los estándares, las condiciones mínimas del Programa de Alimentación Escolar –PAE y se derogan las disposiciones anteriores*", establece que el PAE será cofinanciado por las siguientes fuentes: "a) Recursos del Sistema General de Participaciones - SGP. B) Regalías. C) Recursos propios. D) Recursos del Presupuesto General de la Nación distribuidos anualmente por el Ministerio de Educación Nacional. E) Otras fuentes de financiación por parte del sector privado, cooperativo o no gubernamental, del nivel nacional e internacional y cajas de compensación".
- Que la Resolución 29452 del 29 de diciembre de 2017 establece como objetivo general del PAE, el suministro de un complemento alimentario que contribuya al acceso con permanencia en la jornada académica de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes registrados en la matrícula oficial, fomentando hábitos alimentarios saludables. Determina además que su

09 ENE 2020

CÓDIGO	AP-JC-RG-70
VERSIÓN	3
FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
PÁGINA	Página 11 de 23

periodo de atención se brindará durante todo el calendario escolar definido por cada una de las Entidades Territoriales Certificadas en Educación.

- Que según los lineamientos establecidos por el Ministerio de Educación Nacional, las Entidades encargadas de realizar las contrataciones del Programa de Alimentación Escolar son las Secretarías de Educación de los entes territoriales certificados. (Resolución 29452 del 29 de diciembre de 2017).
- Que la Ley 715 de 2001 señala en su art. 6º que son competencias de los Departamentos frente a los municipios no certificados, entre otras, las siguientes: i) Dirigir, planificar, y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica, media en sus distintas modalidades, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley, ii) administrar y distribuir entre los municipios de su jurisdicción los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones, destinados a la prestación de los servicios educativos a cargo del Estado.
- Que a la luz de las anteriores consideraciones es claro que para el Departamento de Santander, como entidad territorial certificada, es constitucionalmente inaplazable el garantizar desde el primer día de clases la prestación del PAE, y en esa medida, es una finalidad imperiosa.
- Que la segunda etapa de la prueba (test de razonabilidad y proporcionalidad) aplicada en el presente acto es encontrar *si la medida es (ii) adecuada para garantizar dicha finalidad imperiosa.*
- Que respecto la utilidad y pertinencia de la contratación directa por urgencia manifiesta para garantizar la continua prestación de servicios públicos, en sentencia del 16 de septiembre de 2013 expediente: 30683. CP. Mauricio Fajardo Gómez, el Consejo del Estado estudió la utilización de la urgencia manifiesta como causal de contratación directa, manifestando que *“La Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación de la Administración Pública, vigente para la época en que se celebró el negocio que ocupa la atención de la Sala, en sus artículos 42 y 43, reguló lo concerniente a los presupuestos que debían reunirse para proceder a la declaratoria de urgencia manifiesta, la forma en que debía adoptarse dicha decisión y el posterior control que sobre la misma recaía por parte del órgano competente”.*
- Que en la sentencia en mención el Consejo de Estado se refirió a la procedencia de la urgencia manifiesta, señalando que *“De las normas en referencia resulta viable concluir que la urgencia manifiesta tiene cabida cuando: Se requiere la prestación ininterrumpida de un servicio, el suministro de bienes o lo ejecución de obras. (...) Su procedencia se justifica en la necesidad, inmediata de continuar prestando el servicio, suministrando el bien o ejecutando lo obra o conjurar las situaciones excepcionales que afectan al conglomerado social, lo que impide acudir al procedimiento de selección de licitación pública en tanto este medio de escogencia del contratista supone la disposición de un periodo más prolongado de tiempo que eventualmente pondría en riesgo el interés público que se pretende proteger con la declaratoria de urgencia manifiesta*

09 ENE 2020

y la consecuencial celebración del correspondiente contrato". Subrayado propio.

- Que de acuerdo con la Sentencia del 27 de abril de 2006, Consejo de Estado, Sección tercera, Expediente N° 14275 (05229) con ponencia del Magistrado Ramiro Saavedra Becerra, si bien Ab initio, se pensaría que la Administración no cuenta con mecanismos de respuesta rápida ante situaciones de inminente necesidad, las cuales no pueden esperar el estricto seguimiento de los procesos mencionados, sin embargo, como lo contempla el artículo 42 de la ley 80 de 1993, en situaciones de "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 públicos de selección, la administración sí puede hacer uso de mecanismos de respuesta rápida ante situaciones de inminente necesidad.
- Que sobre los alcances, de esta norma, dijo la Corte Constitucional (sentencia C-772 de 1998) "a. Que la "Urgencia Manifiesta" es una situación que puede decretar directamente cualquier autoridad administrativa, sin que medie autorización previa, a través de acto debidamente motivado. b. Que ella existe o se configura cuando se acredite la existencia de unos de los siguientes presupuestos, - cuando la continuidad del servicio exija 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 concursos públicos." (Subrayado propio).
- Que la declaración de urgencia manifiesta genera en la Administración la facultad de utilizar la modalidad de contratación directa de manera restrictiva y justificada mediante acto administrativo motivado en el marco de la satisfacción y continuidad del servicio requerido, sin el cual se vería afectado el cumplimiento de los fines del Estado, principal obligación de la Administración.
- Que tal y como lo reitera la Sección Tercera en Sentencia de 7 de febrero de 2001, Rad. 2007-00055-00 (34425), la urgencia manifiesta "Se trata entonces de un mecanismo excepcional, diseñado con el único propósito de otorgarle instrumentos efectivos a las entidades estatales para celebrar los contratos necesarios, con el fin de enfrentar situaciones de crisis, cuando dichos contratos, en razón de circunstancias de conflicto o crisis, es del todo imposible celebrarlos a través de la licitación pública o contratación directa. Es decir, cuando la administración no cuenta con el plazo indispensable para adelantar un procedimiento ordinario de escogencia de contratistas".

09 ENE 2017

92

CÓDIGO	AP-JC-RG-70
VERSIÓN	3
FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
PÁGINA	Página 13 de 23

- Que teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, para la aplicación de esta causal de contratación directa, la Administración debe realizar un estudio de los hechos o circunstancias que se presentan, considerando, entre otros, los siguientes elementos de análisis: continua prestación del servicio, el inmediato futuro o el concepto temporal para establecer la urgencia de la actuación, los estados de excepción o la calamidad, fuerza mayor o desastre, atendiendo la transitoriedad necesaria dada la premura de atender, mientras se hace uso del procedimiento ordinario de escogencia del contratista.
- Que en tales circunstancias el ordenamiento jurídico autoriza al representante legal de la entidad o su delegado para hacer la declaratoria de urgencia manifiesta, la cual puede ser de carácter preventiva y con el fin de atender las necesidades apremiantes de la comunidad estudiantil, evitando la suspensión del servicio del Programa de Alimentación Escolar, lo cual constituye un riesgo inminente detectado a tiempo por la nueva Administración Departamental, riesgo que de materializarse perjudicaría a los niños, adolescentes y jóvenes de los Establecimientos Educativos del Departamento de Santander.
- Que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de abril de 2007, Rad. 14275, pone énfasis en el carácter preventivo de la función que cumple la urgencia manifiesta: "La urgencia manifiesta no está instituida exclusivamente para solucionar eventos calamitosos o de desastre anteriores o concomitantes al acto que la declara, esto es, con una finalidad curativa. También contiene una finalidad preventiva. Sería el caso de situaciones que indican que de no hacerse una obra de manera rápida se presentará una calamidad o un desastre, sería absurdo y contrario a toda lógica que el ordenamiento no permitiera nada para evitar la anomalía y esperar a que suceda para ahí si legitimar el uso de la figura. Por supuesto que en este caso, como en todo lo que concierne a la urgencia manifiesta, el requerimiento de las obras, bienes o servicios debe ser evidente, particularmente en el inmediato futuro para evitar la situación calamitosa que se pretende conjurar." (Subrayado propio).
- Que como conclusión de las anteriores consideraciones es claro que *la medida es adecuada* para garantizar la prestación del Programa de Alimentación Escolar - PAE desde el primer día de la jornada Escolar.
- Que la tercera etapa del test de razonabilidad y proporcionalidad demanda demostrar que no existe ninguna otra modalidad de contratación que permita satisfacer la necesidad de prestación ininterrumpida del servicio público esencial para el acceso al servicio de educación por parte de los niños, niñas y adolescentes del Departamento de Santander, al punto que no proceder a la contratación directa del servicio generaría daños gravosos a derechos de primer orden, en sujetos de especial protección constitucional. En otras palabras, demostrar su *necesidad* (iii).
- Que por lo anterior y de nuevo aplicando la normatividad del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, la modalidad de selección a utilizar para el presente caso

09 ENE 2020

CÓDIGO	AP-JC-RG-70
VERSIÓN	3
FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
PÁGINA	Página 14 de 23

en razón del objeto a contratar y del valor estimado de dicho objeto sería la modalidad de selección denominada Licitación Pública.

- Que la inmediatez de la necesidad impide que dicha herramienta de selección, Licitación Pública, sea idónea para la satisfacción del servicio público, pues su duración estimada es de treinta (30) días hábiles, de allí que significaría la suspensión del servicio de PAE; lo cual afectaría los derechos fundamentales de los menores en condición de vulnerabilidad del Departamento de Santander, causando un grave perjuicio a esta población en condición de desigualdad.
- Que la omisión de garantizar el suministro del Programa de Alimentación Escolar desde el primer día del calendario escolar, pondría en riesgo el acceso de más de CIENTO OCHO MIL (108.000) estudiantes que a la fecha se encuentran matriculados en el SIMAT.
- Que asimismo dentro de las herramientas con las que cuenta la Administración para contratar la satisfacción de necesidades públicas tampoco se evidencia como útil la implementación de los convenios de la Administración, pues la situación que nos ocupa no encuadra dentro de los supuestos fácticos de las normas que instituyen estos mecanismos, ni dentro de los convenios con particulares sin ánimo de lucro, regulados en el artículo 355 Constitucional y el Decreto 092 de 2017, ni de los convenios interadministrativos.
- Que de conformidad con lo establecido en el artículo 305 Constitucional, son atribuciones del Gobernador: "(...) 2. *Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes.* 3. *Dirigir y coordinar los servicios nacionales en las condiciones de la delegación que le confiera el Presidente de la República.* (...)" y en esa medida, la Administración cuenta con la facultad de hacer uso excepcional de la modalidad de contratación directa, con el fin de evitar los efectos negativos que tendría la suspensión del servicio, especialmente si se refiere a derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.
- Que el artículo 42 de la ley 80 de 1993, se refiere a la URGENCIA MANIFIESTA, al consagrar que la misma se presenta, entre otros casos, "(...) 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 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 u 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." Subrayados propios.
- Que la Ley 1150 de 2007 en desarrollo del principio de transparencia, consagró la declaratoria de urgencia manifiesta como causal de

09 ENE 2020

contratación directa en el artículo 2, numeral 4, al mencionar: “4. *Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: a) Urgencia manifiesta; (...)*”.

- Que atendiendo a la inminente interrupción del servicio del Programa de Alimentación Escolar, que constituye un asunto que demanda una actuación inmediata por parte de la administración, se hace necesario emprender las actuaciones encaminadas a garantizar la continuidad del servicio. Lo anterior implica la necesidad de adelantar un proceso de contratación que si bien no es el acorde con la modalidad que ordinariamente deberá seguirse por la naturaleza y cuantía del servicio requerido, se recurre a dicho mecanismo excepcional por el término estrictamente necesario para satisfacer la necesidad inmediata mientras se lleva a cabo el proceso de contratación consistente en la licitación pública, cumpliendo así un aspecto fundamental como es “*el inmediato futuro*” o el criterio “*temporal para establecer la urgencia de la actuación*”.
- Que se hace apremiante la declaratoria de la urgencia manifiesta de conformidad con la situación que afronta el Departamento de Santander, con el fin de materializar el principio de eficiencia, que caracteriza el servicio público y busca garantizar la continuidad del servicio, evitando interrupciones que afecten el acceso y permanencia de la población escolar.
- Que según la Circular Conjunta N° 014 de la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, de fecha uno (01) de Junio de 2011, con el fin de promover la utilización adecuada de la causal de contratación directa, se deben seguir las siguientes recomendaciones: verificar que los hechos y circunstancias que se pretenden atender o resolver con la declaratoria de urgencia manifiesta, se adecúen a una de las causales señaladas para el efecto en la Ley 80 de 1993 artículo 42; confrontar los hechos, el procedimiento de contratación que se emplearía ordinariamente para resolverlos o atenderlos y los tiempos de gestión que implicaría adelantar el procedimiento de contratación correspondiente, frente a la inmediatez que exige la satisfacción del interés general y declarar la urgencia manifiesta, elaborando el acto administrativo correspondiente.
- Que esto permite indicar que la situación de urgencia surge para evitar los efectos adversos que surjan de situaciones imprevistas que requieran una reacción inmediata y efectiva por parte de la Administración, so pena de generar responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria a los servidores públicos que así la empleen.
- Que la urgencia manifiesta es un mecanismo excepcional constitucionalmente reconocido en el preámbulo y el inciso 2 del artículo 2 de dicha Carta, que permite a la Administración la consecución de los fines del Estado de manera continua y eficaz, si es que se ve comprometido su desarrollo por situaciones de afectación inminente de un servicio o suministro de bienes, en razón de circunstancias o eventos imprevistos,

09 ENE 2020

apremiantes, de calamidad pública y/o desastre naturales, demandando una actuación inmediata por parte del Estado.

- Que utilizar esta herramienta parece afectar otros principios que rigen la función pública del Estado, lo cual lleva a la Administración actual en una encrucijada, pues en virtud de la maximización de principios como la satisfacción de las necesidades de los menores, la efectividad de la igualdad, y el aumento del bienestar general, se requiere disminuir la aplicación plena de principios que rigen la gestión contractual del Estado, por medio de la aplicación de la contratación directa a la luz de la situación de urgencia explicada.
- Que la hermenéutica constitucional implica un ejercicio de ensamblaje y articulación armónica de la Constitución Política, guiado por la necesidad de optimizar la eficacia de dicha norma superior, entendida como un todo Corte Constitucional, sentencia C-535/12.
- Que con base en estos argumentos es claro que la medida evaluada es necesaria, pues ninguno de los demás mecanismos permite satisfacer la necesidad imperiosa que se estableció en la primera fase del juicio de razonabilidad y proporcionalidad en sentido estricto.
- Que la última etapa en el (iv) juicio estricto de proporcionalidad se supera demostrando que la satisfacción de las enunciadas finalidades disminuye en un grado muy inferior los demás principios que rigen la contratación estatal, los cuales son los fines que persigue la norma que faculta a utilizar la contratación directa en situaciones de urgencia manifiesta.
- Que con la aplicación de esta modalidad se ven satisfechos los principios de planeación, eficacia, economía y celeridad mientras se afecta el principio de igualdad que se concreta en materia de contratación estatal en los principios de selección objetiva y libre competencia.
- Que el también denominado *sub-principio de ponderación en sentido estricto* se aplica una vez se concluye que en efecto la medida es constitucionalmente válida, adecuada y no existe otra forma de satisfacer la realización de uno de los principio en juego. La ponderación no busca una sistematización de los principios, sino fundamentar una jerarquización –o precedencia - condicionada²; esto es, que para el casos específico, las posibilidades fácticas y jurídicas llevan de forma exclusiva a jerarquizar los principios en juego. Los mencionados elementos son: *la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación*.
- Que la ley de ponderación exige que *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*³. Así, según esta ley *“1. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. 2. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.*

² (Bernal Pulido, 2003, págs. 226-227)

³ (Bernal Pulido, 2003, pág. 227).

CÓDIGO	AP-JC-RG-70
VERSION	3
FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
PAGINA	Página 17 de 23

3. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro⁴.

- Que de esa forma, según la ley de ponderación se deben poner en juego diversas variables para determinar en el caso concreto el peso relativo de los principios. Estas variables son, en primer lugar, el grado de *afectación de los principios en concreto*, donde se analiza a la luz de una escala triádica el grado de afectación, que puede ser “leve”, “medio” o “intenso” en el caso concreto que se está estudiando⁵.
- Que debe analizarse el *peso abstracto* de los principios relevantes “variable [que] se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen –por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa–, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad”⁶.
- Que a estas dos variables se les asigna un valor cuantitativo que es la formalización de un juicio; en palabras del mismo Alexy: “los números o cifras no sustituyen a los juicios o a las proposiciones, sino que únicamente los representan. Pi representa el Derecho fundamental a la libertad de expresión. Si se asigna el valor 1 a li, entonces 1 representa el juicio «la injerencia en la libertad de expresión es leve »”⁷. Esta escala es del siguiente tenor: leve 2⁰, o sea 1; medio 2¹, o sea 2; e intenso 2², es decir 4.
- Que de acuerdo a la conceptualización que se dio del juicio, este no analiza exclusivamente las posibilidades normativas, sino también las fácticas. De allí que la *seguridad de las apreciaciones empíricas* deba ser estudiado como variable. Este elemento es necesario y valioso porque las apreciaciones empíricas que tienen injerencia en la afectación o no del principio pueden tener un distinto grado de certeza, y ello tiene relación directa con la decisión que será tomada⁸. El valor que se les puede atribuir es de seguro 2⁰, o sea, 1; plausible 2¹, o sea ½; y no evidentemente falso 2², es decir, ¼
- Que las tres variables mencionadas se relacionan a través de la *fórmula del peso*, para expresar el peso del principio Pi en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso concreto, resultando del cociente entre: El producto de la afectación del principio Pi en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio Pj en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Dicha fórmula se expresa de la siguiente forma:

⁴ (Robert Alexy, 2002, citado por Bernal Pulido, 2003. P 227)

⁵ (Bernal Pulido, 2003, pág. 228)

⁶ (Bernal Pulido, 2003, pág. 228)

⁷ (Alexy, 2009, pág. 84)

⁸ (Bernal Pulido, 2003, pág. 228)

09 ENE 2020

pv
/

CÓDIGO	AP-JC-RG-70
VERSION	3
FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
PÁGINA	Página 18 de 23

$$G_{Pi,JC} = \frac{I_{PiC} * G_{PiA} * S_{PiC}}{W_{PjC} * G_{PjA} * S_{PjC}}$$

- Que el último de los elementos de la ponderación son *las cargas de la argumentación*. Estas funcionan cuando el peso de los principios en relación resulta tener el mismo valor. Ello significa que las cargas de la argumentación son una posición de valor respecto el ordenamiento jurídico y los principios inmersos en este. Así, de acuerdo al profesor Bernal Pulido, Alexy establece como carga de la argumentación un punto medio entre la libertad e igualdad jurídica y el principio democrático, de manera que “*en principio los empates juegan a favor de lo determinado por el Legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o la igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios*”⁹.
- Que en este caso el primer principio Pi es la protección del derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes manifestado en el acceso que permite el PAE a través de la función eficaz, económica, y celeridad de la Administración; mientras que Pj será la protección del principio de la igualdad que se ve desarrollado a través de procesos contractuales que garantizan en mayor medida la libre competencia.
- Que la afectación en concreto del derecho a la educación en caso de que no se declare la urgencia manifiesta será intensa, pues existirán varios casos de niños que dejarán de asistir al colegio por ausencia de capacidad de los padres, y esto podría tener consecuencias dramáticas en su vida, aunado a que no habrá otra manera de protegerlo, como quedó demostrado en el apartado de necesidad (I_{PiC} = 4); el peso de este principio en abstracto, al ser tan significativo para todo el Estado y la democracia será alto (G_{PiA} = 4), finalmente la certeza que se tiene, respecto estas premisas es segura (S_{PiC} = 1).
- Que por otra parte, la afectación de la igualdad tendría valores similares a los anteriores si no se hiciera una precisión, la duración de esta situación como ordena el artículo 44 de la ley 1437 de 2011 debe ser “*proporcional a los hechos que le sirven de causa*”, de manera que el término del contrato para la prestación del PAE por la urgencia manifiesta no puede superar aquel que razonablemente dure una licitación pública y la fase de alistamiento. Una vez se hace esta claridad, la afectación a la igualdad no será intensa sino medio (W_{PjC} = 2); por otro lado, la igualdad es un valor que en abstracto representa mucho para la sociedad, una de las bases esenciales de nuestro sistema de valores en consecuencia su peso es intenso (G_{PjA} = 4); estas premisas también son seguras (S_{PjC} = 1).

pv


09 ENE 2020

⁹ (Bernal Pulido, 2003, pág. 232).

	DECRETO - - 0060	CÓDIGO	AP-JC-RG-70
		VERSIÓN	3
		FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
		PÁGINA	Página 19 de 23

- Que el anterior razonamiento nos da como resultado que el peso del derecho a la educación relacionado con la igualdad es:

$$GP_{i,jC} = \frac{4 * 4 * 1}{2 * 4 * 1} = \frac{16}{8} = 2$$

- Que mientras que el peso de la igualdad en el caso es:

$$GP_{j,iC} = \frac{2 * 4 * 1}{4 * 4 * 1} = \frac{8}{16} = 0,5$$

- Que en consecuencia, al aplicar tal razonamiento al problema jurídico que se ha planteado en el caso concreto queda establecido que al principio de la igualdad manifestado en procesos contractuales que garantizan en mayor medida la libre concurrencia (0,5) no es tan profunda como la violación al derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes manifestado en el acceso que permite el PAE a través de la función eficaz, económica, y celeridad de la Administración; (2) si no se declara la urgencia manifiesta y se suscribe un contrato directo.
- De allí que para el caso concreto, el principio de corrección que dota de sentido cualquier ordenamiento jurídico indica que esta decisión no ha evadido deliberadamente las demás formas de selección de los contratistas, pues la modalidad se eligió por ser la única que permitiría atender la imperiosa necesidad que le asiste al Departamento de Santander.
- Que maximizando los principios de moralidad, planeación, eficacia, economía y celeridad, la declaración de urgencia manifiesta debe ceñirse únicamente al periodo de tiempo necesario e indispensable para adelantar los trámites administrativos y contractuales pertinentes para la selección, contratación por convocatoria pública de las personas idóneas para la prestación del servicio y su interventoría.
- Que teniendo en cuenta que el mecanismo jurídico de la declaración de urgencia manifiesta debe utilizarse en los precisos términos de su consagración legal y desarrollo jurisprudencial y durante el término que permita por las vías habituales poder superar la situación de urgencia y salvaguardar la continuidad en la prestación del servicio público, la Administración ha iniciado ya los trámites de gestión contractual propios de la etapa de planeación de la licitación pública.
- Que la última etapa del test de proporcionalidad se ve satisfecha, en primer lugar, el bienestar de la necesidad de la comunidad y la garantía de los derechos de los menores; en segundo lugar, porque los principios que rigen la gestión contractual del Estado siguen vigentes, de manera que su aplicación sólo se atenúa con el uso de esta modalidad de contratación en la situación que se pone de manifiesto.

09 ENE 2020



CÓDIGO	AP-JC-RG-70
VERSIÓN	3
FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
PÁGINA	Página 20 de 23

- Que determinada la razonabilidad y proporcionalidad de la selección directa por urgencia manifiesta es necesario revisar ciertos aspectos técnicos de su declaración relacionados con el concepto de *inmediato futuro* y la *publicidad de la decisión*.
- Que respecto del concepto de *inmediato futuro* o el *criterio temporal* para establecer la urgencia de la actuación, la Procuraduría General de la Nación a través de sus fallos disciplinarios ha analizado qué es lo que implica que la necesidad que se pretende satisfacer con la contratación deba resolverse de forma inmediata o en el *inmediato futuro*, impidiendo que se desarrolle la convocatoria pública correspondiente, tal y como lo comenta en el Fallo de segunda Instancia de 22 de septiembre de 2005. Expediente 161-02564:

“Si un hecho es de urgencia manifiesta se impone su atención inmediata, prevalece su solución con el fin de proteger el interés público, la sociedad que es o pudo ser afectado por el mismo, pues lo importante desde el punto de vista de los fines del Estado a las cuales sirve la contratación como instrumento jurídico, es la protección de la comunidad y en el logro de la atención de los servicios y funciones que a las entidades Estatales les corresponde legalmente cumplir. Ello justifica y hace necesaria la urgencia manifiesta.

Para la declaratoria de una urgencia manifiesta es necesaria la existencia de una de las situaciones que en forma genérica prevé el art. 42, y aunque puede decirse que esa norma no exige que ella sean imprevistas, por lo cual podría considerarse que pueden ser conocidas, previstos, previsibles, venir ocurriendo desde tiempo atrás, lo importante y determinante es que su solución se requiera en forma inmediata para garantizar la continuidad del servicio en el inmediato futuro, mediante el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras. También basta para decretar la urgencia con que se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción, así como situaciones excepcionales de calamidad o de fuerza mayor o de desastre que demanden actuaciones inmediatas; o bien situaciones similares a los anteriores que imposibiliten acudir a los procedimientos de licitación o concurso públicos, pero en todos se exige que la contratación de las soluciones correspondientes sea inmediata.”

- Que de acuerdo con la Circular Conjunta comentada, resulta importante señalar que los objetos del contrato o contratos que se suscriban en virtud de la urgencia manifiesta declarada deben estar estrechamente relacionados con los hechos que la fundamentan o, en otras palabras, deben permitir que se conjure la situación, tal y como lo ha señalado la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, en fallo de segunda instancia proferido el 29 de marzo del 2007.

09 ENE 2017

CÓDIGO	AP-JC-RG-70
VERSIÓN	3
FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
PÁGINA	Página 21 de 23

- Que la gestión contractual del Estado está permeada por principios rectores de carácter constitucional y legal, que propenden por la adecuada destinación de los recursos públicos, con el fin de dar cabal cumplimiento a los fines esenciales que la Constitución le ha dado al Estado, principios entre los cuales resaltan los de transparencia y publicidad.
- Que el principio de transparencia articula y armoniza la aplicación de los demás principios, pues garantiza que los administrados conozcan de primera mano, con veracidad y certeza cómo se están ejecutando las políticas, planes y proyectos en el Estado. Así lo ha expuesto el tratadista Jorge Eliecer Fandiño Gallo, quien considera que *"podemos definirlo como aquel en que la actividad contractual debe efectuarse en forma pública e imparcial, en aras de garantizar la igualdad, la imparcialidad, la moralidad, publicidad y la libre concurrencia en procura de garantizar la selección objetiva del contratista"*.
- Que el principio de publicidad es garantía fehaciente para una correcta lucha contra la corrupción, pues materializa el ideal de conocimiento universal de la gestión adelantada por los ordenadores del gasto en las diferentes entidades, como lo ha expresado el doctrinante Luis Alfonso Rico Puerta al decir que se traduce en la posibilidad de conocer y controvertir toda la actividad contractual, dado el carácter público de las actuaciones.
- Que la Corte Constitucional en sentencia C - 274 de 2013 manifestó que la Transparencia y la Publicidad de la información pública son dos condiciones necesarias para que las entidades del Estado se vean obligadas a explicar públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder y a los recursos públicos; así como constituyen la garantía más importante de la lucha contra la corrupción y del sometimiento de los servidores públicos a los fines y procedimientos que les impone el derecho; formando la base sobre la cual se puede ejercer un verdadero control ciudadano de la gestión pública y la satisfacción de los derechos políticos conexos.
- Que como bien lo señala la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 7 de febrero de 2011, Rad. 2007.00055-00(34425) se infiere que la declaratoria de urgencia puede referirse a uno o a varios contratos que se funden en el mismo motivo.
- Que en consecuencia, las actividades a contratar derivadas de la declaratoria de urgencia manifiesta, que serán ser objeto de contratación son las siguientes: suministro e interventoría del Programa de Alimentación Escolar.

03 ENE 2020



	DECRETO - - 0060	CÓDIGO	AP-JC-RG-70
		VERSIÓN	3
		FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
		PÁGINA	Página 22 de 23

En virtud de lo anteriormente manifestado, el Gobernador del Departamento de Santander,

RESUELVE

Primero: Declarar la situación de urgencia manifiesta en el Departamento de Santander por un término de treinta (30) días calendario escolar, ante la inminente amenaza de suspensión de la prestación del servicio público de programa de alimentación escolar para los Establecimientos Educativos Públicos a cargo del Departamento, con miras a precaver dicha situación.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior y dadas las circunstancias expuestas que demandan actuaciones inmediatas, se dispone: realizar la gestión presupuestal y contractual necesaria para garantizar la prestación continua, eficiente e ininterrumpida del servicio público del Programa de Alimentación Escolar para los Establecimientos Educativos Públicos del Departamento de Santander, en sus componentes de suministro e interventoría, determinando la idoneidad de los contratistas; atendiendo a la normatividad en materia de permisos, licencias, autorizaciones o similares existente, constatando que para la ejecución del contrato se cuente con las medidas de seguridad industrial, manejo ambiental y demás aspectos que puedan afectar su exitosa finalización; verificando que el valor del contrato se encuentre dentro de los precios del mercado y designando un(a) supervisor(a) idóneo(a) para ejercer las labores de seguimiento y control de lo pactado, de forma diligente y oportuna.

Parágrafo: En virtud del Decreto 007 del 18 de enero de 2016, acto administrativo de delegación de la actividad contractual de la entidad a nivel central, corresponderá a la Secretaría de Educación adelantar de manera integral e inmediata los trámites de contratación invocados en el presente acto administrativo.

Tercero: La Secretaría de Educación del Departamento de Santander deberá dejar constancia de las condiciones de los contratos a suscribir con fundamento en el presente acto administrativo, especialmente de aquellas que resulten sustanciales: objeto, plazo, valor, obligaciones, forma de pago, indemnidad y amparo presupuestal y proceder posteriormente a enviar dichos contratos junto con el presente decreto, y en general el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, a la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental Colegiada de Santander y a la Contraloría General de Santander. Lo anterior, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993.

Cuarto: En virtud del principio de transparencia, cumplir con los requerimientos legales y reglamentarios para la contratación de urgencia manifiesta y la contratación directa, dando a conocer las decisiones e informes de la entidad y los documentos contractuales.

09 ENE 2017



	DECRETO - - 0060	CÓDIGO	AP-JC-RG-70
		VERSION	3
		FECHA DE APROBACIÓN	22/05/2017
		PAGINA	Página 23 de 23

Quinto: En virtud del cumplimiento del principio de publicidad, publicar en la página web institucional y en el SECOP la integridad del presente decreto, así como el texto del documento contractual y de los demás actos administrativos y documentos del proceso que se produzcan en ejercicio de la ejecución de lo aquí resuelto y del contrato a suscribir para la prestación del servicio público.

Sexto: En virtud del principio de participación, convocar al Comité de Transparencia por Santander y a las demás veedurías ciudadanas, así como a la ciudadanía en general y en particular a los beneficiarios del Programa de Alimentación Escolar, para ejercer control social de la presente actuación administrativa.

Séptimo: En virtud del principio de participación y coordinación, solicitar acompañamiento preventivo de la Procuraduría General de la Nación, para ejercer control de la presente actuación administrativa.

Octavo: El presente acto administrativo rige a partir de la fecha de su expedición.

Dado en Santander, a los

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

09 ENE 2020

MAURICIO AGUILAR HURTADO
 Gobernador de Santander

Vto. Bo. AURA YOHANA SOTOMONTE DÍAZ
 Jefe Oficina Asesora Jurídica

Vto. Bo. CHRISTIAN REY CAMACHO
 Secretario de Educación

