

Sentencia C-162/20

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE ESTABLECE MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL-Exequibilidad

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EXCEPCION-Pérdida de vigencia no inhibe su control judicial por la Corte Constitucional/DECRETOS LEGISLATIVOS DICTADOS EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA-Control automático de constitucionalidad

(i) se trata de un control excepcional que garantiza la supremacía constitucional durante los estados de excepción, por lo que el escrutinio judicial de cada decreto legislativo debe hacerse de manera separada; (ii) el control automático sobre este tipo de normas impone que una vez se asume su conocimiento, el tribunal conserva la competencia hasta producir un fallo de fondo en virtud del principio de la perpetuatio jurisdictionis; (iii) de no llevar a cabo el estudio de fondo de la norma objeto de control, ello podría servir a una modalidad de elusión del control constitucional y (iv) con independencia de si se ha presentado o no una subrogación normativa respecto del Decreto Legislativo 537 de 2020, la Corte mantiene, como ya fue señalado, la competencia para adelantar el control automático de constitucionalidad del DL 440 de 2020.

CONSTITUCION POLITICA DE 1991-Establece tres clases de estados de excepción

ESTADOS DE EXCEPCION-Carácter reglado, excepcional y limitado/ESTADOS DE EXCEPCION-Control político por el Congreso de la República/ESTADOS DE EXCEPCION-Control jurídico lo impone la Constitución

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Contenido

A la luz del artículo 215 de la Constitución, el Estado de Emergencia podrá ser declarado por el Presidente de la República y todos los Ministros siempre que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 que: (i) perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que (ii) constituyan grave calamidad pública.

CALAMIDAD PUBLICA-Definición

La calamidad pública alude a un evento o episodio traumático, derivado de causas naturales o técnicas, que altera gravemente el orden económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobreviniente.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PUBLICA-Características

El artículo 215 de la Constitución prescribe que la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica sólo puede llevarse a cabo “por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario”. A su vez, la misma disposición prevé que los decretos legislativos en el marco del Estado de Emergencia tendrán fuerza de ley y deberán ser (i) motivados; (ii) firmados por el Presidente y todos los Ministros; (iii) destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Igualmente, (iv) deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia; y (v) podrán -de forma transitoria- establecer nuevos tributos o modificar los existentes, los cuales dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PUBLICA-Competencias del Congreso de la República

En relación con las competencias del Congreso en el marco de los estados de emergencia, el propio artículo 215 de la Constitución establece que (i) examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas; (ii) podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, así como ejercer sus atribuciones constitucionales; y, (iii) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el Gobierno nacional.

ESTADOS DE EXCEPCION-Concepto

Los estados de excepción son respuestas, fundadas en la juridicidad que impone la Carta

Política, a situaciones graves y anormales que no pueden ser enfrentadas por el Estado a partir de sus competencias ordinarias.

DECRETOS EXPEDIDOS DURANTE ESTADOS DE EXCEPCION-Sujetos a requisitos y limitaciones formales y materiales

DECRETOS EXPEDIDOS DURANTE ESTADOS DE EXCEPCION-Criterios y parámetros de control constitucional/PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN ESTADOS DE EXCEPCION-Alcance

(...) La existencia de un régimen jurídico con sujeción al cual deben ejercerse las competencias que surgen de la declaratoria de un estado de excepción concretan el principio de legalidad que, como lo ha indicado este tribunal (i) obliga a que el Gobierno actúe con sujeción a las normas nacionales que rigen los estados de excepción; y (ii) exige que las suspensiones extraordinarias de los derechos y libertades que tengan lugar en razón de la crisis no sean incompatibles con las obligaciones del Estado y, en particular, con aquellas derivadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Cumplimiento de requisitos formales y materiales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio formal

El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) la suscripción por el Presidente de la República y por todos sus ministros; (ii) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) la existencia de motivación. Igualmente en los casos en los cuales la declaratoria del Estado de Emergencia haya comprendido únicamente determinado ámbito territorial, debe examinarse que los decretos de desarrollo no lo excedan.

El examen material comprende el desarrollo de varios escrutinios que, como lo ha indicado la Corte, constituyen expresiones operativas de los principios que guían los estados de excepción.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA

ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de finalidad

A la luz de este juicio, toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión o agravación de sus efectos.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de conexidad material

Con este juicio, se pretende determinar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte Constitucional ha señalado que la conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista: (i) interno, esto es, la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente y, (ii) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de motivación suficiente

(...) ha sido considerado como un juicio que complementa la verificación formal por cuanto busca dilucidar si, además de haberse formulado una fundamentación del decreto de emergencia, el Presidente ha presentado razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas. Dicha motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas, siendo particularmente relevante para aquellas que limitan derechos constitucionales, por cuanto, el artículo 8 de la LEEE establece que “los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales”.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de ausencia de arbitrariedad

(...) tiene por objeto comprobar que en el decreto legislativo no se establezcan medidas que violen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. La Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos

legislativos: (i) no suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales; que (ii) no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, en particular, (iii) que no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de intangibilidad

(...) parte del reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia constitucional acerca del carácter “intocable” de algunos derechos, los cuales, a la luz de los artículos 93 y 214 de la Constitución, no pueden ser restringidos ni siquiera durante los estados de excepción. La Corte ha establecido que en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, se consideran como derechos intangibles el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas; y el derecho al habeas corpus. Son igualmente intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de no contradicción específica

(...) tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contraríen de manera específica a la Constitución o a los tratados internacionales; y (ii) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el grupo de medidas descritas en los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, la consistente en que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en el artículo 215.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de incompatibilidad

(...) según el artículo 12 de la LEEE, exige que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de necesidad

(...) previsto en el artículo 11 de la LEEE, implica que las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte ha señalado que este análisis debe ocuparse (i) de la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el Presidente de la República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis; y (ii) de la necesidad jurídica o subsidiariedad que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de proporcionalidad

(...) que se desprende del artículo 13 de la LEEE, exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción sean respuestas equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Igualmente, la Corte ha precisado que el examen de proporcionalidad exige que las restricciones a derechos y garantías constitucionales se impongan en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad. Advierte la Corte que este examen particular no excluye, naturalmente, la aplicación del examen de proporcionalidad cuando ello se requiera, por ejemplo, para controlar restricciones a derechos constitucionales, por ejemplo, en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

(...) el cual tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE, exige que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción, no pueden entrañar segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes injustificados.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID-19-Exequibilidad del Decreto Legislativo 417 de 2020

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE ESTABLECE MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL-Contenido y alcance

CONTRATACION ESTATAL-Finalidades

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE EMERGENCIA SOCIAL-Medidas encaminadas a conjurar causas de perturbación e impedir extensión de efectos

Referencia: Expediente RE-236

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 440 de 2020, “[p]or el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de 2020

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial de la prevista en el artículo 241, numeral 7, de la Constitución Política, y cumplidos todos los requisitos, así como el trámite, establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. A través del Decreto 417 de 2020, el Gobierno nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de 30 días calendario, contados a partir de la fecha de entrada en vigencia del Decreto, esto es, a partir del 17 de marzo de 2020.

2. En desarrollo de dicha declaratoria de estado de excepción, fue expedido el Decreto Legislativo 440 del 20 de marzo de 2020 “[p]or el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”. Esta norma fue remitida a la Corte para su control automático de constitucionalidad, a través de oficio con fecha 25 de marzo de 2020, suscrito por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

3. Mediante el auto del 31 de marzo de 2020, el Magistrado sustanciador resolvió asumir el conocimiento del presente asunto, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia, también se ordenó (i) comunicar el proceso al Presidente de la República, así como a los distintos ministerios que integran el Gobierno nacional; (ii) oficiar a la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República; e (iii) invitar al Departamento Nacional de Planeación; a la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente; al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores; a la Contraloría General de la República; a la Corporación Transparencia por Colombia; a la Federación Colombiana de Municipios; a la Asociación Colombiana de Ciudades Capitales —Asocapitales; a la Academia Colombiana de Jurisprudencia; a las Facultades de Derecho de la Universidad de Los Andes, Externado de Colombia, Libre, de Antioquia, Nacional, a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, a la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacional de la Universidad del Norte y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas. Esto con el fin que participaran en el presente proceso si así lo estimasen.

4. Una vez cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto del Procurador General de la Nación, la Corte Constitucional procede a decidir sobre la exequibilidad de la norma objeto de control.

A. A. TEXTO DEL DECRETO LEGISLATIVO OBJETO DE REVISIÓN

5. A continuación, se transcribe el texto del Decreto Legislativo 440 de 2020 (en adelante, DL 440), conforme a su publicación en el Diario Oficial No 51.262 del 20 de marzo de 2020:

“DECRETO 440 DE 2020

(marzo 20 de 2020)

D.O. 51.262, marzo 20 de 2020

“Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política, en la Ley 137 de 1994 y el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, y

CONSIDERANDO

Que, en los términos del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el estado de emergencia económica, social y ecológica por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Que, según la misma norma constitucional, una vez declarado el estado de emergencia económica, social y ecológica, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Que la Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo de 2020 que el brote del

nuevo coronavirus COVID-19 es una pandemia, esencialmente por la velocidad en su propagación, por lo que instó a los Estados a tomar acciones urgentes y decididas para la identificación, confirmación, aislamiento, monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas, todo lo cual debe redundar en la mitigación del contagio.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, «Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus», en la cual se establecieron disposiciones destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado al nuevo coronavirus COVID-19.

Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo coronavirus COVID-19.

Que la declaración del estado de emergencia económica, social y ecológica autoriza al Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, para dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Que en la justificación para la declaratoria de emergencia se señaló, entre otros aspectos: “En ese orden de ideas, se hace necesario por la urgencia y gravedad de la crisis y por la insuficiencia de los mecanismos jurídicos ofrecidos, entre otros, en la Ley 100 de 1993 Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, la Ley 1122 de 2007 – Sistema General de Seguridad Social en Salud, Ley 1438 de 2011, Ley 80 de 1993, el Decreto 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 111 de 1996- Estatuto Orgánico del Presupuesto, recurrir a las facultades del estado de emergencia económica, social y ecológica con el fin de dictar decretos con fuerza de ley que permitan conjurar la grave crisis generada por el nuevo Coronavirus Covid-19 debido a la propagación y mortalidad generado por el mismo, el pánico por la propagación y las medidas de contención decretadas por cada Estado para evitar una mayor propagación”.

[...]

“Que la adopción de medidas de rango legislativo, autorizadas por el Estado de Emergencia, buscan fortalecer las acciones dirigidas a conjurar los efectos de la crisis, así como a mejorar la situación de los contagiados y evitar una mayor propagación del COVID-19.

[...]

“Que una de las principales medidas, recomendadas por la Organización Mundial de la Salud, es el distanciamiento social y aislamiento, para lo cual, las tecnologías de la información y las comunicaciones y los servicios de comunicaciones, en general, se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección de la vida y la salud de los Colombianos”.

Que el artículo 3 del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 resolvió adoptar “mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo”.

Que de conformidad con lo anterior, se hace necesario tomar algunas medidas en materia de contratación estatal, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia, mediante el distanciamiento social, acudiendo a la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales, fortaleciendo el uso de las herramientas electrónicas, de manera que se evite el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, pero sin afectar la publicidad y la transparencia; propósito que también se debe cumplir en la realización de las actuaciones contractuales sancionatorias, que deben incorporar medios electrónicos para evitar el contacto físico, pero que garanticen el debido proceso y el derecho de defensa; no obstante, en caso de ser necesario, y con el fin de facilitar que la Administración dirija los procedimientos de contratación, se debe autorizar la suspensión de los procedimientos, inclusive su revocatoria, cuando no haya mecanismos que permiten (sic) continuarlos de manera normal; adicionalmente, es necesario permitir que las autoridades administrativas, y en especial la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pueda adelantar procedimientos (sic) de contratación ágiles y expeditos, ante la urgencia en adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión (sic) del virus y atender la mitigación de la pandemia; inclusive se debe autorizar, entre otras medidas pertinentes, la adición ilimitada de los contratos vigentes que contribuyan a atender la epidemia.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA

Artículo 1. Audiencias públicas. Para evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento individual, durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección podrán realizarse a través de medios electrónicos, garantizando el acceso a los proponentes, entes de control, y a cualquier ciudadano interesado en participar.

La entidad estatal deberá indicar y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que serán utilizados, así como los mecanismos que empleará para el registro de toda la información generada, conforme al cronograma establecido en el procedimiento.

En todo caso, debe garantizarse el procedimiento de intervención de los interesados, y se levantará un acta lo acontecido en la audiencia.

Para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, mediante el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa, el evento se podrá adelantar por medios electrónicos. En virtud de lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente pondrá a disposición de las Entidades Estatales una aplicación para adelantar las subastas electrónicas en el Sistema Electrónico de Contratación Pública — SECOP II. En ausencia de la aplicación, las entidades estatales podrán adquirir de manera directa la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para dichos efectos.

Parágrafo 1. En los procesos de selección que se encuentren en trámite, no es necesario modificar el pliego de condiciones para este fin. Sin embargo, mínimo dos días hábiles antes de la realización, la entidad deberá informar la metodología y condiciones para el desarrollo de las audiencias.

Artículo 2. Procedimientos sancionatorios. Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía.

La Entidad Estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la información generada.

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 de este Decreto.

Artículo 3. Suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de los actos de apertura. Las Entidades Estatales, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, podrán suspender los procedimientos de selección. Contra este acto administrativo no proceden recursos.

Por las mismas razones, y en caso de requerirse recursos para atender las situaciones relacionadas con la emergencia, las entidades podrán revocar, de manera motivada, los actos administrativos de apertura, siempre y cuando no se haya superado la fecha para la presentación de ofertas. Contra este acto administrativo no proceden recursos.

Artículo 4. Utilización de los Instrumentos de agregación de demanda. Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las entidades territoriales preferirán, para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, la compra por catálogo derivado de los Acuerdos Marco de Precios vigentes y dispuestos en la Tienda Virtual del Estado Colombiano de la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente.

Artículo 5. Mecanismos de agregación de demanda de excepción. La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, diseñará y organizará el proceso de contratación para los acuerdos marco de precios por contratación directa, durante el término de duración del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el Gobierno nacional, con el fin de facilitar el abastecimiento de bienes y servicios relacionados directamente con la misma.

Igualmente, en los acuerdos marco de precios vigentes, directamente relacionados con la pandemia, podrá configurar catálogos de emergencia, conformados por proveedores preexistentes en esos Instrumentos de Agregación de Demanda, así como por nuevos proveedores, previa verificación de los requisitos habilitantes y de calificación del proceso de

selección. Estos catálogos de emergencia estarán vigentes hasta el día en que culmine el estado de emergencia económica, social y ecológica.

En las órdenes de compra que se suscriban en estos instrumentos de agregación de demanda se entenderá incorporadas las cláusulas excepcionales.

Artículo 6. Adquisición en grandes superficies. Cuando se trate de la adquisición de bienes relacionados con la emergencia, las entidades podrán adquirirlos mediante el Instrumento de agregación de demanda de grandes superficies, en cuyo caso el valor de la transacción podrá ser hasta por el monto máximo de la menor cuantía de la respectiva Entidad Estatal.

Artículo 7. Contratación de urgencia. Con ocasión de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica, y en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud. Las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se regirán por la normatividad vigente.

Con el mismo propósito, las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 podrán contratar de manera directa esta clase de bienes y servicios.

Artículo 8. Adición y modificación de contratos estatales. Todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la Entidad Estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante el término de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica y durante el término que dicho estado esté vigente.

Una vez termine el estado de emergencia económica, social y ecológica, no podrán realizarse nuevas adiciones en relación con estos contratos, salvo aquellos que no hayan superado el tope establecido en el inciso final del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Artículo 9. Procedimiento para el pago de contratistas del Estado. Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las entidades estatales deberán implementar para la recepción, trámite y pago de facturas y cuentas de cobro de sus contratistas, mecanismos electrónicos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 616.1 del Estatuto Tributario.

Artículo 10. Contratos del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores. Durante el término que dure el estado de emergencia económica, social y ecológica, autorícese al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, para celebrar convenios interadministrativos internos y contratos que tengan como propósito adquirir de las entidades públicas extranjeras, empresas privadas extranjeras o de otras organizaciones o personas extranjeras, bienes y servicios necesarios para mitigar la pandemia y sus efectos, sin aplicar la Ley 80 de 1993.

Para materializar este artículo, el funcionario competente deberá justificar previamente la conexidad entre los bienes adquiridos y la mitigación de la pandemia.

Artículo 11. Vigencia. Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación y produce efectos durante el estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D. C., a 20 de marzo de 2020

IVÁN DUQUE MÁRQUEZ

LA MINISTRA DEL INTERIOR

ALICIA VICTORIA ARANGO OLMOS

CLAUDIA BLUM DE BARBERY

EL MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA

LA MINISTRA DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

MARGARITA LEONOR CABELLO

EL MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL

CARLOS HOLMES TRUJILLO

EL MINISTRO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

RODOLFO ENRIQUE ZEA

EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

FERNANDO RUIZ GOMEZ

EL MINISTRO DEL TRABAJO

ANGEL CUSTODIO CABRERA

LA MINISTRA DE MINAS Y ENERGÍA

MARIA FERNANDA SUAREZ LONDOÑO

EL MINISTRO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

JOSE MANUEL RESTREPO

LA MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL

MARIA VICTORIA ANGULO

EL MINISTRO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO

JONATHAN MALAGON GONZALEZ

EL MINISTRO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE

RICARDO LOZANO PICON

LA MINISTRA DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES

SYLVIA CONSTAIN RENGIFO

LA MINISTRA DE TRANSPORTE

ANGELA MARIA OROZCO

LA MINISTRA DE CULTURA

CARMEN INES VASQUEZ

EL MINISTRO DEL DEPORTE

ERNESTO LUCENA BARRERO

LA MINISTRA DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN

MABEL GISELA TORRES”.

B. INFORME PRESENTADO POR LA SECRETARÍA JURÍDICA DE PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, SOLICITADO MEDIANTE EL AUTO DEL 31 DE MARZO DE 2020

6. La Secretaría jurídica de la Presidencia de la República se pronunció en los siguientes términos: en primer lugar, manifiesta que las medidas adoptadas por el DL 440 cumplen con los criterios de necesidad y proporcionalidad y contribuyen a mitigar los efectos negativos de la pandemia derivada del Covid-19 (en adelante, la pandemia) y a impedir la extensión de sus efectos. Particularmente resalta que los arts. 1, 2, 4, 5, 6 y 9 habilitan el uso de herramientas tecnológicas para el desarrollo de actividades relacionadas con la contratación estatal con el fin de promover el distanciamiento social, mecanismo idóneo para la contención de la enfermedad, sin que su uso interfiera en el goce de los derechos de los concernidos. Explica que era necesario dotar eficazmente a las entidades estatales de instrumentos para ello y así evitar que las personas acudieran físicamente a las entidades, con el propósito de agotar diligencias contractuales.

7. Señala que los arts. 2 y 3 autorizan la suspensión de términos en procedimientos sancionatorios de carácter contractual y en los de selección de contratistas, así como la revocatoria de actos administrativos de apertura, cuando no haya mecanismos que permitan continuarlos de manera normal. Esto, para facilitar la dirección de los procedimientos de contratación por parte de cada entidad durante la crisis. Indica que los mecanismos ordinarios no permiten suspender o revocar, de manera flexible, dichos procedimientos, y que si lo hicieran sin habilitación se podrían generar nulidades. Indica que estas medidas son necesarias porque buscan que las entidades dirijan sus esfuerzos y recursos (de todo tipo) a la atención de la crisis.

8. Y son proporcionadas, dado el deber de justificación de las actuaciones por parte de las entidades contratantes. Explica que la revocatoria y la suspensión no son medidas imperativas, y que deben estar motivadas en la necesidad de evitar la extensión de efectos negativos de la pandemia en la contratación estatal.

9. Finalmente, afirma que los arts. 4, 5, 6, 7, 8 y 10 otorgan a las entidades facultades para adelantar procesos de contratación ágiles, expeditos y suficientes en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar la pandemia. Esto, considerando el tiempo promedio —aproximadamente dos meses— que tarda un procedimiento de licitación pública. Por ello, resalta que estas herramientas son necesarias únicamente con el fin de atender adecuadamente la emergencia y, son proporcionales, a partir de la urgencia de una reacción oportuna por parte de las entidades y su deber constitucional de proteger la vida y la salud de todos los habitantes del territorio nacional. Advierte que las potestades de este tercer tipo son transitorias —operan durante la emergencia y su utilización se restringe únicamente al suministro de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras en el inmediato futuro con los ya mencionados objetivos.

10. En segundo lugar, explica que la preferencia de las entidades territoriales por la compra por catálogo derivado de los Acuerdos Marco de Precios (en adelante, AMP) vigentes y dispuestos en la Tienda Virtual del Estado Colombiano (en adelante, TVEC), en el marco de la emergencia declarada en razón de la pandemia, permite que las entidades definan autónomamente la destinación de sus recursos y que es reiteración de lo previsto en el parágrafo 5, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, según el cual las entidades territoriales deben acudir, en primer lugar, al AMP del Gobierno nacional y, en ausencia del mismo, podrán

diseñar el suyo.

11. En tercer lugar, destaca que la previsión de la adición ilimitada de los contratos estatales, prevista en el art. 8, permite la adquisición ágil de bienes, obras o servicios durante el término del estado de emergencia para facilitar la atención de la crisis. Indica que se requiere habilitar a las entidades para adelantar adquisiciones que permitan una mejor gestión, lo que supone utilización de instrumentos contractuales existentes que garanticen mayor eficiencia. Anota que esta autorización no puede ejercerse de manera arbitraria y sin atención a los principios correspondientes; en cada caso las entidades definirán si, razonablemente, acuden al mecanismo.

C. INTERVENCIONES

12. Durante el trámite del presente asunto se recibieron siete escritos de intervención; en cinco de ellos se solicita a la Corte la exequibilidad simple, en uno la exequibilidad condicionada respecto de algunas disposiciones, y en otro la inexequibilidad respecto de una medida contenida en el Decreto sub examine.

13. Solicitudes de exequibilidad. Estas intervenciones concluyen que el DL 440 cumple con los requisitos formales y materiales requeridos. En particular, destacan los siguientes aspectos:

(i) Existe una relación específica y directa entre las consideraciones fácticas y jurídicas que motivaron la expedición del DL 440 con las medidas efectivamente adoptadas en el mismo. También, las medidas de dicho Decreto guardan una estrecha relación con la declaratoria del estado de emergencia, al estar dirigidas a permitir el aislamiento y a la previsión de herramientas ágiles, expeditas y suficientes que permitan atender la emergencia de manera eficiente (criterio de conexidad).

(ii) Las medidas están dirigidas a que la actividad contractual del Estado se desarrolle de manera ágil y eficiente y a propiciar el distanciamiento social. Se busca dotar a las entidades de herramientas y mecanismos suficientes para adquirir bienes, obras y servicios esenciales para atender oportunamente la crisis (criterio de finalidad).

(iii) Las disposiciones del DL 440 son necesarias para contrarrestar la emergencia porque

ante la eventual contracción económica y la urgencia de adquirir bienes, obras y servicios para atender las necesidades de la población, se precisa de mecanismos urgentes, ágiles y expeditos. Asimismo, se requiere dotar a las entidades públicas de herramientas que les permitan realizar ciertas actuaciones por medios electrónicos e impedir eficazmente que las personas acudan físicamente a sus instalaciones. Destacan las intervenciones que las atribuciones ordinarias del ejecutivo no permiten alcanzar, en el término de urgencia que se requiere, los fines que proponen las medidas excepcionales para mitigar los efectos de la pandemia, y que el ordenamiento jurídico ordinario no prevé mecanismos legales suficientes y adecuados que, con la celeridad requerida, permitan atender los objetivos del DL 440.

(iv) Las medidas del DL 440 que tienden a promover el distanciamiento social mediante las TICs, permiten preservar la salud y vida de las personas, al evitar aglomeraciones y constantes visitas a las instalaciones de las entidades. Estas medidas son proporcionales a la gravedad de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción.

14. La suspensión de los procedimientos de contratación y sancionatorios, así como la revocatoria del acto administrativo de apertura, deben justificarse, de manera que no se trata de decisiones caprichosas o arbitrarias, dado su condicionamiento circunstancial. En lo atinente a las medidas que promueven el uso de plataformas tecnológicas para el aprovisionamiento de bienes, señalan que son proporcionales, dada la urgencia de una reacción oportuna de las entidades estatales para la atención de la emergencia y el cumplimiento de sus deberes constitucionales. Aclaran que se trata de potestades transitorias y que su utilización se restringe únicamente a la adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia, lo que debe establecerse y acreditarse en cada caso.

15. En lo que se refiere a la medida prevista en el art. 4, la misma no interfiere desproporcionadamente en la autonomía de las entidades territoriales, porque además de contar con un mandato de preferencia que equivale a una 'obligación de justificación' a cargo de la entidad, esta cumple una finalidad legítima al permitir que las entidades territoriales compren bienes y servicios en las mejores condiciones posibles de calidad y precio. Respecto del art. 8, destacan que el mismo se justifica por la magnitud de la crisis y es necesario para que las entidades puedan adelantar adquisiciones de manera ágil y eficiente con ocasión de la emergencia; resaltan que el mismo art. 8 limita la discrecionalidad de las entidades. Por lo

demás, advierten que las medidas contenidas en el DL 440 están debidamente motivadas. En relación con la motivación de algunos artículos (por ejemplo, los arts. 8 y 10) recuerdan que los decretos que no limitan garantías de orden constitucional pueden contener un motivo transversal que fundamente esas medidas, en este caso, la necesidad de que las entidades puedan adelantar procedimientos ágiles y expeditos.

16. Respecto de los criterios de no discriminación, ausencia de arbitrariedad, ausencia de intangibilidad y no contradicción específica, los intervinientes coinciden en que las medidas del DL 440 no entrañan discriminación alguna ni impone tratos diferenciados injustificados, tampoco contiene medidas que puedan afectar un derecho fundamental pues, de hecho, señalan que su aplicación permite la protección de derechos como la vida y el mínimo vital y, mucho menos, alguna contradicción específica con prohibiciones constitucionales y de derechos humanos, aplicables en estados de excepción.

17. Solicitud de exequibilidad condicionada de los arts. 4 y 10. Respecto del art. 4, se solicita a la Corte su condicionamiento en el sentido que su aplicación se restrinja a la adquisición de bienes, obras o servicios requeridos para contener la expansión del Covid-19 y para atender la mitigación de la pandemia pues, si bien el art. 4 limita temporalmente la utilización de los instrumentos durante el estado de emergencia, no indica la limitación material de dicha preferencia. En punto al art. 10 se pide que la autorización conferida al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores (en adelante, el Fondo Rotatorio), sea exequible en el entendido que la misma se sujete a los principios que rigen la función administrativa y a las normas que regulan la responsabilidad de los servidores públicos.

18. Solicitud de inexequibilidad del art. 8. En relación con el art. 8 del DL 440, aunque la intervención pareciera solicitar la exequibilidad condicionada de la medida, al pedir condicionar la expresión “todo” a que esta solo haga referencia a los contratos celebrados en vigencia de la declaratoria de emergencia, lo cierto es que también pide a la Corte declarar inexequible la expresión “podrán adicionarse sin limitación al valor” para que la lectura del art. 8 sea congruente con el contenido del párrafo del art. 40 de la Ley 80 de 1993; así como la inexequibilidad de los incisos 2 y 3 del art. 8 pues “no tiene razón de ser que los contratos celebrados durante la vigencia del estado de excepción y que no hayan alcanzado el tope del 50% puedan posteriormente ser adicionados y/o modificados una vez cese el motivo que los originó, en razón a que los mismos se celebraron en virtud de la urgencia

manifiesta que se configura producto del estado de excepción”.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

19. Mediante concepto radicado el día 12 de mayo de 2020, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del Decreto Legislativo 440 de 2020, salvo los arts. 4 y 10, respecto de los cuales consideró necesario su condicionamiento.

20. Para el Ministerio Público, el DL 440 cumple con todos los requisitos formales y materiales. Destacó que el análisis de las medidas adoptadas parte de que el Decreto no suspende la aplicación de normas contenidas en el ordenamiento jurídico y en especial de aquellas que regulan los principios de la función administrativa, las responsabilidades de los servidores, ni de las que confieren competencia a los órganos de control. En síntesis, concluyó que (i) las medidas del DL 440 cumplen con el requisito de conexidad al tener relación directa con los hechos que dieron lugar a declaratoria de emergencia; así mismo, aquellas se fundan en motivos expuestos en dicho Decreto; (ii) cumplen con el requisito de finalidad porque están relacionadas con la superación de la crisis que dio lugar a la emergencia e impiden la posible extensión de sus efectos; (iii) el requisito de motivación suficiente resulta menos exigente cuando las previsiones no limitan derechos fundamentales, advirtiendo que el Gobierno nacional motivó debidamente el DL 440; (iv) se supera el requisito de necesidad dada la ausencia de medios jurídicos ordinarios; de hecho, al justificarse la declaratoria de emergencia, se señaló “la urgencia y gravedad de la crisis y la insuficiencia de los mecanismos jurídicos entre otros la Ley 80 de 1993”; y la adopción de las medidas adicionales requeridas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

21. Frente a la autorización de realizar las audiencias a través de medios electrónicos aclaró que su nivel de generalidad determinó su característica excepcional pues dicha autorización no se restringe a un determinado procedimiento de contratación, etapa o estado de avance; previsión que no se encuentra en la legislación ordinaria. Por su parte, el art. 86 de la Ley 1474 de 2011 no advierte la posibilidad de llevar a cabo audiencias mediante herramientas electrónicas, ni prevé regla alguna que faculte la suspensión del procedimiento en la manera que señala el Decreto.

22. Asimismo, indicó que no existe regla alguna sobre la suspensión de un procedimiento de contratación por motivo de la emergencia ni de revocatoria del acto administrativo de apertura por la razón indicada en el DL 440. Respecto de la preferencia de las entidades territoriales por la compra a través de catálogo derivado de AMP vigentes y dispuestos en la TVEC, indicó que la regulación ordinaria dispone que dichas entidades están facultadas, mas no obligadas a ello. Señaló que el régimen ordinario no es suficiente, pues dicha potestad no se conjuga con la necesidad de garantizar procedimientos de contratación que respondan a la urgencia de contención y mitigación de la pandemia. En particular, resaltó que la expresión “preferir” no anula el ámbito decisorio de las entidades territoriales. Por último, advirtió que el art. 4, si bien limita temporalmente la utilización de los instrumentos durante el estado de emergencia, no indica la limitación material de dicha preferencia, por lo que sugirió su condicionamiento.

23. En relación con los arts. 5 a 7 correspondientes a lo que denominó “régimen excepcional de la contratación para atención de la pandemia”, indicó que se trata de medidas que se dirigen a atender necesidades derivadas de la emergencia. Respecto del art. 8, el Ministerio Público expresó que se justifica por la magnitud de la crisis y en la insuficiencia de los instrumentos ordinarios (límite del 50%) para garantizar respuestas oportunas e idóneas. Por su parte, del deber previsto en el art. 9 se justifica en el distanciamiento social para la protección de la vida y la salud, pero en armonía con la disposición oportuna de recursos que permitirá solventar necesidades económicas apremiantes. Finalmente, respecto del art. 10, solicitó declarar su exequibilidad condicionada, en el entendido que la autorización allí conferida al Fondo Rotatorio se sujetará a los principios de la función administrativa y a las normas que regulan la responsabilidad de los servidores.

24. Finalmente, el Ministerio Público conceptuó que el DL 440 supera el juicio de ausencia de arbitrariedad, pues sus medidas no tienen incidencia en el núcleo esencial de los derechos; por el contrario, ellas guardan armonía con los derechos a la vida, salud, debido proceso, defensa, publicidad, transparencia, entre otros. Y sobre los juicios de no discriminación, no contradicción específica e intangibilidad, estimó que se encuentran satisfechos.

25. En síntesis, a continuación se resumen las intervenciones y solicitudes formuladas en relación con la norma objeto de control constitucional:

Interviniente

Fundamento de la intervención

Solicitud

Procurador General de la Nación

En términos generales las disposiciones están sujetas a la justificación de las medidas y a una temporalidad específica (rigen durante el estado de emergencia), lo que es coherente con la vigencia prevista en el art. 11. El DL 440 no suspende la aplicación de normas contenidas en el ordenamiento jurídico y en especial aquellas que regulan los principios de la función administrativa, las responsabilidades los servidores y las de competencia de los órganos de control.

La motivación es menos exigente cuando las previsiones no limitan derechos fundamentales.

Los mecanismos jurídicos ordinarios son insuficientes de acuerdo con las circunstancias.

Se trata de medidas de contratación estatal que caben, en general, dentro de la competencia del legislador ordinario, como también de ser necesario en la del legislador de excepción. No desconocen la autonomía de las entidades territoriales y tampoco implican restricciones para derogarlas o modificarlas. Los arts. 4 y 10 deben condicionarse.

Exequibilidad

Exequibilidad condicionada, arts. 4 y 10

Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia— Compra Eficiente y Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de Presidencia de la República (intervención conjunta)

El DL 440 cumple con los requisitos formales y materiales.

La motivación del DL 440 se fundamenta en dos líneas: primero, prevenir la propagación de la pandemia mediante el uso de las TICs y segundo, en la necesidad de que la administración dirija la contratación y adelante procedimientos ágiles y expeditos para adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y mitigar sus efectos negativos.

En el ordenamiento ordinario no existen previsiones legales suficientes y adecuadas que con la celeridad requerida permitan atender los objetivos del DL 440. Si el Estado cuenta con herramientas suficientes para proveerse de bienes y servicios para atender la pandemia, más posibilidades tendrá para atender adecuadamente las necesidades de las personas.

La medida de preferencia por el uso de la TVEC persigue una finalidad legítima y traduce en una obligación de justificación.

Las medidas que promueven el uso de mecanismos ágiles y expeditos para el aprovisionamiento de bienes, obras o servicios, se restringen al suministro de los mismos con el objetivo de prevenir, contener o mitigar los efectos de la Pandemia, lo que se debe acreditar en cada caso.

Exequibilidad

Universidad Externado de Colombia

Las medidas adoptadas se encuentran ajustadas a la Constitución.

El DL 440 se encamina al desarrollo de medidas tendientes a evitar la propagación de la pandemia así, “sus radios de actuación”, tienden a garantizar la continuidad de los procedimientos establecidos para la contratación; refuerza medidas ordinarias pues los mecanismos existentes, resultan insuficientes.

Las medidas no contienen disposiciones que limiten derechos fundamentales, por lo que algunas de sus disposiciones tienen una motivación transversal (adelantar procesos de contratación ágiles y expeditos con ocasión de la Pandemia).

Las medidas previstas reafirman derechos.

La medida de adición y modificación se justifica en la gravedad de los hechos que la medida pretende conjurar; no puede devenir en abusiva, arbitraria o injustamente aprovechada por las partes.

Exequibilidad

Academia Colombiana de Jurisprudencia

El DL 440 en su motivación y en las medidas que adopta presenta correspondencia fáctico-jurídica interdependiente y coincidente con los mismos supuestos de la declaratoria del estado de emergencia, lo que sustenta en forma más que suficiente las condiciones requeridas por el art. 215 CP. Tampoco se encuentra vulneración a ninguna otra disposición constitucional.

Las medidas del Decreto son vías y mecanismos operativa y técnicamente orientados a tornar menos complejas las actuaciones contractuales del Estado en busca de los propósitos perseguidos, sin que se observe extralimitaciones, siempre que se apliquen bajo las condiciones y para los efectos establecidos.

Resalta la expedición del Decreto 537 de 2020 frente al DL 440 y advierte que “es posible que aquel se considere derogado tácitamente, razón por la cual sería necesario que la Corte se pronunciara con respecto a dicha vigencia”.

Exequibilidad

Asociación Colombiana de Ciudades Capitales —Asocapitales

Las medidas del DL 440 son necesarias para que las entidades tengan herramientas que les permita adaptarse a las circunstancias y abastecerse de bienes y servicios para afrontar la crisis. Asimismo, no vulneran ninguna disposición constitucional.

El DL 440 cumple con la recomendación de aislamiento de la Organización Mundial de la Salud. La utilización de medios electrónicos permite garantizar la imparcialidad y transparencia en los procesos (sentencia C-711 de 2012).

La obligación a implementar el proceso de pago de facturas y cuentas de cobro a través de mecanismos electrónicos permite que los contratistas del Estado y sus familias se benefician de los pagos y con ello sus necesidades básicas (alimentación, vivienda, salud, etc.).

El art. 3 respeta los derechos de quienes participan en un proceso de contratación y va dirigido a asegurar que los recursos públicos se utilicen para afrontar la crisis.

Exequibilidad

Mónica Patricia Barrón Rodríguez

El legislador de excepción interpretó de manera diferente el párrafo del art. 40 de la Ley 80 de 1993 y por tal razón, incurrió en extralimitación de funciones al permitir adicionar y modificar, sin limitación, todos los contratos que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la emergencia.

La medida desconoce que los recursos del Estado son finitos y que deben tener un manejo adecuado y en armonía con los principios del art. 209 CP. Asimismo, viola los arts. 40 y 24, numeral 5, literal c) de la Ley 80 de 1993 —principio de transparencia.

Las relaciones contractuales que suscribieron y suscriban las entidades en virtud de la pandemia, culminan una vez superada la emergencia.

Inexequibilidad, art. 8

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado —ANDJE

El DL 440 cumple los requisitos formales y materiales de constitucionalidad.

Las medidas previstas en el DL 440 pretenden facilitar las herramientas necesarias en materia de contratación para hacer frente a una situación que, con los medios normales previstos, en particular, en el Estatuto General de Contratación, no permiten dar un adecuado manejo y con los resultados esperados, que demanda del Estado una atención inmediata.

Se requiere de las medidas que facilitan y agilizan la adquisición de bienes y servicios necesarios para conjurar la crisis, teniendo en cuenta el rápido avance que ha tenido la pandemia, por el índice de contagio y por la facilidad con la que se trasmite la enfermedad. De no contemplar esas medidas, el país se vería abocado a un mayor perjuicio por los tiempos que toma, en situaciones normales, la adquisición de bienes y servicios. Estos tiempos ordinarios no resultan adecuados ni compatibles con la amenaza del virus y la velocidad de su propagación.

Las medidas son urgentes y necesarias teniendo en cuenta la gravedad de la crisis y la insuficiencia de mecanismos jurídicos para afrontar una crisis como la actual. La situación que se presenta por la pandemia es un hecho notorio que ha perjudicado a muchos países alrededor del mundo y Colombia no es la excepción.

Exequibilidad

A. A. COMPETENCIA

26. La Corte Constitucional es competente para conocer del presente asunto, conforme al control automático de constitucionalidad encomendado a esta corporación por el párrafo del artículo 215 y el artículo 241 numeral 7 de la Constitución, el artículo 55 de la Ley 137 de 1994 (Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, en adelante “LEEE”), y los artículos 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991. Esto, debido a que la norma analizada es un decreto legislativo adoptado al amparo de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica.

ACLARACIÓN PREVIA

27. La Sala estima necesario advertir que con posterioridad al DL 440 de marzo 20 de 2020, el 12 de abril de 2020, el Gobierno nacional expidió el Decreto Legislativo 537 “[p]or el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” cuya vigencia, rige “a partir del 16 de abril de 2020 y estará vigente mientras se mantenga la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19”. Es necesario resaltar que, el DL 440 previó que “Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación y produce efectos durante el estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”.

28. El contenido del Decreto Legislativo 537 de abril 12 de 2020, que actualmente surte el trámite de control automático e integral, reproduce los contenidos normativos del DL 440 pero, en lugar de sujetarlos al estado de emergencia económica, social y ecológica, los condiciona a la vigencia de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Covid-19.

29. Al respecto, la Corte considera necesario aclarar que si bien el examen de

constitucionalidad, en principio, sólo puede recaer sobre disposiciones que se encuentren en vigencia o, si no lo están, que al menos continúen surtiendo efectos jurídicos, este criterio no inhibe la competencia de la Corte Constitucional para realizar el control automático e integral que le es propio en estos casos, por las siguientes razones: (i) se trata de un control excepcional que garantiza la supremacía constitucional durante los estados de excepción, por lo que el escrutinio judicial de cada decreto legislativo debe hacerse de manera separada; (ii) el control automático sobre este tipo de normas impone que una vez se asume su conocimiento, el tribunal conserva la competencia hasta producir un fallo de fondo en virtud del principio de la perpetuatio jurisdictionis; (iii) de no llevar a cabo el estudio de fondo de la norma objeto de control, ello podría servir a una modalidad de elusión del control constitucional y (iv) con independencia de si se ha presentado o no una subrogación normativa respecto del Decreto Legislativo 537 de 2020, la Corte mantiene, como ya fue señalado, la competencia para adelantar el control automático de constitucionalidad del DL 440 de 2020.

30. Por lo expuesto, y dado que el objeto de control versa sobre un decreto legislativo, la Sala mantiene su competencia para decidir de fondo sobre el DL 440 de 2020, aun cuando el mismo no se encuentre vigente y, esté o no produciendo efectos jurídicos.

B. MATERIA OBJETO DE CONTROL, PROBLEMA JURÍDICO Y METODOLOGÍA DE ANÁLISIS

31. 31. Mediante el Decreto 417 de 2020, el Presidente de la República declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional. Dicho Decreto Legislativo fue declarado exequible por esta Corte mediante la sentencia C-145 del 20 de mayo 2020.

32. En desarrollo de tal declaratoria, el Presidente de la República y todos los ministros expedieron el DL 440 “[p]or el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”. Este Decreto Legislativo es el objeto de control de constitucionalidad en la presente sentencia. La Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de Presidencia de la República, la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, la Universidad Externado de Colombia, la Academia Colombia de Jurisprudencia, la Asociación Colombiana de Ciudades

Capitales -Asocapitales- y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, intervinieron en el presente asunto y solicitaron a esta corporación que declare exequible el Decreto sub examine, por cuanto, formal y materialmente, se ajusta a las exigencias establecidas en el ordenamiento constitucional colombiano para este tipo de actos. Asimismo, la Procuraduría General de la Nación y la ciudadana Mónica Patricia Barrón Rodríguez solicitaron que se declare, respectivamente la exequibilidad condicionada y la inexequibilidad de algunos artículos del DL 440.

33. De conformidad con lo anterior, el problema jurídico en el presente asunto es el siguiente: ¿El Decreto Legislativo 440 del 20 de marzo 2020 cumple con los requisitos, formales y materiales, señalados por la Constitución, la LEEE y la jurisprudencia constitucional?

34. Para abordar y responder este problema jurídico, la Sala seguirá la siguiente metodología. Primero, se presentará una caracterización general de los estados de excepción y, en particular, del estado de emergencia económica, social y ecológica. Segundo, se reiterará el precedente sobre el fundamento y alcance del control judicial de los decretos expedidos al amparo del Estado de Emergencia Económica, Social o Ambiental. Tercero, se hará una exposición del contenido y alcance del DL 440, objeto de análisis. Y, finalmente, se analizará si dicho Decreto y las medidas allí dispuestas cumplen, uno a uno, con los requisitos, formales y materiales, establecidos en la normativa referida anteriormente.

C. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y, EN PARTICULAR, DEL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA

35. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en numerosas oportunidades de precisar la naturaleza y alcance del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica regulado en el artículo 215 de la Constitución Política. Igualmente se ha esforzado por precisar las fuentes, criterios y estándares que debe tomar en consideración este tribunal a efectos de juzgar la constitucionalidad de los decretos de desarrollo que dicta el Presidente de la República. A continuación, la Corte reitera los aspectos básicos del precedente sobre la materia con el propósito de aplicarlos en el análisis constitucional del DL 440 sometido a su consideración en esta oportunidad.

37. La regulación constitucional y estatutaria de los estados de excepción se funda en el

carácter reglado, excepcional y limitado de los mismos. La Constitución de 1991 estableció un complejo sistema de controles que supone “el carácter excepcionalísimo de las medidas de emergencia en Colombia”, así como que “el uso de estas herramientas es una potestad reglada que se encuentra sometida a las disposiciones constitucionales, legales y del bloque de constitucionalidad”.

38. La naturaleza reglada, excepcional y limitada de los estados de excepción se garantiza por medio de su estricta regulación en la Constitución y en la Ley 137 de 1994 -en adelante LEEE-, así como mediante sus especiales dispositivos de control político y judicial.

39. La Constitución dispuso un complejo sistema de controles políticos específicos para los estados de excepción, tales como (i) la autorización del Senado para la declaratoria del Estado de Guerra Exterior; (ii) el concepto favorable del Senado para la segunda prórroga del Estado de Conmoción Interior; (iii) las reuniones del Congreso por derecho propio; (iv) los informes que debe presentar el Gobierno nacional al Congreso de la República sobre su declaratoria y evolución; y, finalmente, (v) la competencia del Congreso para establecer la responsabilidad política del Presidente y de los ministros por la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, o que constituya grave calamidad pública, sin la ocurrencia de los supuestos contemplados en los preceptos constitucionales, o por el abuso en el ejercicio de las facultades excepcionales.

40. La Constitución también estableció el control judicial constitucional automático de los decretos legislativos expedidos en el marco de los estados de excepción, según lo dispuesto en los artículos 212 a 215 de la Constitución, el cual está desarrollado por los artículos 55 de la LEEE y 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991.

41. A la luz del artículo 215 de la Constitución, el Estado de Emergencia podrá ser declarado por el Presidente de la República y todos los Ministros siempre que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 que: (i) perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que (ii) constituyan grave calamidad pública. Este último concepto ha sido definido por la Corte Constitucional como “una desgracia o infortunio que afecta intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella...”. La calamidad pública alude a un evento o episodio traumático, derivado de causas naturales o técnicas, que altera gravemente el orden

económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobreviniente.

42. Este tribunal ha señalado que “los acontecimientos, no solo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad, sino que, además, deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el transcurso de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales”. En tales términos, esta Corte ha reconocido que la calamidad pública puede tener una causa natural, como ha sucedido por cuenta de temblores o terremotos, avalanchas, desbordamientos de ríos, inundaciones, etc.; o puede tener una causa técnica como es el caso del cierre de una frontera internacional, o “accidentes mayores tecnológicos”.

43. Desde la expedición de la Constitución Política, se han declarado estados de emergencia económica, social y ecológica por distintas razones: i) la fijación de salarios de empleados públicos; ii) la crisis en el servicio público de energía eléctrica; iii) desastres naturales; iv) la revaluación del peso frente al dólar; v) el deterioro de la situación de los establecimientos de crédito; vi) las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; vii) los servicios públicos de la seguridad social y la atención en salud; y, por último, viii) la situación fronteriza con Venezuela.

44. El artículo 215 de la Constitución prescribe que la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica sólo puede llevarse a cabo “por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario”. A su vez, la misma disposición prevé que los decretos legislativos en el marco del Estado de Emergencia tendrán fuerza de ley y deberán ser (i) motivados; (ii) firmados por el Presidente y todos los Ministros; (iii) destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Igualmente, (iv) deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia; y (v) podrán -de forma transitoria- establecer nuevos tributos o modificar los existentes, los cuales dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

45. Dicha disposición señala que el decreto que declare el Estado de Emergencia debe indicar el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias y convocar al Congreso, si este no se hallare en funcionamiento, para que se reúna dentro de los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. En relación con las competencias del Congreso en el marco de los estados de emergencia, el propio artículo 215 de la Constitución establece que (i) examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas; (ii) podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, así como ejercer sus atribuciones constitucionales; y, (iii) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el Gobierno nacional.

D. FUNDAMENTO Y ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS DECRETOS EXPEDIDOS AL AMPARO DEL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL O AMBIENTAL

Consideraciones generales

46. Los estados de excepción son respuestas, fundadas en la juridicidad que impone la Carta Política, a situaciones graves y anormales que no pueden ser enfrentadas por el Estado a partir de sus competencias ordinarias. Sin embargo, una característica propia del Estado constitucional es que esa competencia no sea omnímoda ni arbitraria. El ordenamiento superior impone una serie de requisitos y condiciones que deben cumplirse tanto en los decretos legislativos que declaran el estado de excepción, como aquellos que prevén las medidas legales extraordinarias para hacer frente a la crisis, conocidos usualmente como decretos de desarrollo. Estos requisitos y condiciones son los que, a su vez, justifican la competencia de la Corte para verificar la compatibilidad de los decretos y el Texto Superior. Ello, bajo el entendido que los estados de excepción son mecanismos extraordinarios, pero en todo caso sometidos a condiciones de validez impuestas por la Constitución.

47. La Corte ha indicado que los requisitos mencionados se encuentran en tres fuentes normativas concretas, todas ellas integradas al parámetro de constitucionalidad: (i) las disposiciones de la Carta Política que regulan los estados de excepción (Arts. 212 a 215 C.P.);

(ii) el desarrollo de esas reglas, previstas en la LEEE-; y (iii) las normas de derecho internacional de los derechos humanos que prevén tanto los requisitos de declaratoria, como las garantías que no pueden ser suspendidas en esas situaciones excepcionales (derechos intangibles) (Arts. 93.1 y 214 C.P.). La existencia de un régimen jurídico con sujeción al cual deben ejercerse las competencias que surgen de la declaratoria de un estado de excepción concretan el principio de legalidad que, como lo ha indicado este tribunal (i) obliga a que el Gobierno actúe con sujeción a las normas nacionales que rigen los estados de excepción; y (ii) exige que las suspensiones extraordinarias de los derechos y libertades que tengan lugar en razón de la crisis no sean incompatibles con las obligaciones del Estado y, en particular, con aquellas derivadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

Criterios formales y materiales que rigen el control de constitucionalidad

48. La jurisprudencia de este tribunal ha establecido que el control constitucional de los decretos expedidos al amparo del Estado de Emergencia tiene dos facetas: formal y material. Se trata de un detallado escrutinio que tiene por objeto asegurar que todos los límites previstos para el ejercicio de las facultades de excepción sean debidamente respetados por el Gobierno nacional.

49. El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) la suscripción por el Presidente de la República y por todos sus ministros; (ii) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) la existencia de motivación. Igualmente en los casos en los cuales la declaratoria del Estado de Emergencia haya comprendido únicamente determinado ámbito territorial, debe examinarse que los decretos de desarrollo no lo excedan.

50. El examen material comprende el desarrollo de varios escrutinios que, como lo ha indicado la Corte, constituyen expresiones operativas de los principios que guían los estados de excepción. La práctica decisional de este tribunal evidencia algunas divergencias en el orden, contenido y agrupación de tales juicios. Si bien tales diferencias no han afectado el rigor del control constitucional, es oportuno unificar su alcance a fin de enunciar y caracterizar cada uno de los juicios indicando, adicionalmente, el orden en que deben ser aplicados.

52. El juicio de conexidad material está previsto por los artículos 215 de la Constitución y 47 de la LEEE. Con este juicio, se pretende determinar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte Constitucional ha señalado que la conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista: (i) interno, esto es, la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente y, (ii) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia.

53. El juicio de motivación suficiente ha sido considerado como un juicio que complementa la verificación formal por cuanto busca dilucidar si, además de haberse formulado una fundamentación del decreto de emergencia, el Presidente ha presentado razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas. Dicha motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas, siendo particularmente relevante para aquellas que limitan derechos constitucionales, por cuanto, el artículo 8 de la LEEE establece que “los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales”.

54. El juicio de ausencia de arbitrariedad tiene por objeto comprobar que en el decreto legislativo no se establezcan medidas que violen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. La Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales; que (ii) no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, en particular, (iii) que no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

55. El juicio de intangibilidad parte del reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia constitucional acerca del carácter “intocable” de algunos derechos, los cuales, a la luz de los artículos 93 y 214 de la Constitución, no pueden ser restringidos ni siquiera durante los estados de excepción. La Corte ha establecido que en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, se consideran como derechos intangibles el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a

tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas; y el derecho al habeas corpus. Son igualmente intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

56. El juicio de no contradicción específica tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contraríen de manera específica a la Constitución o a los tratados internacionales; y (ii) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el grupo de medidas descritas en los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, la consistente en que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en el artículo 215.

57. El juicio de incompatibilidad, según el artículo 12 de la LEEE, exige que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción.

58. El juicio de necesidad, previsto en el artículo 11 de la LEEE, implica que las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte ha señalado que este análisis debe ocuparse (i) de la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el Presidente de la República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis; y (ii) de la necesidad jurídica o subsidiariedad que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

59. El juicio de proporcionalidad, que se desprende del artículo 13 de la LEEE, exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción sean respuestas equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Igualmente, la Corte ha precisado que el examen de proporcionalidad exige que las restricciones a derechos y garantías constitucionales se impongan en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad. Advierte la Corte que este examen particular no excluye, naturalmente, la aplicación del examen de proporcionalidad cuando ello se requiera, por ejemplo, para controlar restricciones a derechos constitucionales, por ejemplo, en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

60. El juicio de no discriminación, el cual tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE, exige que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción, no pueden entrañar segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes injustificados.

E. EL DECRETO LEGISLATIVO 440 DE MARZO 20 DE 2020. CONTENIDO Y ALCANCE

61. En primer lugar, es importante destacar que el Decreto 417 de 2020 fue declarado exequible en la sentencia C-145 de 2020. Como fundamento de tal declaratoria de exequibilidad, la Corte consideró que este Decreto (i) cumplió con los requisitos formales; (ii) se expidió tras una situación catastrófica, imprevisible, grave, sobreviniente e intempestiva; (iii) se fundó en una hipótesis no generada por una guerra exterior o conmoción interior; (iv) se expidió porque las facultades ordinarias del Ejecutivo resultan insuficientes para responder a esta crisis, y que, por lo tanto, (v) cumplió con los requisitos de identidad, fácticos, valorativos, de necesidad de las medidas extraordinarias y de insuficiencia de las medidas ordinarias.

62. En desarrollo de la mencionada declaratoria de Estado de Emergencia, el Presidente de la República, con la firma de todos sus Ministros, expidió el Decreto Legislativo 440 de marzo 20 de 2020, “[p]or el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”. Este Decreto Legislativo es el objeto de control constitucional en la

presente sentencia.

63. Bajo este marco, el DL 440 tiene por finalidades explícitas las siguientes: (i) “prevenir la propagación de la pandemia, mediante el distanciamiento social, acudiendo a la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales, fortaleciendo el uso de las herramientas electrónicas, de manera que se evite el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, pero sin afectar la publicidad y la transparencia; propósito que también se debe cumplir en la realización de las actuaciones contractuales sancionatorias, que deben incorporar medios electrónicos para evitar el contacto físico, pero que garanticen el debido proceso y el derecho de defensa”; (ii) “facilitar que la Administración dirija los procedimientos de contratación, se debe autorizar la suspensión de los procedimientos, inclusive su revocatoria, cuando no haya mecanismos que permiten continuarlos de manera normal”; (iii) permitir que las autoridades administrativas, y en especial la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente adelante procedimientos de contratación ágiles y expeditos, ante la urgencia en adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia; “inclusive se debe autorizar, entre otras medidas pertinentes, la adición ilimitada de los contratos vigentes que contribuyan a atender la epidemia”. Así, en términos generales, este DL 440 adopta medidas de aislamiento social –como mecanismo idóneo para evitar la propagación del contagio de la enfermedad- y facilita la dirección y gestión contractual de las entidades públicas para enfrentar la pandemia.

64. Con tales propósitos, el DL 440 establece una serie de medidas que, de acuerdo con su contenido, pueden clasificarse en tres grupos, a saber: (i) el que habilita el uso de mecanismos electrónicos para adelantar actividades contractuales y de selección (arts. 1, 2 y 9); (ii) el que autoriza suspender y revocar procedimientos (inc. 3, art. 2 y art. 3); y (iii) el que permite a las entidades adelantar procedimientos de contratación ágiles y expeditos (arts. 4, 5, 6, 7, 8 y 10). Por su parte, el art. 11 contiene la cláusula de vigencia, según la cual el Decreto “rige a partir de la fecha de su publicación y produce efectos durante el estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la pandemia COVID-19”.

65. En lo que respecta al primer grupo de medidas, el Decreto prevé el uso de medios electrónicos (i) en la celebración de las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección —por ejemplo: asignación de riesgos, adjudicación, audiencia de

precalificación en concurso de méritos— (art. 1); y (ii) en las audiencias programadas de conformidad con el art. 86 de la Ley 1474 de 2011, relativas a procedimientos sancionatorios de carácter contractual (art. 2). Para estos efectos, se establecen requisitos mínimos, tales como: (a) el acceso a los proponentes, entes de control y a cualquier ciudadano interesado, así como a los contratistas y garantes, respectivamente; y (b) la indicación y garantía de los medios electrónicos que serán utilizados, así como los mecanismos de registro de toda la información que se genere.

66. En particular, pero sin limitarse a estas actividades, el DL 440 autoriza el uso de medios electrónicos para (i) los procesos de selección en curso al momento de su expedición, respecto de los cuales no es necesario expedir adendas —modificación al pliego de condiciones—, pues bastará con informar la metodología y condiciones con mínimo dos días hábiles de antelación a la audiencia; (ii) la realización de la audiencia en los procedimientos de selección abreviada por subasta inversa, mediante la aplicación disponible para adelantar dichas subastas; y (iii) la recepción, trámite y pago de cuentas de cobro/facturas de los contratistas, sin perjuicio de lo previsto en el art. 616.1 del Estatuto Tributario respecto de las facturas electrónicas (art. 9).

67. En relación con el segundo grupo de medidas, el art. 3 del DL 440 prevé expresamente la posibilidad de suspender los procedimientos de contratación, de manera motivada, respecto de lo cual no proceden recursos. Dicha suspensión también se encuentra autorizada en los procedimientos sancionatorios (inc. 3, art. 2). En cuanto a la revocatoria del acto administrativo de apertura, el Decreto determina ciertas causales para su procedencia, además de establecer un límite temporal; decisión frente a la cual no proceden recursos.

68. El tercer grupo de medidas, incluidas en los arts. 4, 5, 6, 7, 8 y 10 del Decreto, tienen por finalidad permitir a las entidades adelantar procedimientos de contratación ágiles y expeditos, ante la urgencia de adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia. Para cumplir con este propósito, el Decreto prevé las siguientes herramientas o medidas específicas:

69. Preferencia de las entidades territoriales para que adquieran bienes y servicios de características uniformes a través de AMP vigentes y dispuestos en la TVEC de la Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente (art. 4). Para la adquisición de

bienes y servicios de características uniformes que, según la Ley 1150 de 2007, son aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos, la medida dispone una preferencia/prioridad, dirigida a las entidades territoriales, por los Acuerdos Marco de Precios vigentes, dispuestos en la Tienda Virtual de estado Colombiano de Colombia Compra Eficiente. El art. 4 advierte que esta preferencia se ejercerá durante el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

70. AMP de excepción (art. 5). Esta medida autoriza a Colombia Compra Eficiente para (i) diseñar y organizar, por contratación directa, acuerdos marco de precios, limitándose a la finalidad de facilitar el abastecimiento de bienes y servicios relacionados directamente con la emergencia. Advierte que esta autorización se dará durante el término del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica; (ii) configurar catálogos de emergencia en los acuerdos marco de precios vigentes con proveedores preexites o nuevos, previa verificación de los requisitos habilitantes y de calificación que fueron exigidos en el proceso de selección. Destaca que estos catálogos solo “estarán vigentes hasta el día en que culmine el estado de emergencia económica, social y ecológica”. La habilitación otorgada —para estructurar catálogos de emergencia— sólo puede predicarse de acuerdos marco directamente relacionados con la pandemia. Dispone que las órdenes de compra que se suscriban por las entidades compradoras tendrán incorporadas cláusulas excepcionales al régimen común, esto es, aquellas dispuestas en el art. 14 de la Ley 80 de 1993.

71. Adquisición en grandes superficies (art. 6). En concreto, esta medida faculta a las entidades estatales para adquirir bienes relacionados con la emergencia, mediante el instrumento de agregación de demanda de grandes superficies hasta por el monto máximo de la menor cuantía de la respectiva entidad, cuya determinación está en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en SMLM (Ley 1150 de 2007).

72. Contratación de urgencia (art. 7). Esta medida establece una presunción a favor de las entidades estatales respecto de la existencia de urgencia manifiesta, con ocasión de la declaratoria de Estado de Emergencia y en los términos del art. 42 de la Ley 80 de 1993. Esto se predica para la adquisición de bienes, la prestación de servicios o ejecución de obras en el inmediato futuro y con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia, así como para optimizar el flujo de recursos al interior del sistema de salud. Indica

que las actuaciones que se adelanten con fundamento en la urgencia manifiesta, como caso de contratación directa, estarán sujetas a la normatividad vigente. Asimismo, prevé esta causal de contratación directa para los regímenes especiales de contratación.

73. Adición y modificación de contratos (art. 8). Esta medida habilita a las entidades para adicionar, sin limitación al valor, y modificar todos los contratos que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia. Esta habilitación tiene las siguientes características: (i) debe existir una justificación previa a la adición sobre la necesidad y forma como los bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia; (ii) también se aplica a los contratos que se celebren durante el término de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y hasta el término de su vigencia y (iii) una vez termine dicho estado de excepción, no podrán realizarse nuevas adiciones a estos contratos, salvo si no han superado el 50% del valor del respectivo contrato (parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993).

74. Contratos del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores (art. 10). Por último, el Decreto autoriza, durante el término que dure el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, al Fondo Rotatorio a celebrar convenios interadministrativos y contratos que tengan por objeto “adquirir de las entidades públicas extranjeras, empresas privadas extranjeras o de otras organizaciones o personas extranjeras, bienes y servicios necesarios para mitigar la pandemia y sus efectos, sin aplicar la Ley 80 de 1993”.

75. Finalmente, el conjunto de medidas mencionadas empezará a regir a partir de la fecha de publicación del DL 440 y produce efectos durante el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la pandemia Covid-19 (art. 11).

76. Definido el alcance y contenido de la norma objeto de examen, la Corte procederá a verificar si este cumple o no con los requisitos formales y materiales establecidos en la Constitución, la LEEE y la jurisprudencia constitucional.

F. CASO CONCRETO. TRAS ANALIZAR LOS REQUISITOS FORMALES Y MATERIALES, LA CORTE CONSTITUCIONAL CONSIDERA QUE EL DECRETO LEGISLATIVO 440 DE MARZO 20 DE 2020 CUMPLE CON LOS MISMOS, Y POR CONSIGUIENTE SE AJUSTA AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL VIGENTE

77. Como ya se mencionó, la Corte Constitucional ha establecido que el control de constitucionalidad de los Decretos Legislativos tiene por objeto evaluar si tales instrumentos normativos cumplen con los requisitos, formales y materiales, previstos en la Constitución, en la LEEE y en la jurisprudencia constitucional.

78. En este orden de ideas, se procederá, en primer lugar, con el estudio de los requisitos formales del DL 440 sub examine:

Requisito

Cumplimiento

Consideraciones de la Sala Plena

SI

NO

1. Suscripción por el Presidente de la República y sus ministros

X

El Decreto Legislativo fue suscrito por el Presidente de la República y todos sus Ministros.

2. Expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia

X

El DL 440 fue expedido el 20 de marzo de 2020 con sustento en el artículo 215 CP y en desarrollo del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual se declaró el estado de excepción por el término de 30 días.

3. Existencia de motivación

X

En su parte motiva, (i) invoca los fundamentos constitucionales para la expedición de normas en el marco de los estados de emergencia económica, social y ecológica; (ii) expone la evidencia de la emergencia sanitaria que justificó la declaratoria del estado de emergencia, mediante el Decreto 417 de 2020; (iii) explica su relación con el decreto precitado; y (iv) señala las finalidades y propósitos que persigue, así como las medidas que considera necesarias para su materialización.

El DL 440 enuncia en sus considerandos motivaciones o razones que condujeron al Gobierno nacional a adoptar las medidas en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la pandemia.

4. Determinó su ámbito territorial de aplicación

X

Aunque el Decreto no lo anuncia de manera expresa, dado que el Decreto 417 de 2020 declaró el estado de excepción en todo el territorio nacional, se entiende que el DL 440 de 2020 tiene esa misma cobertura.

79. En consecuencia, la Corte evidencia que el DL 440 sí cumple con los requisitos formales de constitucionalidad. Además, si bien no ostenta la calidad de requisito formal de validez de los decretos legislativos, advierte que no resultaba necesario el envío del informe a los Secretarios Generales de la ONU y la OEA, por cuanto, tal como se expondrá líneas adelante, el DL 440 no contiene limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales. En tal sentido, a continuación, se procederá a realizar la verificación y estudio de los requisitos materiales.

80. De conformidad con lo previsto en la sección anterior, el estudio de los límites materiales específicos de los decretos legislativos expedidos en desarrollo de un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica debe ser llevado a partir de los siguientes juicios (ver supra, numerales 44 a 53): (i) finalidad; (ii) conexidad material; (iii) motivación suficiente; (iv)

ausencia de arbitrariedad; (v) intangibilidad; (vi) no contradicción específica; (vii) incompatibilidad; (viii) necesidad; (ix) proporcionalidad; y (x) no discriminación.

81. Tal como se señaló en precedencia, el DL 440 contiene tres tipos de medidas que, para efectos metodológicos y de análisis se agruparon en tres grupos, a saber: (i) las que habilitan el uso de mecanismos electrónicos para adelantar actividades contractuales y de selección (arts. 1, 2 y 9); (ii) las que autorizan suspender y revocar procedimientos (inciso 3, art. 2 y art. 3); y (iii) las que permiten a las entidades adelantar procedimientos de contratación ágiles y expeditos, ante la urgencia de adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la Pandemia (arts. 4, 5, 6, 7, 8 y 10). Por su parte, el art. 11 contiene la cláusula de vigencia -a partir de la fecha de publicación del Decreto y por el tiempo que dure la Emergencia Económica, Social y Ecológica-.

82. La Sala estudiará de manera conjunta las tres clases de medidas a la luz de todos los juicios antes enunciados.

i. (i) Juicio de finalidad

83. Las medidas adoptadas en el DL 440 buscan conjurar las causas de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica e impedir la extensión de sus efectos. En efecto, dichas medidas promueven el distanciamiento social como mecanismo para evitar la expansión del virus a través del uso de tecnologías y propenden a la mayor agilidad y eficiencia en los procedimientos de contratación para el abastecimiento de bienes y servicios relacionados con la atención y mitigación de la pandemia. En consecuencia, las medidas contenidas en el DL 440 están encaminadas específicamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión o agravación de sus efectos con lo que se encuentra satisfecho el juicio de finalidad.

(i) Juicio de conexidad material

84. Desde el punto de vista de conexidad interna la Corte verifica que las medidas adoptadas en el DL 440 guardan relación específica con los motivos que sustentan su expedición, esto es, la adopción de medidas de urgencia en materia de contratación estatal con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

85. En efecto, además de aludir a los fundamentos normativos (el art. 215 CP, la LEEE y el Decreto 417 de 2020), en los considerandos se señala que la OMS hizo un llamado a los Estados para que adoptaran medidas urgentes de prevención y contención del COVID-19, y que, en esa línea, el Ministerio de Salud y Protección Social decretó la emergencia sanitaria. Se invoca expresamente la necesidad de prevenir la propagación del virus, a través del “distanciamiento social”, atendiendo la recomendación de la OMS, para lo cual se señaló que era necesario recurrir al uso de tecnologías de la información y las telecomunicaciones. También se indicó en la motivación, la necesidad de revocar ciertos actos o de suspender procedimientos, cuando no se pueda continuar de manera normal con los mismos. Y se señaló la importancia de facilitar la gestión contractual, dada la urgencia de adquirir bienes, servicios y realizar obras para contener la expansión de virus y mitigar la propagación de la pandemia. En tal contexto, las medidas adoptadas en el DL 440 son coherentes con dicha motivación, pues se prevé el uso de los medios electrónicos para realizar audiencias; se establece la posibilidad de suspender procedimientos y revocar ciertos actos relacionados con la contratación estatal, y se señalan una serie de mecanismos dirigidos a agilizar la adquisición de bienes y servicios, como la contratación de urgencia, los mecanismos de agregación de demanda y la adición ilimitada de contratos.

86. En lo que se refiere a la conexidad externa, esta Sala encuentra que el DL 440 está relacionado, directa y específicamente con el Decreto 417 de 2020, “[p]or el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional”, en particular, con las siguientes motivaciones: “una de las principales medidas, recomendadas por la Organización Mundial de la Salud, es el distanciamiento social y aislamiento, para lo cual, las tecnologías de la información y las comunicaciones y los servicios de comunicaciones, en general, se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección la vida y la salud de los colombianos”; “se hace necesario por la urgencia y gravedad de la crisis y por la insuficiencia de los mecanismos jurídicos ofrecidos, entre otros, en la (...) Ley 80 de 1993, (...), recurrir a las facultades del Estado de Emergencia con el fin de dictar decretos con fuerza de ley que permitan conjurar la grave crisis generada por el nuevo Coronavirus Covid-19 debido a la propagación y mortalidad generado por el mismo, (...)”; “con el propósito de generar mecanismos ágiles que permitan atender eficientemente las necesidades de la población, afectada por la emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19, se autoriza al Gobierno nacional a acudir al procedimiento de contratación directa siguiendo los principios de transparencia y legalidad,

de tal forma que la entidades competentes de los sectores de salud, prosperidad social, educación, defensa y todos aquellos sectores que requieran para prestar atención a la población afectada, adquieran el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia”.

87. En armonía con los citados fundamentos, el DL 440 habilita expresamente el uso de herramientas electrónicas para desarrollar las audiencias públicas en los procesos de contratación y procedimientos sancionatorios, así como el trámite para el pago de cuentas de cobro/facturas a los contratistas, garantizando, entre otros, la publicidad, la transparencia, el debido proceso y el derecho de defensa (arts. 1, 2 y 9). Asimismo, autoriza la suspensión de procedimientos de selección y la revocatoria de actos de apertura, cuando no sea posible continuarlos de manera normal (art. 3). Y permite a las entidades, de manera ágil y expedita, adquirir bienes, servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia (arts. 4, 5, 6, 7, 8 y 10).

88. En conclusión, las medidas del DL 440 cumplen el requisito de conexidad material, desde los puntos de vista interno y externo.

() Juicio de motivación suficiente

89. Respecto de este juicio, la Corte ha establecido que “en el caso de que la medida adoptada no limite derecho alguno resulta menos exigente aunque los considerandos deben expresar al menos un motivo que lo justifique”, como también lo destacaron algunos intervinientes. En este caso, el juicio de motivación suficiente, dado que el DL 440 no contiene medida alguna que imponga limitación a derechos de carácter fundamental, su escrutinio resulta menos exigente.

90. Y el Gobierno nacional efectivamente presentó las razones que fundamentan las medidas adoptadas en la necesidad de prevenir la expansión de la pandemia acudiendo al uso de herramientas electrónicas, y de facilitar que la administración dirija y gestione la contratación pública de una manera más ágil y expedita para atender y mitigar los efectos de la crisis, particularmente, en lo relacionado con la protección de la vida y la salud, sin afectar los derechos de los participantes en los procedimientos contractuales ni de la ciudadanía en general. En consecuencia, la Sala concluye que el DL 440 no pretende limitar derechos

fundamentales sino garantizarlos y verifica el cumplimiento del requisito de motivación suficiente.

() Juicio de ausencia de arbitrariedad

91. Como se indicó, la Corte no advierte que el DL 440 suspenda, afecte o, mucho menos, vulnere derechos fundamentales. Este Decreto busca propiciar el uso de herramientas tecnológicas y que, ante la urgencia, sea posible adquirir bienes y servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia, mediante la previsión de diferentes herramientas a disposición de las entidades estatales que, además de ser dispositivas y prever una serie de límites a su ejercicio, de ninguna manera excluyen, debilitan o suspender los controles propios a la actividad contractual, ni la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal. Tampoco se observa la Corte que el DL 440 contenga alguna medida que altere o interrumpa el normal funcionamiento de las ramas del poder público o que implique una suspensión o modificación de los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento. Por estas razones, este tribunal concluye que el DL 440 supera el juicio de ausencia de arbitrariedad.

() Juicio de intangibilidad

92. Por lo expuesto, es evidente para esta corporación que el DL 440 no contiene medida alguna que afecte los derechos “intangibles” a los que hacen referencia los artículos 93 y 214 CP, el artículo 4 de la LEEE y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni afectan los mecanismos de garantía de los mismos, por lo que el juicio de intangibilidad se muestra satisfecho.

() Juicio de no contradicción específica

93. Sobre este punto, la Corte no advierte contradicción específica entre el contenido del DL 440 y el ordenamiento constitucional. En efecto (i) encuentra que, aunque el art. 4 “Utilización de los instrumentos de agregación de demanda” podría afectar la autonomía de las entidades territoriales (art. 287 CP), lo cierto es que la “preferencia” que autoriza la ley de excepción permite a las entidades territoriales definir autónomamente la destinación de sus recursos pues la norma, en efecto, no es imperativa. Además, la aludida preferencia es razonable porque resulta acorde con la situación actual de crisis, por el cual la medida no

contraría la Constitución de manera específica. (ii) Por lo demás, ninguna norma superior prohíbe la implementación de mecanismos electrónicos para la realización de audiencias públicas o de trámites en la contratación estatal, ni limitan la posibilidad de adelantar procedimientos ágiles de contratación para la adquisición de determinados bienes y servicios que se requieran con urgencia. Del mismo modo, ninguno de los artículos del DL 440 despierta una mínima sospecha de afectar la competencia del Congreso para reformar, derogar o adicionar este Decreto, o de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores (art. 215 CP). En consecuencia, la Sala concluye que, en el presente asunto, se supera el juicio de no contradicción específica.

() Juicio de incompatibilidad

94. La Corte estima que la habilitación a las entidades estatales, durante la vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, para adicionar el valor, de manera ilimitada, de todos los contratos que se relacionen con bienes, obras y servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia (art. 8), es incompatible con la regla del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pues esta disposición prohíbe adicionar los contratos en más del 50% de su valor inicial expresado en salarios mínimos legales mensuales. Por su parte, en los considerandos del DL 440 se indica expresamente que ante la urgencia de adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia, “inclusive se debe autorizar, entre otras medidas pertinentes, la adición ilimitada de los contratos vigentes que contribuyan a atender la epidemia”.

95. Asimismo, respecto de la autorización otorgada al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores para adquirir bienes y servicios necesarios para mitigar la pandemia y sus efectos sin aplicar la Ley 80, durante el Estado de Emergencia (art. 10), la misma resulta evidentemente incompatible con dicho régimen general. Por su parte, en los considerandos se expresan las razones por las cuales los mecanismos jurídicos ofrecidos, entre otros, en la Ley 80 de 1993 no son compatibles con la urgencia y gravedad de la emergencia, y más específicamente para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia.

96. Vistas de este modo las medidas adoptadas en los arts. 8 y 10 y sin perjuicio de las consideraciones correspondientes a los juicios subsiguientes, ante la contradicción que

presentan con la Ley 80, el Decreto Legislativo sub examine expuso las razones suficientes por las cuales sus disposiciones son irreconciliables con el contexto del estado de excepción y, por ende, debe permitirse las adiciones (art. 8) y la autorización al Fondo Rotatorio (art. 10) para adelantar adquisiciones necesarias durante el término de vigencia del referido estado de excepción, en aras de superar la crisis y mitigar la extensión de sus efectos. Por lo anterior la Sala, en lo que se refiere al juicio de incompatibilidad, lo encuentra superado.

() Juicio de necesidad

97. Desde el punto de vista de la necesidad fáctica también denominado como de idoneidad, la Sala encuentra al menos tres razones que justifican las medidas adoptadas en el DL 440 relativas a la habilitación del uso de medios electrónicos en los procedimientos de contratación estatal (arts. 1, 2 y 9), a la autorización para suspender los procedimientos de selección de contratistas y de revocar actos administrativos de apertura (inc. 3º, art. 2 y art. 3), y a las que permiten a las entidades adelantar procedimientos de contratación ágiles y expeditos (arts. 4, 5, 6, 7, 8 y 10). Primero, por la recomendación de distanciamiento social que hizo la OMS, como mecanismo efectivo para evitar el aumento exponencial de los contagios por COVID-19. Segundo, por la gravedad, magnitud, dimensiones y naturaleza imprevisible de la crisis y sus efectos. Tercero, por la urgencia e inminente reacción que exige de las autoridades estatales, procurar medios conducentes y pertinentes para afrontar de manera inmediata dicha situación excepcional.

98. En el Decreto 417 de 2020 el Gobierno nacional indicó que, por la urgencia y gravedad de la crisis, los requerimientos de distanciamiento social, y por la insuficiencia de los mecanismos jurídicos, era necesario recurrir a medidas extraordinarias que permitieran conjurar la grave crisis generada por el Covid-19. Pues bien, las medidas contempladas en el DL 440 en este contexto son idóneas a efectos de superar la crisis y evitar la extensión de sus efectos y en consecuencia se concluye que, el Presidente de la República, no incurrió en un error manifiesto respecto de la utilidad de las medidas para superar la crisis. En cuanto a la necesidad jurídica o juicio de subsidiariedad, en los considerandos del DL 440, se recuerda que el Gobierno nacional al declarar el estado de excepción señaló que eran insuficientes los mecanismos jurídicos de carácter ordinario —en particular, los previstos en la Ley 80 de 1993—, para atender una situación de extrema gravedad, como es la pandemia originada por el Covid-19. Ahora bien, pese a que el ordenamiento jurídico ordinario prevé algunas normas

que regulan situaciones similares en tiempos de normalidad, la Corte observa que las mismas no se muestran suficientes ni idóneas para lograr los objetivos planteados en el Decreto sub examine. De hecho, desde la perspectiva del juicio de necesidad, la justificación constitucional de las medidas está atada a la urgencia con que éstas se requieren. En tal sentido, para la Corte, las medidas adoptadas en el DL 440 resultan necesarias e indispensables, como se expone a continuación.

99. En primer lugar, la posibilidad de realizar audiencias por medios electrónicos puede desprenderse a partir de una interpretación armónica y sistemática de los artículos 9 y 3 de la Ley 1150 de 2007 y las Leyes 527 de 1999, 1341 de 2009 y 1437 de 2011 (CPACA), entre otras disposiciones que permiten al servidor público inferir que las audiencias de los procesos de contratación pueden tener lugar efectivamente por medios electrónicos.

100. No obstante, (i) se requiere dotar a dichos operadores de certeza y seguridad jurídica, con miras a facilitar el proceso de toma de decisiones durante la emergencia, lo que precisa de reglas claras, expresas y simplificadas, sin necesidad de mayores interpretaciones que pudieran generar dudas, tanto en las entidades contratantes como en los proponentes, sobre procedencia o no de la actuación; (ii) la medida del DL 440 se predica de las audiencias que deban realizarse en los procedimientos de selección en general, lo cual resultaba indispensable, pues la Ley 80 de 1993 (art. 30) y la Ley 1150 de 2007 (art. 9) se refieren a la audiencia pública de adjudicación de la licitación pública; (iii) la posibilidad de realizar audiencias por medios electrónicos, para los procesos de selección en curso, sin la expedición de adendas y con la mera información al público interesado, que promueve la continuidad del procedimiento, no existe en la legislación ordinaria; y (iv) aunque la medida es facultativa, la particular finalidad enunciada expresamente en las normas de excepción, esto es, el distanciamiento físico como mecanismo de contención de la pandemia-, muestra una indicación a los operadores jurídicos sobre la pertinencia, la importancia y el impacto que aquella adquiere en el contexto de la emergencia, y se convierte en un elemento de juicio adicional al momento de decidir sobre la utilización de los medios electrónicos.

101. Respecto de la habilitación para la realización de audiencias programadas de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 a través de mecanismos electrónicos, si bien el CPACA prevé que los procedimientos administrativos se podrán adelantar por medios electrónicos, es preciso resaltar que el procedimiento sancionatorio, en materia

contractual, se rige principalmente por reglas especiales. De hecho, la sentencia C-499 de 2015 de esta Corte señala que, el procedimiento sancionatorio contractual es un procedimiento reglado. En tal sentido y, en el contexto de la emergencia, con el fin de dotar de seguridad jurídica a las entidades estatales, era indispensable expresar inequívocamente la posibilidad de realizar, por medios electrónicos y, en todo caso, respetando el debido proceso, las audiencias programadas de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 lo que, por lo demás, asegura el cumplimiento de los deberes de control y vigilancia sobre los contratos, esenciales para la obtención del interés general y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

102. En segundo lugar, esto es, sobre el segundo grupo de medidas, relacionadas con la suspensión del procedimiento de contratación y la revocatoria del acto administrativo de apertura, el ordenamiento jurídico ordinario no prevé disposiciones que expresamente autoricen a las entidades estatales a llevar a cabo dichas actuaciones en los términos señalados en la normatividad de excepción. La primera medida es tomada analógicamente de los procesos judiciales (suspensión del proceso) o de la posibilidad que tienen las entidades para suspender el procedimiento cuando adviertan irregularidades en el contenido del Registro Único de Proponentes (art. 6, Ley 1150); mecanismos que no son idóneos para los fines del DL 440. En efecto, la medida incorpora expresamente la causal de suspensión, “por razón del servicio y como consecuencias de la emergencia”.

103. Lo mismo sucede con la revocatoria del acto administrativo de apertura, pues además de corresponder a un acto de naturaleza precontractual (el parágrafo, art. 68, Ley 80 de 1993 se refiere a los actos administrativos contractuales), dicha revocatoria no cuenta con causales expresas, salvo las definidas en el art. 93 del CPACA. A partir de ello, la medida establece como causales que habilitan la competencia de la entidad estatal, las mismas previstas para la suspensión, “y en caso de requerirse recursos para atender las situaciones relacionadas con la emergencia”, lo cual no se prevé en el ordenamiento ordinario. Por otra parte, en cuanto atañe a la medida de suspensión de términos en los procedimientos sancionatorios de carácter contractual, debe indicarse que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece el procedimiento que deben seguir las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en materia sancionatoria, y que en su literal d) prevé la posibilidad de suspender la respectiva audiencia para los fines allí previstos, pero no con fundamento en la emergencia y en los requerimientos de aislamiento

preventivo. De manera que no existe una norma en el ordenamiento jurídico que corresponda exactamente a una medida como la contemplada en el inciso 3 del art. 2 del DL 440 de 2020.

104. En tercer y último lugar, esto es, respecto del tercer grupo de medidas que el Ministerio Público ha denominado como “régimen excepcional de la contratación para atención de la pandemia”, las mismas también resultan necesarias, pues están atadas a la gravedad y dimensiones de la crisis, así como a la urgencia con la que se requiere de las mismas para atenderla de manera inmediata. En efecto, a partir del informe rendido por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, el tiempo promedio que tarda una Licitación Pública (conocida comúnmente como la ‘regla general’ para la escogencia de contratistas) es de aproximadamente dos meses, mientras que el plazo para un procedimiento de selección abreviada para adquisición de bienes y servicios de características técnicas, se calcularía en algo más de un mes aproximadamente, considerando los plazos legales.

105. Dicho esto, sobre la necesidad jurídica de la medida relacionada con la contratación de urgencia (art. 7), la “urgencia manifiesta”, como una causal de la modalidad de selección de “contratación directa”, ella ha sido prevista en el literal a), numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y en los arts. 42 y siguientes de la Ley 80 de 1993. En particular, el artículo 42 de la Ley 80 dispone lo siguiente:

“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 (...)”.

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

(...)”. (Resaltado fuera del texto).

106. Por su parte, el art. 7 del DL 440 prescribe:

“Artículo 7. Contratación de urgencia. Con ocasión de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica, y en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud. Las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se regirán por la normatividad vigente (...)” (Resaltado fuera del texto).

107. De las disposiciones transcritas se desprende que, si bien el ordenamiento jurídico ordinario prevé la contratación por “urgencia manifiesta”, y que la misma existe “cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción”, estas disposiciones no son suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional, por las razones que se pasan a señalar:

i. (i) La emergencia impone la necesidad de medidas que, aun en el escenario de contratación directa previsto en la ley, impriman la celeridad que requiere la contratación en la pandemia, facilitando a los servidores públicos actuaciones eficientes e inmediatas ante esta situación.

(i) La disposición ordinaria (art. 42, Ley 80/93) establece que la “urgencia manifiesta” existe cuando se presenten hechos, situaciones o circunstancias relacionados con los estados de excepción y exige que la misma se declare mediante un acto administrativo motivado.

108. Por su parte, la norma prevista en el DL 440 señala que esos hechos, situaciones o circunstancias “se entiende[n] comprobado[s]”. Es decir, por disposición del legislador de excepción, el Decreto establece la justificación, fundamento o motivación que el operador de la contratación requiere para estos efectos, relevando a las entidades estatales, en este específico punto, del deber de motivar la “situación relacionada con los estados de excepción” en el correspondiente acto administrativo que declara y justifica la urgencia manifiesta. Esto, en aras de adquirir bienes, servicios u obras en el inmediato futuro con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia. En otras palabras, la motivación que se exige en este preciso aspecto, por ministerio del DL 440 opera de pleno

derecho, es decir, sin necesidad de argumentación adicional por parte del operador jurídico, reduciendo la carga de motivación que las entidades estatales deben realizar ante el contexto de la pandemia.

109. En esta dirección y tal como lo reconoce el DL 440 la contratación de urgencia prevista en el art. 7 se adelanta con fundamento en la normatividad vigente. Por ello, si bien la medida no crea un mecanismo o causal adicional o diferente, sí establece en la figura de urgencia manifiesta una previsión temporal que, en materia probatoria, facilita la toma de decisiones de manera ágil y célere; medida de este tipo que no se encuentra en el ordenamiento jurídico ordinario.

110. La Sala estima necesario precisar que esta medida no exime a las entidades estatales de dar cumplimiento a las demás motivaciones y actuaciones requeridas a fin de cumplir con los deberes de selección objetiva y planeación; los principios de legalidad, transparencia, responsabilidad, entre otros. Por su parte, es claro que los órganos de control conservan plenamente sus competencias para investigar y sancionar las conductas de los servidores públicos que utilicen indebidamente o atenten contra el patrimonio público en el uso de las facultades de contratación de urgencia.

111. En lo que se refiere a la preferencia de las entidades territoriales para adquirir bienes y servicios a través de los AMP dispuestos en la TVEC (art. 4), el art. 41 de la Ley 1955 prevé que “El reglamento establecerá las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios, se hará obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. El artículo 2.2.1.2.1.2.7 del Decreto 1082 de 2015 establece que las entidades territoriales no están obligadas a adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes a través de AMP, pero están facultadas para hacerlo.

112. Por su parte, la medida prevista en el art. 4 “Utilización de los instrumentos de agregación de demanda”, prevé la priorización o preferencia por parte de las entidades territoriales por la compra por catálogo derivado de los AMP vigentes, disposición que, al impactar la autonomía de las entidades territoriales en los términos del art. 287 de la CP, requiere de una norma de rango legal. En tal contexto, la legislación ordinaria no prevé la preferencia o priorización de las entidades territoriales por los AMP dispuestos en la TVEC, previsión legal que, dadas las ventajas de eficiencia (valor por dinero) y las necesidades de

agilidad y simplificación de las adquisiciones, se muestra como una medida necesaria - jurídicamente- para lograr los objetivos del DL 440.

113. En estos términos la Corte advierte que los mecanismos que buscan permitir a las entidades adelantar procedimientos ágiles y expeditos, ante la urgencia que representa contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia, son medidas necesarias para superar o mitigar los efectos de la crisis, tanto fáctica como jurídicamente.

(i) Juicio de proporcionalidad

114. Respecto del juicio de proporcionalidad, la Corte evidencia que el DL 440 supera dicho examen porque, por un lado, las medidas adoptadas no limitan garantías constitucionales y, por otro, son proporcionales a la grave situación que se pretende atender. En efecto, ninguna de las medidas adoptadas en dicho Decreto resulta excesiva en relación con la naturaleza de la crisis que se busca conjurar, así mismo contribuyen a la satisfacción de derechos no sólo de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública, sino de todos habitantes del territorio nacional; y están limitadas y restringidas a la finalidad que se busca alcanzar, esto es, la conjuración de la crisis y la mitigación de sus efectos.

115. Las medidas que habilitan expresamente el uso de mecanismos electrónicos para adelantar actividades contractuales y de selección, como mecanismo para promover el distanciamiento social requerido (primer grupo de medidas), no resultan excesivas ni desproporcionadas en relación con la crisis. Por el contrario, se trata de medidas razonables y justificadas, pues (i) garantizan la libertad de concurrencia y participación, al prever la garantía del acceso a los proponentes, entes de control y cualquier ciudadano interesado; (ii) promueven la transparencia y la publicidad de las actuaciones, pues disponen la necesidad de garantizar e indicar los mecanismos de registro, metodología, procedimientos y demás protocolos para el desarrollo de la audiencia; (iii) el artículo 273 CP señala que “[l]os casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley”, por lo que dichas medidas no implican por sí mismas una extralimitación por parte del legislador de excepción; (iv) garantizan el debido proceso en los procedimientos sancionatorios así como el deber de control y vigilancia sobre los contratos; (v) reafirman, en particular el art. 9 del DL 440, los arts. 6 y 123 CP habida cuenta que los

servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad, que ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento y que son responsables por la omisión o extralimitación en sus funciones, cuando no paguen a sus contratistas las correspondientes facturas o cuentas de cobro en los términos preestablecidos.

116. Frente al segundo grupo de medidas, encuentra esta Corte que se trata de respuestas proporcionales frente a la gravedad e imprevisibilidad de los hechos que causaron la crisis, por lo que las mismas se imponen en grado necesario para mitigar la extensión de sus efectos. Las suspensiones tanto en los procesos sancionatorios como en los procedimientos de contratación, no son imperativos generales y deben estar expresamente motivadas y justificarse en imposibilidad absoluta de acceder a medios electrónicos.

117. La Corte advierte que la facultad de suspender procedimientos sancionatorios no puede equivaler a encubrir posibles incumplimientos en detrimento del interés público que caracteriza al contrato estatal y a la continua y eficiente prestación de los servicios públicos. En cuanto a la medida de revocatoria de actos administrativos de apertura, observa que la misma procede como última ratio, esto es, cuando no haya mecanismos que permitan continuar el procedimiento de manera normal. Las entidades deben buscar continuar con sus procedimientos contractuales y no paralizar la contratación pues la misma está orientada a lograr el cumplimiento de los fines del Estado, a la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la efectividad de los derechos e intereses de las personas que colaboran con las autoridades en la consecución de dichos objetivos, de acuerdo con la Constitución y la ley.

118. Adicionalmente, se entiende que esta alternativa es razonable como lo ha estimado la jurisprudencia, siempre y cuando los interesados no hayan presentado sus ofertas en los plazos establecidos para tal efecto, pues otorga además seguridad jurídica. Finalmente, por tratarse de un acto de carácter general, el acto de apertura no es susceptible de recursos, pero es cuestionable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

119. Respecto del tercer grupo de medidas, este tribunal encuentra que su alcance está limitado a las finalidades que se pretenden alcanzar y no son exageradas o desproporcionadas de cara a la crisis. De hecho, en el informe remitido por la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República, se corrobora que estas medidas son proporcionales a

partir de la urgencia de una reacción oportuna por parte de las entidades y su deber constitucional de proteger la vida y la salud de todos los habitantes del territorio nacional y que las potestades otorgadas en este tercer tipo de medidas son temporales —operan durante la emergencia y su utilización se restringe únicamente al suministro de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras en el inmediato futuro con los ya mencionados objetivos.

120. En este sentido, la Corte observa que la preferencia de las entidades territoriales por los AMP vigentes y dispuestos en la TVEC (art. 4), permite que dichas entidades definan autónomamente la destinación de sus recursos pues la norma no es imperativa. No obstante, el Procurador General advirtió que esta medida, si bien limita temporalmente la utilización de los instrumentos durante el Estado de Emergencia, no indica la limitación material de dicha preferencia. Sobre este particular, este tribunal advierte que la lectura de la medida contenida en el art. 4 se debe realizar a partir del contexto normativo de la regulación y de sus mismos considerandos, motivo por el cual es razonable comprender que el ejercicio de dicha preferencia, por parte de las entidades territoriales, versa sobre los acuerdos marco de precios vigentes directamente relacionados con la pandemia, respondiendo así a la finalidad de contener la expansión del virus y atender la mitigación de la crisis. En atención a ello, la Sala no considera necesario realizar condicionamiento alguno en esta materia.

121. En lo que atañe a los acuerdos marco de excepción (art. 5), a la adquisición en grandes superficies (art. 6) y a la contratación de urgencia (art. 7), este tribunal encuentra que estas medidas están debidamente limitadas y restringidas a la finalidad que se pretende alcanzar, esto es, contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia. Al respecto, este tribunal considera oportuno resaltar la obligación de las autoridades de ejercer sus competencias conforme al principio de legalidad y exclusivamente para los fines previstos en el ordenamiento jurídico. Asimismo, la utilización de las diferentes herramientas (o medidas) que dispone el DL 440 y en general, la contratación con recursos públicos, debe realizarse con plena observancia a los principios de la función administrativa —art. 209— y de la gestión fiscal —art. 267 CP— y están sujetas a controles de tipo fiscal, disciplinario y penal, entre otros.

122. Particularmente, en materia de urgencia manifiesta, debe esta Corte recordar que la sentencia C-949 de 2001 señaló lo siguiente: “[n]o encuentra la Corte reparo alguno de

constitucionalidad a la declaración administrativa de urgencia manifiesta regulada en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, puesto que constituye una justificada excepción a los procedimientos reglados de selección objetiva si se tiene en cuenta que su aplicación se encuentra sujeta a la existencia de situaciones evidentes de calamidad pública o desastre que afecten de manera inminente la prestación de un servicio, que son circunstancias que por su propia naturaleza hacen imposible acudir al trámite de escogencia reglada del contratista. Los posibles excesos que genere la aplicación práctica de este instrumento-que de por sí son ajenos al juicio de constitucionalidad de las normas acusadas-, se ven morigerados por la exigencia de que la declaración de urgencia manifiesta conste en acto administrativo motivado y en la obligación consagrada en el artículo 43 ibidem, de enviar al funcionario u organismo que ejerza control fiscal en la respectiva entidad los contratos originados en la urgencia manifiesta y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes, las pruebas y los hechos, inmediatamente después de celebrados dichos contratos, sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento”.

123. En lo que se refiere a la adición y modificación de contratos (art. 8) y a la autorización otorgada al Fondo Rotatorio (art.10), este tribunal encuentra que dichas medidas están debidamente limitadas y restringidas a la finalidad que se pretender alcanzar y no resultan excesivas en relación con la naturaleza y dimensiones de la crisis.

124. Frente a la primera medida (art. 8. Adición y modificación de contratos estatales), a partir de su contexto normativo y su finalidad, la Sala advierte lo siguiente: (i) la adición/modificación debe tener conexidad directa con el objeto previsto en contrato principal; (ii) en todos los casos, la adición debe surtir todas las formalidades requeridas por la ley para estos efectos (motivación de la necesidad, disponibilidad presupuestal, formalidad escrita); y (iii) la habilitación impartida sobre los contratos que se celebren durante el término de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y hasta el término de su vigencia, versa solamente sobre aquellos contratos suscritos que contribuirán a una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia. En este contexto, para la Corte, la excepción al monto máximo de las adiciones destinadas a contener la pandemia y mitigar la extensión de sus efectos, es razonable debido a la naturaleza y dimensiones de la crisis, por lo encuentra que la medida adoptada es proporcionada.

125. Respecto de la segunda medida (art. 10. Contratos del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores), esta Corte ha aceptado que a través de decretos legislativos se establezcan excepciones a la aplicación del régimen general de contratación estatal, siempre y cuando (i) esas medidas estén exclusivamente dirigidas a atender las causas de la emergencia y a impedir la extensión de sus efectos; y (ii) resulten salvaguardados los principios de la función administrativa. Particularmente, respecto del límite temporal de los regímenes de contratación en estados de emergencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que: “una medida de excepción que permite la ejecución de recursos públicos por fuera de los cauces ordinarios de la contratación estatal se justifica sólo en la atención estatal inicial y como una medida transitoria, pero no es constitucionalmente admisible por un tiempo prolongado en tanto desborda los límites directos de la emergencia y con ello incumple los requisitos de necesidad y proporcionalidad”.

126. Con base en lo expuesto, la medida adoptada en el art. 10 se encuentra limitada al término del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y a los contratos que tengan por objeto adquirir bienes y servicios de entidades públicas extranjeras, empresas privadas extranjeras o de otras organizaciones o personas extranjeras, necesarios para mitigar la pandemia y sus efectos, por lo que la misma se encuentra proporcionada. Asimismo, en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de esta corporación ha entendido que el desarrollo de un proceso de contratación a través de las reglas del derecho privado, de ninguna manera significa la inaplicación de los principios de la función administrativa previstos en el art. 209 CP, de la gestión fiscal que trata el art. 267 CP y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ni que dichos procesos se encuentren excluidos de los respectivos controles, por lo que se impone la aplicación de dichas disposiciones constitucionales. En consecuencia, esta Sala advierte que no se cumple con el supuesto necesario para adoptar un fallo de exequibilidad condicionada sobre este particular.

127. Por lo demás, este tribunal estima necesario resaltar que, en atención al límite temporal de todas las medidas adoptadas en el DL 440, esto es, mientras dure el Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica (art. 11), las mismas no se muestran exageradas o desproporcionadas, por lo que el DL 440 de 2020 cumple con el juicio de proporcionalidad. En efecto, su alcance en tiempo no puede ir más allá de lo necesario para la atención de la emergencia y no podrá entenderse como de carácter indefinido.

() Juicio de no discriminación

128. Finalmente, respecto del juicio de no discriminación la Corte no advierte que las medidas adoptadas en el DL 440 impongan trato discriminatorio alguno y menos aún, fundado en criterios sospechosos.

129. En efecto, tal como se evidenció, el Decreto Legislativo objeto de estudio tiene como propósito específico “prevenir la propagación de la pandemia, mediante el distanciamiento social, acudiendo a la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales, fortaleciendo el uso de las herramientas electrónicas, de manera que se evite el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, pero sin afectar la publicidad y la transparencia; propósito que también se debe cumplir en la realización de las actuaciones contractuales sancionatorias, que deben incorporar medios electrónicos para evitar el contacto físico, pero que garanticen el debido proceso y el derecho de defensa”; (ii) “facilitar que la Administración dirija los procedimientos de contratación, se debe autorizar la suspensión de los procedimientos, inclusive su revocatoria, cuando no haya mecanismos que permiten continuarlos de manera normal”; (iii) “permitir que las autoridades administrativas, y en especial la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pueda adelantar procedimientos (sic) de contratación ágiles y expeditos, ante la urgencia en adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión (sic) del virus y atender la mitigación de la pandemia; inclusive se debe autorizar, entre otras medidas pertinentes, la adición ilimitada de los contratos vigentes que contribuyan a atender la epidemia”.

130. Con fundamento en las consideraciones señaladas, la Sala procederá a exponer la síntesis del análisis de los requisitos materiales del Decreto Legislativo sub examine:

Juicio

Cumplimiento

Consideraciones de Sala Plena

SI

NO

Finalidad

X

Las medidas del DL 440 son idóneas y tienen por finalidad conjurar la crisis provocada por la Pandemia y mitigar la extensión de sus efectos. Buscan que la actividad contractual del Estado y la ejecución del gasto se desarrolle de manera ágil y eficiente, acompasándose con el contexto de distanciamiento social, urgencia y gravedad de la crisis, de forma que las entidades puedan contar con herramientas legales claras y expresas que les permitan adquirir -oportunamente. bienes y servicios necesarios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia

Conexidad material

X

Las medidas adoptadas en el DL 440 guardan relación específica con las invocadas motivaciones para su expedición, así como relación directa y específica con el Decreto 417.

Motivación suficiente

X

Dado que el DL 440 no contiene medida alguna que imponga limitación a derechos de carácter fundamental, este escrutinio resulta menos exigente. Y el Decreto en todo caso expone las razones que fundamentan las medidas adoptadas.

Ausencia de arbitrariedad

La Corte no advierte que el DL 440 suspenda, afecte o, mucho menos, vulnere derechos

fundamentales, pues busca adoptar medidas en materia de contratación estatal que fortalezcan el uso de herramientas tecnológicas para propiciar el distanciamiento físico entre las personas como mecanismo idóneo de contención de la pandemia. Asimismo, ante la urgencia, permite adquirir bienes y servicios de manera ágil y expedita, para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia, a través de diferentes herramientas que, además de ser dispositivas, prevén una serie de límites y no excluyen los controles propios de la actividad contractual.

Intangibilidad

X

El DL 440 no contiene medida alguna que afecte derechos a los que se refieren los artículos 93 y 214.2, el artículo 4 de la LEEE y 27.2 de la CADH, ni de los mecanismos que los garantizan.

No contradicción específica

X

La Corte no advierte contradicción específica alguna entre el contenido del DL 440 y el ordenamiento constitucional.

Incompatibilidad

X

Aunque existe una clara incompatibilidad entre la medida adoptada en el art. 8 del DL 440 y el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, este Decreto expuso las razones por las cuales debe permitirse la adición de los contratos, en aras de superar la crisis y/o mitigar la extensión de sus efectos.

Necesidad

X

Desde el punto de vista de la necesidad fáctica, la Sala encuentra varias razones que justifican las medidas adoptadas en el DL 440. Primero, por los requerimientos de distanciamiento social de la Organización Mundial de la Salud debido a número de contagios y crecimiento exponencial de propagación de la Pandemia. Segundo, por la gravedad, magnitud, dimensiones y naturaleza imprevisible de la crisis. Tercero, por la urgencia e inminente reacción que exige de las autoridades estatales, procurar medios conducentes y pertinentes para afrontar de manera inmediata y en el inmediato futuro la actual situación.

Desde el punto de vista de la necesidad jurídica o juicio de subsidiariedad, pese a que el ordenamiento jurídico ordinario prevé algunas normas que regulan situaciones similares en tiempos de normalidad, la Corte observa que las mismas no eran suficientes ni idóneas para lograr los objetivos planteados en dicho Decreto y enfrentar, de esa manera, la situación excepcional generada por la Pandemia; de hecho, desde la perspectiva del juicio de necesidad, la justificación constitucional de la medida, está atada a la urgencia con que esta se requiere.

Proporcionalidad

X

La Corte evidencia que el DL 440 supera dicho examen porque, por un lado, las medidas adoptadas no limitan garantías constitucionales y, por otro, son proporcionales con la crisis que se pretende atender. En efecto, ninguna de las medidas adoptadas en dicho Decreto resulta excesiva en relación con la naturaleza de la crisis que se busca conjurar, así mismo contribuyen a la satisfacción de derechos no solo de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública, sino de todos los ciudadanos; asimismo, están limitadas y restringidas a la finalidad que se busca alcanzar, esto es, la conjuración de la crisis y la mitigación de sus efectos. Y sobre ellas operan los respectivos controles. Además, la corte

duración de las medidas (durante la vigencia del estado de excepción), hace que no puedan ser calificadas de desproporcionadas.

No discriminación

X

La Corte no advierte que las medidas adoptadas en el DL 440 impongan trato discriminatorio, y menos aun, fundado en criterios sospechosos.

131. Así pues, la Corte concluye que el Decreto Legislativo 440 de marzo 20 de 2020 “[p]or el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19” sí cumple con los requisitos formales y materiales, previstos en la Constitución, en la LEEE y desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

132. Ahora bien, en relación con las anteriores medidas de excepción objeto de estudio, y que están destinadas a dar una acelerada e idónea respuesta a la crisis generada por el COVID-19, se estima oportuno hacer un especial llamado al Gobierno nacional y a los servidores públicos encargados de la gestión contractual y de la ordenación del gasto en las entidades estatales de todo orden, para que en aras de fortalecer la institucionalidad, en el ejercicio de tales facultades se garanticen los fines del Estado y se dé plena observancia a los principios que rigen la función administrativa. Del mismo modo, se resalta la necesidad de garantizar la transparencia y el desarrollo de las competencias de los organismos de control.

G. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

133. La Corte Constitucional, en ejercicio del control automático, integral y definitivo de la constitucionalidad sobre el Decreto Legislativo 440 de 2020 “[p]or el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”, verificó que este cumplió con los requisitos formales de validez: (i) fue suscrito por el Presidente de la República y por todos los ministros; (ii) fue expedido en desarrollo y durante el término de vigencia del estado de excepción declarado mediante el Decreto 417 de 2020; (iii) se

encuentra motivado; y (iv) su ámbito de aplicación comprende todo el territorial nacional.

134. En cuanto a los requisitos materiales, la Sala encontró que el DL 440 (i) cumple el requisito de finalidad, puesto que las medidas están dirigidas a conjurar las causas que dieron origen a la declaratoria del estado de excepción y a impedir la extensión de sus efectos; (ii) existe conexidad material tanto interna como externa; (iii) se encuentra suficientemente motivado; (iv) no desconoce la prohibición de arbitrariedad durante los estados de excepción; (v) no afecta ninguno de los derechos fundamentales intangibles; (vi) su contenido no contradice ninguna norma constitucional; (vii) se fundamenta en debida forma la incompatibilidad con las normas legales que suspende o modifica transitoriamente, en particular la medida relacionada en el art. 8 del DL 440; (viii) cumple con el requisito de necesidad, tanto fáctica como jurídica. Lo primero porque el Decreto Legislativo bajo estudio busca hacer efectivos los requerimientos de distanciamiento social según recomendación de la OMS, como mecanismo idóneo para controlar la expansión de la pandemia, por la gravedad, magnitud, dimensiones y naturaleza imprevisible de la crisis, y por la urgencia e inminente reacción que exige de las autoridades estatales, procurar medios conducentes y pertinentes para afrontar la situación de emergencia. Y lo segundo porque, esta Corte identificó que el ordenamiento ordinario no cubría las exigencias de atención inmediata y urgente que precisa la pandemia, por lo que se requería de la expedición de normas con fuerza de ley de carácter temporal que permitieran conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos; (ix) las medidas son proporcionales frente a la crisis que se pretende conjurar, están limitadas por esta finalidad, sometidas a los respectivos controles, y son además de muy corta duración, ya que están vigentes por el tiempo que dure el estado de emergencia económica, social y ecológica; y (x) no establece ninguna medida discriminatoria.

135. En particular, frente a las solicitudes de condicionamiento formuladas por el Ministerio Público en relación con los arts. 4 y 10 del DL 440 esta Corte estimó que ello no era necesario toda vez que (i) la medida adoptada en el art. 4 se interpreta a partir del contexto normativo en el cual la misma se encuentra inmersa, por lo que consideró razonable comprender que la indicación preferencia de los acuerdos marco de precios vigentes por parte de las entidades territoriales, versa sobre lo directamente relacionado con la finalidad de contener la expansión del virus y atender la mitigación de la crisis; (ii) según se desprende de la normatividad así como de lo señalado por la jurisprudencia constitucional, la aplicación de las

reglas del régimen de derecho privado a la contratación estatal, no significa que esta no se guíe por los principios de la función administrativa previstos en el art. 209 CP, ni que esté exenta de controles, en particular del que se ejerce sobre de la gestión fiscal en los términos del art. 267 CP.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

Declarar EXEQUIBLE el Decreto Legislativo 440 del 20 de marzo de 2020, “[p]or el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General