Sentencia C-163/20

SUCURSALES PARA QUE PERSONAS EXTRANJERAS CONTRATEN CON EL ESTADO-Inexequibilidad

(…) la Sala difiere de los planteamientos del Gobierno acerca de la necesidad jurídica de establecer exclusiones referidas a la necesidad de constituir sucursales para que las personas extranjeras contraten con el Estado. Esto debido a que, de acuerdo con la legislación ordinaria, estos requisitos solo son exigibles cuando se trate de realizar negocios permanentes en el país, lo cual no es el objeto de la norma examinada. Por ende, el parágrafo segundo del artículo 1º del decreto objeto de examen no cumple con el requisito de subsidiariedad, por lo que deviene inexequible.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID-19-Juicio de constitucionalidad

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Exequibilidad

DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Competencia de la Corte Constitucional

SUBROGACION-Concepto/DIFERENCIAS ENTRE DEROGATORIA TACITA Y SUBROGACION-Jurisprudencia constitucional

SUBROGACION-Alcance

PROCESOS DE SUBROGACION-Hipótesis posibles y solución en torno a la competencia de la Corte Constitucional

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

ESTADOS DE EXCEPCION-Carácter reglado, excepcional y limitado

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, por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia (en adelante LEEE), así como mediante sus especiales dispositivos de control político y judicial.

ESTADOS DE EXCEPCION-Control político y control jurídico

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Contenido

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 superior 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.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Fundamento

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Alcance

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO DECLARATORIO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Presupuestos formales y materiales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio formal

El examen formal del decreto exige verificar, en el siguiente 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.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio material

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

Indica que toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar directa, cierta 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 complemento a la verificación formal debido a que busca establecer: (i) si el decreto de emergencia fue fundamentado; y (ii) si las razones presentadas por el Presidente de la República 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".

(…) tiene por objeto comprobar que el decreto legislativo no establezca 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; (ii) no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, en particular, (iii) 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 derechos intangibles: la vida y 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 la Constitución o 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. La Corte ha destacado 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 superior.

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

(…) según el artículo 12 de la LEEE, los decretos legislativos que suspendan leyes deben expresar las razones por las cuales estas 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, que 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 con respecto 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 el análisis de proporcionalidad cuando ello se requiera en cualquier otra etapa del escrutinio, por ejemplo, para controlar restricciones a derechos constitucionales se utiliza el juicio de ausencia de arbitrariedad.

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

(…) que 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 la raza, el sexo, la lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o cualquier otra categoría sospechosa. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes injustificados.

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOBRE CONTRATACION ESTATAL PARA ADQUIRIR EN EL MERCADO INTERNACIONAL MATERIAL MEDICO Y DE PROTECCION PERSONAL-Contenido y alcance

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Finalidad

El EGCAP es, ante todo, un arreglo institucional que tiende al cumplimiento de los fines del Estado, descritos en artículo 2º de la Constitución. En particular, esa actividad debe realizarse en pos del logro del interés general, presupuesto que prefigura las condiciones específicas de la contratación por parte del Estado.

INTERES GENERAL-Defensa constituye finalidad de la contratación estatal

CONTRATACION ESTATAL-Principios que la rigen

La Corte destaca que estos principios, en virtud de su jerarquía normativa, guían todas las actividades de la contratación estatal y desde una perspectiva amplia. Esto quiere decir que tienen carácter vinculante no solo para aquellas actividades contractuales desarrolladas a partir de las reglas del EGCAP, sino también respecto de toda actividad estatal dirigida a la adquisición de bienes y servicios, al margen del régimen legal que les resulte aplicable. En términos de la jurisprudencia constitucional, “el estatuto contractual se fundamenta en los principios de transparencia, economía y responsabilidad (art. 23 de la Ley 80 de 1993), en el postulado de la buena fe establecido en el artículo 83 de la Carta Política, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa consagrados en el artículo 209 Fundamental”.

CONTRATACION ESTATAL-Principios de selección objetiva y libre concurrencia

La selección objetiva y la libre y equitativa concurrencia de los oferentes son los mecanismos legales preferentes para la eficacia de los principios constitucionales mencionados. Esto, debido a que facilitan (i) que los diferentes agentes de mercado concurran en condiciones paritarias en la oferta de bienes y servicios para el Estado; (ii) escoger la propuesta de contrato que resulte más favorable, en términos del cumplimiento de los fines estatales involucrados en el contrato; (iii) suscribir el contrato con el proponente que ofrezca mayor capacidad jurídica, financiera y técnica; y (iv) el uso eficiente de los recursos públicos

destinados al contrato, a partir de la evaluación del precio más favorable y que, además, pertenezca a la propuesta que cumpla con las exigencias vinculadas al desarrollo del objeto contractual.

CONTRATACION POR LICITACION PUBLICA-Aplicación estricta de principios/PROCEDIMIENTO DE SELECCION DE CONTRATISTA-Principios de concurrencia y la igualdad entre proponentes

LICITACION PUBLICA-Excepción a regla general

De manera general, la Corte ha concluido que las normas que establecen excepciones a la licitación o concurso públicos son compatibles con la Constitución, siempre y cuando se demuestre que sirven al interés general y que responden a condiciones de eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines del Estado vinculados a la actividad contractual. Para ello, ha destacado que (i) no existe un mandato constitucional de adoptar un modelo contractual específico, por lo que es una materia que pertenece al margen de configuración normativa del Congreso; y (ii) en toda circunstancia, sin importar la modalidad de contratación escogida, deben satisfacerse los principios constitucionales de la función administrativa, los cuales concurren en la selección objetiva del contratista y el cumplimiento de los fines estatales representados en el contrato.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL-Jurisprudencia constitucional

CONTRATACION DIRECTA-Excepciones a la regla

(…) el legislador ordinario contempla formas céleres de contratación directa que se fundamentan en la comprobación de situaciones de urgencia, en donde los requisitos de la licitación pública o la selección abreviada no son compatibles con la necesidad imperiosa de adquirir obras, bienes o servicios para la atención de la emergencia. Adicionalmente, también se ha aceptado que a través de decretos legislativos se establezcan excepciones a la aplicación del EGCAP, 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.

PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD EN ESTADOS DE EXCEPCION-Contenido

El principio de temporalidad se desprende del artículo 215 de la Constitución y se refiere a la exigencia de que toda medida adoptada en el marco de la declaratoria de estados de excepción, por una parte, se expida dentro del tiempo permitido para este tipo de circunstancias y, por otra, que tenga una duración limitada, de conformidad con las exigencias de la situación. Adicionalmente, la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción "establece los principios que guían tanto la declaración como todas aquellas medidas que sean adoptadas en el desarrollo de los mismos, entre los que se encuentran el de necesidad, proporcionalidad, temporalidad, legalidad, proclamación e intangibilidad de ciertos derechos".

TEMPORALIDAD DE LOS ESTADOS DE EXCEPCION-Limitaciones

TEMPORALIDAD DE LOS ESTADOS DE EXCEPCION-Jurisprudencia

DECRETOS LEGISLATIVOS EN ESTADO DE EMERGENCIA-Disposiciones con vocación de permanencia en el tiempo

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Función de control y vigilancia

El artículo 267 de la Constitución Política establece que el control fiscal es una función pública y autónoma, ejercida por la Contraloría de la República. En desarrollo de esta atribución, dicha entidad debe vigilar la gestión fiscal de la administración, así como "de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación", en todos los órdenes y niveles. Esto no solo incluye el seguimiento permanente al recurso público, sino que también implica el control financiero, de gestión y de resultados en la actividad fiscal, bajo los principios de eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de costos ambientales

CONTROL FISCAL-Finalidad

CONTROL FISCAL-Carácter amplio

CONTROL FISCAL-Carácter integral

CONTROL FISCAL-Carácter preventivo y concomitante

CONTROL FISCAL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE-Características y limitaciones

CONTROL FISCAL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE-Alcance

(…) el nuevo sistema de control fiscal examinado (preventivo y concomitante) no significa una sustitución de la Constitución, ni tampoco constituye, per se, una afectación del principio de separación de poderes.

CONTROL FISCAL-Función pública

(…) la función pública de control fiscal es ejercida por la Contraloría General de la República así como por las contralorías departamentales, a quienes se les confía la inspección de la actividad fiscal externa de todas las instituciones del Estado y de los particulares que manejan bienes o fondos públicos, desde el punto de vista financiero, de gestión y de resultados.

Referencia: Expediente RE-255

Revisión de constitucionalidad del Decreto 499 del 31 de marzo de 2020, "[p]or el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado internacional de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus Covid 19".

Magistrada ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

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

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 7º del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos los trámites y requisitos contemplados en los artículos 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. I. ANTECEDENTES

La Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, mediante oficio del 1 de abril de 2020, remitió a la Presidencia de esta Corporación copia auténtica del Decreto 499 del 31 de marzo de 2020, “[p]or el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado internacional de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus Covid 19”, junto con algunos documentos anexos.

La Sala Plena efectuó el reparto del asunto, cuyo conocimiento correspondió a la suscrita Magistrada ponente. El expediente fue remitido a este despacho el 3 de abril del presente año.

. TEXTO DEL DECRETO OBJETO DE REVISIÓN

El siguiente es el texto del Decreto Legislativo 499 de 2020, “[p]or el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado internacional de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus Covid 19”, tal y como aparece publicado en el Diario Oficial N° 51.273 del 31 de marzo de 2020:

“REPÚBLICA DE COLOMBIA

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO 499 DE 2020

31 MAR 2020

Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el

mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado internacional de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus Covid 19

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA,

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, y el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, “Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional”, y

CONSIDERANDO:

Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de 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.

Que según la misma norma constitucional, una vez declarado el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el Presidente, 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 estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y podrán, en forma transitoria establecer nuevos tributos o modificar los existentes.

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 dentro de las razones generales tenidas en cuenta para la adopción de dicha medida se

incluyeron las siguientes:

Que el 30 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud identificó el nuevo Coronavirus COVID-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional.

Que el 6 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y de la Protección Social dio a conocer el primer caso de brote de enfermedad por Coronavirus COVID-19 en el territorio nacional.

Que el 9 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud solicitó a los países la adopción de medidas prematuras con el objetivo de detener la transmisión y prevenir la propagación del virus.

Que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud – OMS declaró el actuar brote de enfermedad por Coronavirus COVID-19 como una pandemia, esencialmente por la velocidad de su propagación y la escala de trasmisión, toda vez que el 11 de marzo de 2020 a la OMS se habían notificado cerca de 125.000 casos de contagio en 118 países y que a lo largo de esas últimas dos semanas el número de casos notificados fuera de la República Popular China se había multiplicado en 13 veces, mientras que el número de países afectados se había triplicado, por lo que instó a los países a tomar acciones urgentes.

Que según la OMS la pandemia del Coronavirus COVID-19 es una emergencia sanitaria y social mundial, que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas.

Que mediante la Resolución 0000380 del 10 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó, entre otras, medidas preventivas sanitarias de aislamiento y cuarentena de las personas que, a partir de la entrada en vigencia de la precitada resolución, arribaran a Colombia desde la República Popular China, Francia, Italia y España.

Que mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud de la misma, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID-19 y mitigar sus

efectos.

Que el vertiginoso escalamiento del brote de Coronavirus COVID-19 hasta configurar una pandemia representa actualmente una amenaza global a la salud pública, con afectaciones al sistema económico, de magnitudes impredecibles e incalculables, de la cual Colombia no podrá estar exenta.

Que la expansión en el territorio nacional del brote de enfermedad por el Coronavirus - COVID-19 y cuyo crecimiento exponencial es imprevisible, sumado a los efectos económicos negativos que se han venido evidenciando en la última semana, es un hecho que, además de ser una grave calamidad pública, constituye una grave afectación al orden económico y social del país que justifica la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social, toda vez que se trata de situaciones diferentes a las que se refieren los articulas 212 y 213 de la Constitución Política.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 9 de marzo de 2020 0 muertes y 3 casos confirmados en Colombia.

Que pese a las medidas adoptadas, el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 30 de marzo de 2020 13 muertes y 798 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (350), Cundinamarca (29), Antioquia (96), Valle del Cauca (104), Bolívar (40), Atlántico (25), Magdalena (8), Cesar (4), Norte de Santander (16), Santander (8), Cauca (9), Caldas (15), Risaralda (29), Quindío (16), Huila (21), Tolima (9), Meta (8), Casanare (1), San Andrés y Providencia (1), Nariño (2), Boyacá (4), Córdoba (2) y Sucre (1).

Que según la Organización Mundial de la Salud – OMS, en reporte de fecha 30 de marzo de 2020 a las 11 :23 GMT-5, – Hora del Meridiano de Greenwich-, se encuentran confirmados 693,224 casos, 33,106 fallecidos y 203 países, áreas o territorios con casos del nuevo coronavirus COVID-19.

Que el Fondo Monetario Internacional mediante Comunicado de Prensa 20/114 del 27 de marzo de 2020, publicó la “Declaración conjunta del Presidente del Comité Monetario y Financiero Internacional y la Directora Gerente del Fondo Monetario Internacional”, la cual expresa:

“[…] Estamos en una situación sin precedentes en la que una pandemia mundial se ha convertido en una crisis económica y financiera. Dada la interrupción repentina de la actividad económica, el producto mundial se contraerá en 2020. Los países miembros ya han tomado medidas extraordinarias para salvar vidas y salvaguardar la actividad económica. Pero es necesario hacer más. Se debe dar prioridad al apoyo fiscal focalizado para los hogares y las empresas vulnerables a fin de acelerar y afianzar la recuperación en 2021 […]”

Que mediante Decreto Legislativo 440 del 20 de marzo de 2020, se adoptaron medidas en materia de contratación estatal con la finalidad de prevenir la propagación del Coronavirus COVID-19 y facilitar los instrumentos jurídicos para adquirir de forma ágil y expedita bienes, obras o servicios para contener la expansión de la pandemia y atender la mitigación de la misma, pudiendo acudir a la modalidad de contratación directa.

Que en este Decreto Legislativo se estableció la posibilidad de que 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, podrían adicionarse sin limitación al valor, siempre que la necesidad de proceder en tal sentido se acompañe de la justificación que dé cuenta de su contribución a la gestión o mitigación de la situación de emergencia.

Que en el marco de la situación de emergencia sanitaria con ocasión de la pandemia del Coranavirus, la Organización Mundial de la Salud -OMS- emitió la recomendación interina del 3 de marzo de 2020 titulada “Especificaciones técnicas de dispositivos médicos para la gestión de casos de COVID-19 en los servicios de salud’. Este instrumento contiene una lista mínima de dispositivos médicos que proporcionan estándares y descripciones médicas para el tratamiento del Coranavirus COVID-19.

Que esta recomendación no excluye la posibilidad de que los Estados deban acudir a otro tipo de insumos o equipos médicos para enfrentar la pandemia. De esta manera, las tecnologías en salud, tales como medicamentos, dispositivos médicos y reactivos de diagnóstico in vitro, así como elementos de protección personal, son necesarios para enfrentar la pandemia.

Que en razón a que la situación de emergencia sanitaria en Colombia es producto de una

pandemia, las condiciones comerciales de acceso a los bienes y servicios son excepcionales, y están caracterizadas por la falta de disponibilidad, las entregas a largo plazo, y la existencia de una alta demanda de los Estados para adquirir dispositivos médicos, elementos de protección personal y otros insumas médicos que permitan enfrentar el Coronavirus COVID-19, los cuales son limitados.

Que los bienes que se requiere adquirir corresponden a un tipo de demanda inelástica, en donde las variaciones en el precio y en las condiciones de adquisición de los productos no cambian la cantidad demandada, puesto que son bienes vitales de atención y protección y de difícil sustitución generando condiciones asimétricas entre oferentes estables de bienes y servicios y demandantes con necesidades crecientes y número elevado que requieren de bienes de necesaria producción y venta.

Que el Decreto 4725 de 2005 “Por el cual se reglamenta el régimen de registros sanitarios, permiso de comercialización y vigilancia sanitaria de los dispositivos médicos para uso humano”, define qué es un dispositivo médico de uso humano.

Que a su vez el artículo 1 del Decreto Legislativo 438 del 19 de marzo de 2020 “Por el cual se adoptan medidas tributarias transitorias dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de conformidad con el Decreto 417 de 2020”, señala lo siguiente:

“Exención transitoria del impuesto sobre las ventas -IVA. Por el término de duración de la emergencia de que trata el Decreto 417 de 2020, estarán exentos del impuesto sobre las ventas IVA, en la importación, y en las ventas en el territorio nacional sin derecho a devolución y/o compensación, los siguientes bienes siempre y cuando se cumplan las especificaciones técnicas establecidas en el Anexo que hace parte integral del presente Decreto Ley:

1. Nebulizador

2. Báscula pesa bebés

3. Monitor de signos vitales

4. Electrocardiógrafo

5. Glucómetro

6. Tensiómetro

7. Pulsoximetro

8. Aspirador de secreciones

9. Desfibrilador

10. Incubadora

11. Lámpara de calor radiante

12. Lámpara de fototerapia

13. Bomba de infusión

14. Equipo de órganos de los sentidos

15. Bala de Oxigeno

16. Fonendoscopio

17. Ventilador

18. Equipo de rayos X portátil

19. Concentrador de oxígeno

20. Monitor de transporte

21. Flujómetro

22. Cámara cefálica

23. Cama hospitalaria

24. Cama hospitalaria pediátrica

[…]”

Que los elementos de protección personal – EPP- consisten en las medidas basadas en el uso de dispositivos, accesorios y vestimentas por parte de los trabajadores, con el fin de protegerlos contra posibles daños a su salud o su integridad física derivados de la exposición a los peligros en el lugar de trabajo, de conformidad con la Ley 9 del 24 de enero 1979 “Por la cual se dictan Medidas Sanitarias” y la Resolución 2400 del 22 de mayo de 1979 “Por la cual se establecen algunas disposiciones sobre vivienda, higiene y seguridad en los establecimientos de trabajo”, expedida por el entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Que es prioritario que las entidades estatales tengan la posibilidad de adelantar y cerrar negociaciones que garanticen la disponibilidad de dispositivos médicos y elementos de protección personal, acudiendo al mercado internacional.

Que las medidas de contratación protegen de manera inmediata, el derecho fundamental a la vida digna y a la salud de todos los habitantes de Colombia, pues lo que pretenden es garantizar la disponibilidad, accesibilidad, equidad, continuidad y oportunidad del servicio de salud.

Que el contexto económico, político y social para la adquisición de bienes relacionados directamente con la pandemia a nivel mundial, requieren la interpretación del principio de celeridad propio de la función administrativa, bajo el postulado de inmediatez ante las reglas del mercado y las demandas internacionales que empiezan a presentar los distintos estados.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA

Artículo 1. Régimen de contratación. Los contratos que tengan por objeto la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos relacionados en el artículo 1 del Decreto Legislativo 438 del 19 de marzo de 2020 y elementos de protección personal requeridos en la gestión sanitaria para atender casos sospechosos o confirmados de Coronavirus COVID-19 en el marco de la declaración del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, no se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en

consecuencia le serán aplicables las normas de derecho privado.

Parágrafo 1. Las entidades estatales, en el contexto de inmediatez que demanda la situación, quedan facultadas a contratar directamente a las personas extranjeras naturales o jurídicas que provean los bienes o servicios de que trata el presente artículo.

Parágrafo 2. Las personas extranjeras, naturales o jurídicas que contraten con las entidades a las que se refiere el presente artículo, no requieren de domicilio ni sucursal en Colombia, ni constituir apoderado para los negocios a celebrar.

Artículo 2. Control fiscal. El representante legal de la entidad contratante deberá remitir toda la información de los contratos a los que hace alusión el artículo 1 del presente Decreto Legislativo al órgano de control fiscal competente, dentro de los 3 días siguientes a su celebración.

Articulo 3. Vigencia: Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los

31 MAR 2020

IVÁN DUQUE MÁRQUEZ

LA MINISTRA DEL INTERIOR,

ALICIA VICTORIA ARANGO OLMOS

LA MINISTRA DE RELACIONES EXTERIORES,

CLAUDIA BLUM DE BARBERI

EL MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO,

ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA

LA MINISTRA DE JUSTICIA Y DEL DERECHO,

MARGARITA LEONOR CABELLO BLANCO

EL MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL,

CARLOS HOLMES TRUJILLO GARCÍA

EL MINISTRO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL,

RODOLFO ENRIQUE ZEA NAVARRO

EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL,

FERNANDO RUIZ GÓMEZ

EL MINISTRO DE TRABAJO,

ÁNGEL CUSTODIO CABRERA BÁEZ

LA MINISTRA DE MINAS Y ENERGÍA,

MARÍA FERNANDA SUÁREZ LONDOÑO

EL MINISTRO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO,

JOSÉ MANUEL RESTREPO ABONDANO

LA MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL,

MARÍA VICTORIA ANGULO GONZÁLEZ

LA MINISTRA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE (E),

MARÍA CLAUDIA GARCÍA DÁVILA

EL MINISTRO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO,

JONATHAN MALAGÓN GONZÁLEZ

LA MINISTRA DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES,

SYLVIA CRISTINA COSTAÍN RENGIFO

LA MINISTRA DE TRANSPORTE,

ÁNGELA MARÍA OROZCO GÓMEZ

LA MINISTRA DE CULTURA,

CARMEN INÉS VÁSQUEZ CAMACHO

LA MINISTRA DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN,

MABEL GISELA TORRES TORRES

EL MINISTRO DEL DEPORTE,

ERNESTO LUCENA BARRERO”

En Auto del 14 de abril de 2020, el Despacho de la Magistrada ponente, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 244 de la Constitución, comunicó del inicio del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al Ministerio del Interior, a la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, al Ministerio de Salud y Protección Social, y al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos– INVIMA.

Adicionalmente, invitó a participar en el proceso a las Facultades de Derecho de las Universidades (i) de los Andes, (ii) Sergio Arboleda, (iii) Externado de Colombia, (iv) del Rosario, (v) de Nariño y (vi) Libre de Bogotá, así como a (vii) la Cámara de Dispositivos Médicos e Insumos para la Salud de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI, (viii) la Federación Médica Colombiana, (ix) la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral – ACEMI y (x) la Cámara Técnica de Riesgos Laborales de la Federación de Aseguradores de Colombia – FASECOLDA; con el propósito de que, si lo consideraban oportuno, presentaran sus argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Decreto bajo estudio.

Finalmente, la Magistrada ponente requirió a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para que, dentro del término decretado, respondiera a las cuestiones planteadas

en ese proveído. Principalmente, solicitó a dicha dependencia que expusiera las razones que justifican (i) la necesidad de acudir a las reglas de derecho privado para realizar la adquisición de dispositivos médicos y elementos de protección personal vinculados a la atención de la emergencia; (ii) la incompatibilidad de las medidas de urgencia decretadas con las normas legales en materia de contratación estatal y (iii) la insuficiencia de dichas medidas ordinarias; entre otros interrogantes.

Por Secretaría General de esta Corporación, se recibieron las intervenciones de (i) la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, (ii) la Federación Médica Colombiana, (iii) la Universidad Externado de Colombia y (iv) la Universidad Santo Tomás.

Respuesta de la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República al auto de pruebas

Mediante oficio del 20 de abril de 2020, la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República presentó su respuesta a las cuestiones planteadas por la Corte Constitucional. A continuación, se presenta un resumen del mencionado memorial:

En primer lugar, explicó por qué son justificadas las medidas adoptadas en el Decreto, desde el punto de vista de (i) su necesidad y de (ii) su incompatibilidad con los medios ordinarios dispuestos en el ordenamiento jurídico. Sobre el particular, expuso que la norma bajo estudio tiene como propósito generar mayor flexibilidad, celeridad y facilidad en las negociaciones que adelanten las entidades estatales para la adquisición de los insumos médicos y los dispositivos de protección personal de que trata la norma sub examine.

Por consiguiente, su finalidad consiste en eliminar barreras relacionadas con requisitos de orden contractual y regulatorio que se presentan a la hora de contratar con el Estado, y así, permitir que las entidades compitan de forma eficaz en el mercado internacional para la compra de los bienes mencionados en el Decreto, cuya demanda ha aumentado a nivel global por cuenta de la crisis generada por el Covid-19.

Asimismo, manifiesta la existencia de limitaciones específicas de la regulación contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante “EGCAP”) para efectos de la adquisición de bienes en el mercado internacional por parte de las entidades estatales, y que se traducen en numerosos requisitos y exigencias que, en su criterio, no existen en el régimen privado.

Según lo expuesto en el documento, esto justificaría la insuficiencia de la normativa ordinaria frente a la capacidad de negociación del Estado colombiano con respecto a la crisis causada por la pandemia. Más aún, implicaría que las entidades colombianas (i) no puedan adquirir dichos elementos, en tanto otros países logren ofrecer a los proveedores internacionales mejores condiciones para su adquisición; o (ii) que la consecución de estos bienes sea tardía, por causa de las cargas adicionales contenidas en el EGCAP y, en consecuencia, no sea posible emplearlos cuando su uso es trascendental. Esto conllevaría a la afectación de los derechos fundamentales de las personas residentes en Colombia, particularmente en lo relacionado con los derechos a la vida y a la salud.

De manera más específica, describió cuales son los requisitos y restricciones establecidos en las normas ordinarias, incluyendo aquellas que regulan la contratación directa, que permiten determinar la necesidad de aplicar las reglas del derecho privado para la celebración y ejecución de estos contratos. Dichas disposiciones se exponen sucintamente a continuación:

Bajo la legislación del país, las personas naturales o jurídicas extranjeras que pretendan celebrar contratos con una entidad estatal colombiana y ejecutarlos en el territorio nacional, tendrían que contar con una sucursal en el país, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 471 y 474 del Código de Comercio. Adicionalmente, deben estar inscritos en el Registro Único de Proponentes – RUP, según lo expuesto en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

Por el contrario, el Decreto 499 de 2020 elimina la obligación de (i) establecer una sucursal en el país, (ii) constituir un apoderado para los negocios a celebrar e (iii) inscribirse en el RUP, para efectos de que los contratistas extranjeros puedan vender sus productos médicos a las entidades estatales colombianas.

De otra parte, el EGCAP incorpora regulaciones complejas que representan cargas adicionales para los contratistas extranjeros, particularmente en lo concerniente a las cláusulas exorbitantes, que pueden ser utilizadas en los casos descritos en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Asimismo, esta normativa se complementa con la potestad del Estado colombiano de imponer multas para conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, o de declarar directamente el incumplimiento, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en virtud del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

En criterio de la Secretaría Jurídica de Presidencia, los contratistas extranjeros tendrían en cuenta estas potestades en cabeza del Estado colombiano, a la hora de tomar la decisión de participar en procesos contractuales o celebrar contratos con este último. Al acudir a las reglas del derecho privado, se elimina la posibilidad de hacer efectivas estas cláusulas exorbitantes, lo cual permite que las entidades estatales del país ofrezcan mejores condiciones de negociación a los proveedores y fabricantes internacionales de dispositivos médicos y elementos de protección personal requeridos en la gestión de la pandemia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, aun cuando se realice la adquisición de estos bienes a través del proceso de contratación directa, las entidades estatales contratantes deben elaborar estudios previos. Adicionalmente, tienen la obligación de liquidar el contrato, según el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, lo cual constituye un requisito adicional para efectos de la compra de estos elementos en el mercado internacional. Además, todos los contratos sometidos al EGCAP deben cumplir con los requisitos especiales de existencia y con los presupuestos obligatorios para iniciar la ejecución del contrato. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, están sometidos (i) a la formalidad de constar por escrito, (ii) a la constitución y aprobación de la garantía de cumplimiento, (iii) a la existencia de disponibilidades presupuestales y (iv) el estar al día en el pago de aportes parafiscales. Todos estos requisitos deben acreditarse previo a la ejecución material del contrato, so pena de que los servidores públicos intervinientes en la contratación puedan ser declarados responsables penal o disciplinariamente.

Asimismo, el inciso primero del parágrafo 1º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 proscribe la posibilidad de otorgar anticipos y pagos anticipados por encima del 50% del valor de los contratos celebrados con las entidades estatales, con independencia de la modalidad de selección utilizada. Por demás, bajo el EGCAP, la administración del anticipo debe seguir las reglas establecidas en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015, las cuales no garantizan la celeridad, inmediatez y efectividad requeridas para la contratación de los insumos médicos y elementos de protección personal de que trata el Decreto 499 de 2020.

En su criterio, estas restricciones constituyen un obstáculo importante para negociar con productores y distribuidores internacionales, pues estos requieren de alta liquidez, dado el

aumento de la demanda y de la producción de estos bienes.

Aunado a lo anterior, argumenta que el mercado interno es insuficiente para suplir la necesidad de los suministros necesarios para atender y mitigar la emergencia sanitaria originada por el COVID-19.

Según lo expuesto por la Secretaria Jurídica de la Presidencia, la definición del régimen jurídico para la compra y el suministro de los bienes de que trata el Decreto no es arbitraria, pues obedece a la necesidad de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida, los cuales podrían verse afectados por la crisis provocada por la pandemia. En relación con este punto, añadió que, por la naturaleza progresiva de los contagios, es imposible determinar con certeza una fecha de terminación de las medidas adoptadas.

Por esta razón, como se evidenció en las justificaciones expuestas anteriormente, la Secretaria Jurídica afirma que acudir a la modalidad de contratación directa no es suficiente para eliminar los desincentivos que enfrentan los proponentes internacionales a la hora de contratar con el Estado colombiano. En esa medida, el Decreto 499 superaría dichos obstáculos al (i) eliminar la obligación de que los extranjeros deban contar con sucursal, apoderado e inscripción en el RUP para poder contratar en Colombia, (ii) impedir la aplicación de cláusulas exorbitantes y otras disposiciones que favorecen al Estado colombiano en la relación negocial y (iii) prescindir de varias formalidades y requisitos exigidos por el EGCAP para la planeación, celebración y ejecución de los contratos.

En segundo lugar, la Presidencia justificó la afirmación según la cual, la adquisición de dispositivos médicos y elementos de protección personal vinculados a la atención de la emergencia (i) corresponde a un “tipo de demanda inelástica, en donde las variaciones en el precio y en las condiciones de adquisición de los productos no cambian la cantidad demandada, puesto que son bienes vitales de atención y protección y de difícil sustitución”. A su juicio, esta situación ocasiona unas (ii) “condiciones asimétricas entre oferentes estables de bienes y servicios y demandantes con necesidades crecientes y número elevado que requieren de bienes de necesaria producción y venta”.

Sobre este particular, se explica que, de acuerdo con la teoría económica, los bienes o servicios necesarios tienden a tener demandas inelásticas, esto es, que la cantidad demandada cambie ligeramente o se mantenga igual ante cambios en el precio del bien.

En este caso, observa que el aumento en el precio de los ventiladores y dispositivos médicos a nivel mundial no se traduce en la disminución de la demanda. Por el contrario, esta se ha acrecentado, por cuenta del incremento de pacientes en estado crítico de la enfermedad. Todo lo anterior se traduce en la inelasticidad de la demanda de los equipos médicos y elementos de bioseguridad requeridos para tratar a los pacientes contagiados con el Covid-19, pues las variaciones en el precio no tienen incidencia en la reducción de la demanda.

En cuanto a las "condiciones asimétricas" entre oferentes y demandantes de los elementos necesarios para hacer frente a la pandemia, la Secretaría Jurídica indicó que, a pesar de los esfuerzos del Gobierno, no se ha logrado incrementar la fabricación de ventiladores y otros dispositivos médicos para abastecer la demanda actual. Según las proyecciones del Instituto Nacional de Salud, el país tendrá alrededor de 560.600 casos severos de pacientes contagiados con COVID-19, los cuales requerirán atención hospitalaria en las Unidades de Cuidados Intensivos –UCI. Sin embargo, actualmente se estima que el país cuenta con 5300 camas de UCI, de las cuales solo hay disponibilidad de 1000.

Por cuenta de este panorama, el Ministerio de Salud ha adquirido 2060 ventiladores nuevos, y aspira comprar un número superior que permita tener disponibles 8000 UCI, con personal especializado. De igual manera, se calcula que el mercado nacional podrá suplir 1500 ventiladores para la atención de pacientes con casos severos de COVID-19, aunque esto no resulta suficiente para satisfacer la alta demanda de dichos equipos bajo la coyuntura actual.

Por ello, explica que existe una asimetría entre la capacidad de los oferentes para abastecer el mercado con la cantidad de insumos médicos y elementos de protección requeridos, por un lado, y el incremento exponencial de la demanda de dichos bienes, por el otro. Además, añade que Colombia se encuentra en desventaja frente a otros actores en el mercado mundial para la adquisición de estos dispositivos, debido a que (i) la industria nacional no tiene la capacidad de satisfacer la creciente demanda y (ii) los países productores han limitado su exportación, con el fin de atender su demanda interna.

En tercer lugar, la Secretaria Jurídica respondió al cuestionamiento de la Magistrada Sustanciadora, referente a las razones que justifican la inaplicación del EGCAP únicamente en los contratos que tienen por objeto la adquisición de estos bienes en el mercado

internacional, y no en el mercado local. Esto, habida cuenta de que la Corte pudo constatar que una de las empresas que presentaron cotización para la venta de estos dispositivos médicos, aportada como prueba dentro del expediente, está constituida como sociedad comercial con domicilio en Colombia.

En relación con este cuestionamiento, indicó que esta medida se justifica, en tanto estos dispositivos y elementos de protección personal se tornan escasos en la situación excepcional que atraviesa el mundo, lo cual tiene como consecuencia que (i) los precios de estos elementos aumenten y (ii) los distribuidores nacionales no satisfagan totalmente la demanda de los insumos requeridos, dados los costos de importación.

Igualmente, advirtió que una gran parte de los fabricantes de estos productos se encuentran en el exterior, de cuya demanda ha ido en aumento por parte de países como Estados Unidos, Francia, Alemania y España. Por ello, el Gobierno quiso eliminar las barreras y restricciones que desincentivaran a los oferentes con domicilio en el extranjero a contratar con las entidades estatales colombianas, lo cual no se lograba completamente con la declaratoria de la urgencia manifiesta en el contexto del Estado de Emergencia y la habilitación de la causal de contratación directa.

Esto se debe a que, como se expuso en el primer punto, las sociedades extranjeras tienen que observar requisitos tales como establecer una sucursal en el país para poder realizar la venta de dichos productos, adicional a las formalidades dispuestas para la celebración de contratos estatales. Finalmente, reiteró que la aplicación de los poderes excepcionales de la administración, tales como las cláusulas exorbitantes, generan un desincentivo para que los productores y proveedores internacionales contraten con el Estado colombiano. Por este motivo, concluyó que resulta justificada la diferencia del régimen jurídico aplicable al mercado nacional frente al internacional para la adquisición de los bienes mencionados en el Decreto Legislativo.

En conclusión, la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República manifestó que el Decreto 499 de 2020 responde al imperativo de brindarle a las entidades estatales las herramientas necesarias para comprar los bienes de que trata la norma, con la celeridad e inmediatez que se requieren en esta coyuntura. A su vez, la adquisición de dichos bienes se da en un contexto de “competencia agresiva” en el mercado global, por lo que es necesario

que las instituciones colombianas puedan brindar mayor rapidez, flexibilidad y facilidades de negociación a los proveedores extranjeros. Lo anterior, por cuanto el mercado interno es insuficiente para satisfacer la demanda actual del Estado colombiano, quien debe poder competir en mejores condiciones frente a otros actores internacionales.

Con todo, asegura que la creación de este régimen excepcional de contratación permite tener mayores niveles de eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines estatales, con el propósito de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los colombianos.

Intervención de la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República del 29 de abril de 2020

En escrito adicional presentado ante esta Corporación por parte de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, dicha dependencia presentó los argumentos que permiten determinar que el Decreto 499 de 2020 cumple los requisitos formales y materiales para que se declare su constitucionalidad.

Así, tras realizar una breve contextualización del Estado de Emergencia declarado mediante el Decreto 417 de 2020, y de explicar el contenido de la norma bajo estudio, hizo un recuento de los presupuestos que deben cumplir los decretos legislativos proferidos bajo estados de emergencia para definir su constitucionalidad.

De acuerdo con lo anterior, la Secretaria Jurídica manifiesta que el Decreto 499 de 2020 cumple los requisitos constitucionales de naturaleza formal exigidos para este tipo de normas, en razón a que (i) fue expedido en desarrollo del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el cual declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional; (ii) lleva la firma del Presidente de la República y de todos los ministros del despacho; (iii) se profirió el 31 de marzo de 2020, dentro de la vigencia del Estado de Emergencia; (iii) está debidamente motivado en el capítulo de considerandos, en el cual se enuncian las razones que justifican su expedición; y (iv) no contiene medidas relativas a tributos, por lo que no se deben tener en cuenta las limitaciones de tiempo previstas para ese tipo de normas.

En cuanto a los requisitos materiales o sustantivos requeridos para la constitucionalidad del

decreto legislativo, la Secretaría Jurídica de la Presidencia indicó que estos también se cumplen en el Decreto 499, tal y como se expone a continuación:

En lo que respecta a la conexidad, las medidas propuestas en el Decreto bajo estudio se refieren a materias que tienen relación directa y específica con su parte motiva (conexidad interna) y con el estado de emergencia declarado en el Decreto 417 de 2020 (conexidad externa).

Por un lado, en las consideraciones de la norma sub examine se consignan argumentos que guardan relación directa con las medidas adoptadas. En esa medida, estas dieron cuenta de la necesidad de acudir al régimen del derecho privado por parte del Estado en materia contractual, con el propósito de adquirir, en el mercado internacional, aquellos bienes requeridos en la gestión sanitaria de la pandemia.

Por otro lado, las disposiciones establecidas en el Decreto 499 de 2020 se relacionan directamente con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia. Lo anterior, por cuanto en el Decreto 417 de 2020 se resaltó la insuficiencia de la normativa ordinaria para efectos de afrontar la situación de emergencia. Por este motivo, la regulación estudiada por la Sala pretende garantizar, bajo criterios de inmediatez, celeridad y eficacia, la obtención de los elementos médicos necesarios para hacer frente a la crisis sanitaria.

Frente a la finalidad, sostiene que la proposición normativa analizada satisface ese criterio, en tanto que su contenido está dirigido a conjurar las consecuencias provocadas por el Covid-19 y a evitar la extensión de sus efectos negativos. Así, habida cuenta de que el mercado interno no puede proveer la totalidad de los bienes que se necesitan para enfrentar la pandemia, el Gobierno implementó las reglas de contratación dispuestas en el Decreto bajo estudio, con el fin de otorgar herramientas que permitan una negociación más eficaz para la adquisición de dichos bienes.

En relación con el criterio de necesidad, expresa que no existen provisiones legales adecuadas y suficientes en el ordenamiento jurídico colombiano para cumplir con el objetivo de adquirir de forma efectiva, eficaz y asequible, los insumos y equipos médicos mencionados en dicha regulación. Para sustentar lo anterior, la Secretaria Jurídica de la Presidencia reiteró los argumentos expuestos en el oficio presentado el 20 de abril de 2020, que fue resumido previamente en esta providencia.

Respecto del criterio de proporcionalidad, sostiene que las pautas introducidas en la regulación estudiada guardan proporción con la gravedad de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia. Lo anterior en tanto que, si bien se da mayor flexibilidad en la actuación de las entidades estatales, esto solo se aplica a efectos de la adquisición de equipos e insumos que son imprescindibles para superar y mitigar los efectos de la pandemia. Además, el artículo 2º de citado decreto establece mecanismos especiales de vigilancia de la actividad contractual de dichas entidades, lo cual busca garantizar el presupuesto de proporcionalidad.

Agrega, respecto de la motivación de incompatibilidad, que el decreto examinado señala la justificación concreta y específica de los mecanismos contractuales allí establecidos, que motivan los ajustes a la normativa ordinaria. Asimismo, indica que no se desconoce el criterio de no discriminación, puesto que las modificaciones analizadas no imponen una discriminación injustificada ni tratos diferenciales por razón de la raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. Por el contrario, buscan contribuir a la garantía y realización de derechos fundamentales, en procura del bienestar de la totalidad de la población.

En el mismo sentido, la norma es compatible con el criterio de ausencia de arbitrariedad, puesto que la medida no involucra la infracción a ninguna de las prohibiciones previstas en dicho requisito. Finalmente, el Decreto es compatible con el criterio de intangibilidad, puesto que (i) no contiene medidas que puedan afectar derechos fundamentales intangibles, y (ii) tampoco limita el ejercicio de la acción de tutela, ni de otras garantías constitucionales establecidas para proteger estos derechos. Finalmente, no existe una contradicción específica entre las medidas adoptadas y las prohibiciones constitucionales aplicables a los estados de excepción.

Por todo lo anterior, la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del Decreto Legislativo 499 del 31 de marzo de 2020, en tanto cumple con los requisitos formales y materiales de constitucionalidad establecidos en el artículo 215 de la Constitución y en la jurisprudencia de esta Corporación.

Intervención de la Federación Médica Colombiana

En escrito recibido el 29 de abril de 2020, el Presidente de la Federación Médica Colombiana

presentó su intervención dentro del proceso de la referencia en los siguientes términos:

En primer lugar, la Federación solicita a la Corte que module la expresión final del artículo 1º del Decreto 499 de 2020, según la cual los contratos que se celebren para la compra en el mercado internacional de los insumos médicos y elementos de protección personal de que trata la norma, “no se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en consecuencia le serán aplicables las normas de derecho privado”.

Acerca de este punto indica que, si bien considera necesaria la flexibilización de los requisitos para adelantar los procesos de compras internacionales por parte del Gobierno, lo cierto es que dicha actividad no debe salirse de la órbita de los principios fundantes de la contratación pública. Así, recalca la importancia de que tales procesos tengan control inmediato por parte de las autoridades, y que se rijan por criterios especiales que permitan garantizar la transparencia de estos.

Por este motivo, a juicio del interviniente, no se deben aplicar las disposiciones del derecho privado para la celebración de los contratos, pues la finalidad de la contratación privada no es compatible con los fines esenciales del Estado. En otras palabras, asegura que ésta se rige por la libre voluntad de las partes y priman los intereses particulares cuando, en este caso, debería primar el interés general.

Así las cosas, resalta lo expuesto por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, quien ha informado a la opinión pública sobre posibles fallas en la calidad de algunos de los insumos médicos adquiridos a la fecha con ocasión de la crisis. En consecuencia, argumenta que no se debe sacrificar el control de la calidad de los productos, a efectos de agilizar los procesos de contratación.

Por demás, agrega que se debe prestar especial atención al manejo de los recursos públicos para que sean invertidos de forma efectiva y oportuna en la protección de los derechos de los ciudadanos. En ese sentido, reitera la necesidad de que se realicen controles mínimos para que los procesos de contratación de los bienes de que trata el Decreto 499 sean transparentes y públicos.

En segundo lugar, la Federación reconoce que la adquisición de los elementos mencionados en la norma sub examine responden a una demanda inelástica. No obstante, recalcó que no

se puede garantizar que un precio elevado se traduzca en la calidad y efectividad de los insumos. Por ende, estimó necesario que se establezcan mecanismos de control para que el Gobierno, los entes de control, los gremios médicos y la sociedad civil puedan apoyar en la realización de controles y análisis previos, con el fin de prevenir cualquier irregularidad en los procesos de contratación.

Con todo, la Federación Médica Colombiana solicita a esta Corporación que declare la constitucionalidad parcial del Decreto Legislativo 499 del 31 de marzo de 2020, en el sentido de realizar las modulaciones necesarias al artículo 1º del mismo.

Intervención de la Universidad Externado de Colombia

Mediante escrito del 30 de abril de 2020, el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia presentó su intervención en el proceso de la referencia. Dicha institución solicita la declaratoria de constitucionalidad condicionada del artículo 1º del Decreto bajo estudio, con base en los siguientes argumentos:

Para empezar, la Universidad expuso que la norma cumple el requisito de conexidad externa, pues las medidas allí adoptadas guardan relación directa con el Decreto 417 de 2020, por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia. Así, indica que (i) la alta demanda de servicios de salud que se ha previsto y (ii) la escasez de los implementos médicos necesarios para brindar una atención adecuada a las personas contagiadas, hacen imperativa la adopción de mecanismos de flexibilización de los requisitos ordinarios de contratación estatal.

No obstante, en lo que respecta a la conexidad interna, la institución educativa estima que este presupuesto no se cumple en este caso. Esto se debe a que, al no existir un límite temporal razonable para la aplicación de las medidas contenidas en el Decreto estudiado, se tiene que estas no estarían encaminadas exclusivamente a conjurar la ausencia de procedimientos céleres de contratación para enfrentar el Covid-19. Por el contrario, al no establecer un término de duración para las disposiciones analizadas, estas podrían ser aplicadas por fuera de su contexto originario y sin nexo de causalidad con el fin mencionado en las consideraciones de la norma.

De acuerdo con lo anterior, argumenta que la priorización del principio de celeridad en la

contratación pública sólo es necesaria por el tiempo en el que se mantengan los hechos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia, y bajo el entendido de que estas medidas buscan garantizar el sistema de atención en salud que demanda la pandemia. Sin embargo, una vez se supere la crisis, considera que no existe justificación alguna para seguir utilizando los mecanismos propios del régimen privado en la adquisición de los insumos de que trata el Decreto. Lo anterior, más aún si el Gobierno omitió fundamentar por qué estas disposiciones deben mantenerse en el ordenamiento jurídico colombiano sin límite temporal razonable.

Por lo tanto, concluye que la limitación temporal de las disposiciones contenidas en el Decreto bajo estudio es imprescindible para que esta normatividad supere el juicio de conexidad interna. Al respecto, se propuso que las medidas permanezcan "en tanto no sea posible la utilización de las herramientas ordinarias para hacer frente a las consecuencias de la pandemia, como por ejemplo la urgencia manifiesta prevista en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993".

Luego, la interviniente hizo referencia al examen del principio de necesidad. Sobre este punto indica que priorizar la celeridad sobre otros bienes jurídicos sólo resulta necesario si se busca resguardar el objetivo principal del decreto, esto es, satisfacer la demanda de insumos médicos dirigidos a mitigar las consecuencias del Covid-19. Por ende, si la medida no se encuentra atada a tal fin, carece por completo de necesidad e idoneidad.

De tal manera, añade que no resulta necesario excepcionar la aplicación del régimen de contratación pública si no se establece límite de tiempo alguno, cuando existen otros mecanismos idóneos que no alterarían el ordenamiento jurídico del país en desmedro de otros principios, como la transparencia, la planeación y la responsabilidad.

Por último, la Universidad argumenta que la aplicación del régimen de contratación privado a entidades que normalmente deben regirse por el EGCAP es proporcional únicamente si (i) las limitaciones a los principios de la contratación pública se ven afectados en el grado necesario para retornar a la normalidad y (ii) las medidas guardan relación con los hechos que dieron origen a su adopción. En otras palabras, el Decreto cumple con el principio de proporcionalidad, siempre y cuando se establezca un límite temporal que garantice la vigencia de los bienes jurídicos cuya garantía se persigue con los mecanismos ordinarios.

Intervención de la Universidad Santo Tomás

El Observatorio de Hacienda Pública de la Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga, presentó escrito de intervención dentro del proceso de la referencia. Dicha institución considera que el Decreto en comento es exequible, de conformidad con los siguientes argumentos:

En primer término, el Observatorio se refirió a los aspectos formales del Decreto Legislativo 499 de 2020. Acerca de este punto concluyó que cumple los requisitos formales de (i) motivación, (ii) momento de expedición y (iii) definición del alcance de su aplicación.

En segundo término, el interviniente procedió con el análisis de los requisitos sustanciales o materiales de constitucionalidad de la norma bajo estudio, en los términos que se presentan a continuación:

En cuanto a los criterios de conexidad material y de finalidad, afirma que el Decreto estudiado cumple con este requisito, en tanto que la parte motiva explica las razones que justifican cada una de las medidas allí adoptadas. Adicionalmente, indicó que, si bien se dispone de la aplicación de las reglas del derecho privado para contratar los bienes y servicios relacionados con la emergencia, lo cierto es que ello no implica el desconocimiento de los fundamentos básicos de la contratación pública, como la integridad, planeación, eficiencia y control fiscal.

Frente a los criterios de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad, resalta que el Gobierno dispuso de medidas para el abastecimiento efectivo de los suministros médicos necesarios para conjurar la crisis sanitaria, bajo los principios de celeridad y de inmediatez. Esto, con el fin de proteger el derecho fundamental a la vida digna. Asimismo, en tanto la norma no contraría el orden constitucional, es compatible con el criterio de no contradicción específica.

El interviniente considera que el Decreto cumple con el criterio de motivación suficiente, puesto que presenta de manera clara los motivos que llevaron al Gobierno nacional a adoptar medidas en materia de contratación estatal, tendientes a la adquisición de insumos médicos y elementos de protección personal necesarios para mitigar los efectos de la pandemia. En ese mismo sentido, considera cumplido el criterio de necesidad, señala que ante el imperativo de mitigar la crisis se requiere la

implementación de un mecanismo alternativo a las normas de contratación estatal ordinarias, en tanto que el trámite normal previsto en el EGCAP implica un proceso extenuante que no es compatible con el apremio de la situación actual.

Agrega que las medidas adoptadas en el Decreto 499 de 2020 son proporcionales a la gravedad de los acontecimientos originados por el Covid-19, por cuanto busca (i) mejorar el suministro de insumos médicos al sistema de salud colombiano para dar atención a la crisis sanitaria y (ii) agiliza el mecanismo de contratación estatal con personas naturales o jurídicas extranjeras.

Por último, considera que la norma cumple con el criterio de no discriminación, antes bien, garantiza la igualdad en el acceso a las oportunidades empresariales para nacionales y extranjeros. A su turno, establece garantías que permiten dar atención a la crisis, por medio del provisionamiento de los suministros médicos que se requieren en el estado de emergencia.

En consecuencia, el Observatorio de Hacienda Pública de la Universidad Santo Tomás solicita a la Corte Constitucional que declare exequible el Decreto Legislativo 499 de 2020.

Intervención extemporánea de la Universidad de los Andes

La Universidad de los Andes presentó un escrito de intervención de forma extemporánea, recibido el 8 de mayo de 2020. El periodo para presentar los documentos de los intervinientes venció el 30 de abril de 2020, fecha en la que se cumplió el término de fijación en lista, de acuerdo con el oficio del 18 de mayo de 2020 emitido por la Secretaría General de esta Corporación.

V. V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en concepto recibido el 18 de mayo de 2020, solicitó a la Corte que declare la exequibilidad condicionada del artículo 1º del Decreto Legislativo 499 de 2020, en el entendido “que la inaplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no supone la inobservancia de los principios de la función administrativa y de las responsabilidades que se deriven de su desconocimiento”. Asimismo, solicitó declarar la exequibilidad de los artículos 2º y 3º de la misma norma.

En primer lugar, el Ministerio Público considera que el Decreto 499 de 2020 cumple con los requisitos formales exigidos para su constitucionalidad. Así, indicó que el mismo (i) fue expedido en desarrollo de lo previsto en el Decreto 417 de 2020, (ii) fue suscrito por el Presidente de la República y todos los Ministros del Despacho, (iii) fue emitido en el término de vigencia del Estado de Emergencia decretado el 17 de marzo de 2020 y que rigió hasta el 15 de abril de 2020, y (iv) cumple con el requisito de motivación expresa. A su vez, resaltó que el contenido del Decreto analizado se envió de forma oportuna a la Corte Constitucional.

En segundo lugar y respecto de los requisitos materiales, la Procuraduría General asume la metodología prevista por la jurisprudencia constitucional para el efecto, la cual distingue entre condiciones generales (conexidad material, ausencia de arbitrariedad, juicio de intangibilidad y de no contradicción específica), así como condiciones específicas (finalidad, motivación suficiente, incompatibilidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación).

Bajo esta perspectiva de análisis, advierte que la medida consistente en permitir que las entidades estatales contraten bajo el régimen de derecho privado para agilizar los procesos de adquisición de los dispositivos médicos y elementos de protección personal cumple con el requisito de conexidad externa e interna.

En lo relativo a la prohibición de arbitrariedad y el juicio de intangibilidad, considera que las medidas contenidas en el Decreto son compatibles con esos requisitos, debido a que no tienen incidencia en el núcleo esencial de los derechos fundamentales, ni tampoco impone restricciones a los derechos intangibles en los estados de excepción.

Por último, en cuanto al juicio de no contradicción específica, el Ministerio Público estima que las disposiciones bajo examen no infringen normas del bloque de constitucionalidad, ni prohibiciones constitucionales expresas. Al contrario, considera que las medidas son una expresión de principios que rigen la función administrativa, tales como la eficacia y la celeridad.

Ahora bien, al estudiar las condiciones específicas de constitucionalidad, el Procurador indica que la norma sub examine cumple el requisito de finalidad. Lo anterior, en tanto persigue evitar que las entidades públicas realicen procesos que restrinjan o demoren la adquisición de tales bienes y servicios. Por esta razón, la finalidad de la medida es que las entidades contratantes puedan celebrar de manera más expedita los negocios jurídicos requeridos y

tengan la posibilidad de competir en el mercado internacional con los demás compradores. De esta manera, los productos en cuestión podrán ser utilizados de manera eficiente, eficaz y oportuna para atender a las personas contagiadas y para proteger al personal médico que atiende la emergencia sanitaria.

En línea con lo anterior, agrega que el Decreto cumple el presupuesto de motivación suficiente, cuya justificación versa sobre la urgencia e inmediatez requerida para adquirir los bienes y servicios destinados a contener la crisis ocasionada por la pandemia.

A su vez, el Procurador asegura que la regulación examinada expone de forma clara por qué los procedimientos contenidos en el EGCAP son incompatibles con el Estado de Emergencia, pues exigen una serie de trámites y requisitos que obstaculizan la obtención urgente en el mercado internacional de los elementos antes aludidos. Esto mismo concluye acerca de las normas establecidas en el Código de Comercio, las cuales exigen el establecimiento de sucursales a las sociedades extranjeras que pretendan contratar con el Estado colombiano, lo cual constituye una barrera para la adquisición de estos bienes en el mercado internacional.

En lo que respecta al juicio de necesidad, el Ministerio Público concluye que queda demostrada la necesidad de las medidas adoptadas por el Decreto tanto desde la perspectiva fáctica como la jurídica. Sobre esta última, considera que la legislación ordinaria existente (incluida la que regula la contratación directa) y la extraordinaria (Decreto 440 de 2020), no son suficientes para permitir la adquisición eficaz y eficiente en el mercado internacional de los insumos médicos requeridos en la emergencia. Para ello, se refirió a los argumentos presentados por la Secretaría Jurídica de la Presidencia en el documento que fue remitido a la Corte, y que ya fue resumido en esta providencia.

De otra parte, respecto del requisito de proporcionalidad, la Procuraduría General sostiene que, si bien exceptuar la aplicación de los mecanismos de selección ordinarios tiene justificación, no se puede decir lo mismo de la exclusión absoluta de las normas que regulan la función administrativa. En palabras del Ministerio Público:

“(…) resulta desproporcionada la exclusión absoluta de las normas que regulan la función administrativa que resultaría del silencio u omisión del legislador extraordinario a este respecto, las cuales incluyen su finalidad y los principios que son aplicables, y la responsabilidad que asumen los servidores en relación con las mismas, cuya inobservancia

podría conllevar a sanciones en los distintos ámbitos (disciplinario, fiscal, penal, entre otros)".

Por este motivo, solicita a este Tribunal declarar exequible el artículo 1º del Decreto 499 de 2020, en el entendido de que el régimen de contratación adoptado se sujetará a los principios que rigen la función administrativa y a las normas de responsabilidad de los servidores públicos.

Finalmente, sostiene que la regulación estudiada acredita el juicio de no discriminación, en tanto no se evidencian criterios discriminatorios de índole alguna. Por el contrario, el Procurador añadió que las medidas acogidas son para el beneficio de toda la población colombiana afectada por la crisis.

. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. La Corte es competente para conocer del presente asunto, conforme al control automático de constitucionalidad encomendado a esta Corporación por el parágrafo del artículo 215 y el artículo 241-7 de la Constitución. Esto debido a que la norma analizada es un decreto legislativo adoptado al amparo de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica.

Cuestión preliminar. Vigencia de la norma objeto de examen

2. La Sala advierte que la norma objeto de examen fue subrogada por el Decreto 544 del 13 de abril de 2020. En efecto, dicha disposición, adoptada también al amparo del estado de emergencia económica, social y ecológica, dispuesta mediante el Decreto 417 de 2020, regula íntegramente la materia objeto de la norma ahora analizada. Esto debido a que el decreto posterior tiene el mismo objetivo general de exceptuar la aplicación de las reglas del EGCAP para la adquisición de determinados bienes relacionados con la atención médica vinculada a la pandemia por el COVID-19.

Además, revisados los considerandos de ambos decretos, son idénticos, con excepción de los siguientes asuntos, incluidos en el Decreto 544 de 2020: (i) la actualización de los datos sobre contagios y personas fallecidas por dicha enfermedad; (ii) dos considerandos acerca de

lo expresado por la Organización Internacional del Trabajo acerca de las graves consecuencias de la pandemia en el mercado laboral, en particular el aumento significativo en el índice de desempleo, así como las acciones que deben tomar los gobiernos al respecto; (iii) la referencia al artículo 47 de la Ley 137 de 1994 –Estatutaria de los Estados de Excepción–, acerca de los límites competenciales del Gobierno respecto de la adopción de decretos legislativos; (iv) la exclusión del listado de dispositivos médicos prevista en el artículo 1º del Decreto Legislativo 438 de 2020, en tanto el presente decreto prescinde de la remisión a dicha disposición y, en cambio, precisa un listado expreso de tales elementos; y (v) la referencia a la necesidad de extender las medidas contenidas en el Decreto 499 de 2020, mientras dure la emergencia sanitaria, por cuanto es imperativo conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

3. Ahora bien, en lo que respecta al contenido de ambos decretos, resulta ilustrativo el siguiente cuadro, que compara cada uno de los artículos:

Decreto 499 de 2020

“por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado internacional de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus Covid 19”

Decreto 544 de 2020

“por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado global de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus COVID-19”

Artículo 1. Régimen de contratación. Los contratos que tengan por objeto la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos relacionados en el artículo 1 del Decreto Legislativo 438 del 19 de marzo de 2020 y elementos de protección personal requeridos en la

gestión sanitaria para atender casos sospechosos o confirmados de Coronavirus COVID-19, en el marco de la declaración del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, no se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en consecuencia le serán aplicables las normas de derecho privado.

Parágrafo 1. Las entidades estatales, en el contexto de inmediatez que demanda la situación, quedan facultadas a contratar directamente a las personas extranjeras naturales o jurídicas que provean los bienes o servicios de que trata el presente artículo.

Parágrafo 2. Las personas extranjeras, naturales o jurídicas que contraten con las entidades a las que se refiere el presente artículo, no requieren de domicilio ni sucursal en Colombia, ni constituir apoderado para los negocios a celebrar.

Artículo 1. Régimen de contratación. Los contratos que tengan por objeto la adquisición en el mercado internacional de los elementos que a continuación se indican, no se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en consecuencia le serán aplicables las normas de derecho privado, con independencia de que los mismos sean suscritos con personas naturales o jurídicas extranjeras.

[Se enlistan los equipos biomédicos, mobiliario, reactivos de diagnóstico in vitro, dispositivos médicos, elementos de protección personal y medicamentos]

Parágrafo 1. Las entidades estatales, en el contexto de inmediatez que demanda la situación, quedan facultadas a contratar directamente a las personas extranjeras, naturales o jurídicas, que provean los bienes o servicios de que trata el presente artículo.

Parágrafo 2. Las personas extranjeras, naturales o jurídicas, que contraten con las entidades a las que se refiere el presente artículo, no requieren de domicilio ni sucursal en Colombia, ni constituir apoderado para los negocios a celebrar.

Artículo 2. Control fiscal. El representante legal de la entidad contratante deberá remitir toda la información de los contratos a los que hace alusión el artículo 1 del presente Decreto Legislativo al órgano de control fiscal competente, dentro de los 3 días siguientes a su celebración.

Artículo 2. Control fiscal. El representante legal de la entidad contratante deberá remitir toda la información de los contratos a los que hace alusión el artículo 1 del presente Decreto Legislativo al órgano de control fiscal competente, dentro de los tres (3) días siguientes a su celebración.

Artículo 3. Vigencia: Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación

Artículo 3. Vigencia: Este decreto 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.

4. Como se observa, los dos decretos guardan unidad de sentido, salvo dos diferencias. Mientras el Decreto 499 de 2020 remite en su artículo 1º al listado de dispositivos médicos y elementos de protección personal (en adelante DMyEPP) contenido en el artículo 1º del Decreto 438 de 2020, el Decreto 544 de 2020 hace expresa la lista de bienes cuya adquisición en el mercado internacional está excluida de la aplicación del EGCAP. Esta lista, además de contener los bienes del primer decreto, extiende la aplicación de la normativa a otros. Adicionalmente, el Decreto 499 de 2020 ofrece la fórmula genérica de vigencia prospectiva de las normas jurídicas. En cambio, el Decreto 544 de 2020 establece una cláusula distinta, en la cual se determina que la disposición rige desde una fecha determinada y hasta que se mantenga la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, debido a la pandemia por el COVID-19.

5. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la subrogación de las normas jurídicas consiste en que una disposición sustituye a otra. Por ende, este fenómeno se diferencia de la derogatoria, simple o tácita, en que en lugar de abolir o anular la norma, la disposición subrogante reemplaza el texto normativo de la previsión subrogada. Así, como resultado, las normas jurídicas preexistentes pueden ser derogadas, modificadas o sustituidas por otras nuevas, en todo o en parte.

En el caso analizado, el Decreto 544 de 2020 constituye una regulación integral sobre la materia del Decreto 499 de 2020, incluso con un alcance más amplio en razón de la inclusión de otros bienes sujetos a la flexibilización en el proceso contractual para su adquisición en el mercado internacional.

6. Verificado este aspecto, debe determinarse si hay lugar a proceder a la integración normativa, de modo que se asuma en esta oportunidad el control de constitucionalidad de las previsiones contenidas en el Decreto 544 de 2020. A este respecto, el precedente citado identifica dos hipótesis:

6.1. La norma subrogada y la subrogatoria tienen la misma jerarquía e idéntico contenido. Por lo tanto, la Corte mantiene competencia, aunque la norma demandada haya sido subrogada. En ese caso, la Corte puede hacer la integración normativa según las subreglas constitucionales vigentes. Se puede decir que la norma subrogada continúa con la producción de sus efectos jurídicos porque su contenido material pervive en la disposición subrogatoria.

6.2. La norma subrogada y la subrogatoria tienen la misma jerarquía, pero contenidos materialmente distintos. En ese caso, la Corte no podría integrar la unidad normativa y respecto de leyes ordinarias, pues podría incurrir en un control oficioso que le está vedado. En dicha hipótesis, procede analizar si la norma subrogada mantiene consecuencias jurídicas mediante la revisión de una eventual producción de sus efectos, lo cual se puede establecer por la práctica o por el análisis de las disposiciones sobre la vigencia.

7. En el presente caso, podría considerarse que se está ante el primer escenario, debido a que ambos decretos tienen la misma jerarquía e idéntico contenido. Sin embargo, la Sala advierte que, para el caso particular de los decretos legislativos, la regla jurisprudencial planteada debe ser exceptuada en virtud del contexto propio en que se inserta cada uno de ellos y las implicaciones que el mismo plantea para el control de constitucionalidad.

Como se explicará en fundamentos jurídicos posteriores, varios de los juicios materiales que integran dicho control analizan aspectos específicos de conexidad, finalidad y necesidad de cada una de las normas, los cuales no pueden extrapolarse a otras disposiciones. Así por ejemplo, la evaluación sobre la necesidad fáctica o la subsidiariedad de la medida debe estudiarse en términos concretos y a partir de (i) la integración del ordenamiento jurídico en ese momento y con base en las circunstancias actuales al momento de expedición de la normativa; (ii) las condiciones que adquiera, también de manera actual, la crisis que dio lugar a la declaratoria del estado de excepción; y (iii) el grado de idoneidad de la medida de emergencia, el cual también debe analizarse a partir de esos supuestos concretos y sobre la

base que el derecho constitucional de excepción impone estándares más estrictos de escrutinio judicial, debido a la delimitación que la Constitución y la normatividad estatutaria prevén para el ejercicio de las competencias gubernamentales en los estados de excepción.

Asimismo, el juicio de validez de los decretos legislativos también supone la comprobación de determinadas condiciones formales, como su oportunidad, motivación o debida suscripción. Estos requisitos también implican el estudio separado para cada uno de los decretos legislativos, lo que a su vez conlleva la imposibilidad de integrar normativamente el análisis judicial de esos diferentes supuestos normativos.

En consecuencia, la Corte adelantará a continuación el control de constitucionalidad del Decreto 499 de 2020 de manera autónoma, aunque advertida la circunstancia de la subrogación verificada por parte del Decreto 544 de 2020.

Asunto a resolver y metodología de la decisión

8. Mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el Presidente de la República declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días contados a partir de la vigencia de esa disposición. Esta decisión fue adoptada con ocasión de la pandemia originada por la Covid-19, declarada por la Organización Mundial de la Salud y que generó la necesidad de adoptar medidas para la atención de los efectos de esa enfermedad en la salubridad, el mercado económico y las diferentes esferas de la vida social.

Es de anotar que a través de la sentencia C-145 de 2020 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), la Corte declaró la exequibilidad del Decreto 417 de 2020.

El Decreto 499 de 2020 tiene tres objetivos definidos: (i) exceptuar la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP– a la adquisición, en el mercado internacional, de los dispositivos médicos indicados en dicha disposición y los elementos de protección personal; (ii) excluir determinados requisitos, previstos en la legislación mercantil, para la contratación con personas extranjeras; y (iii) disponer la obligación de las entidades estatales que adquieran los bienes mencionados de remitir la información respectiva a los órganos de control fiscal.

9. Los intervinientes y el Procurador General de la Nación concluyen que la norma objeto de control de constitucionalidad es exequible. Esto, debido a que cumple con los requisitos formales y materiales previstos en la Constitución y en la legislación estatutaria.

Sin embargo, la Federación Médica Colombiana cuestiona que, si bien la flexibilización de las condiciones de contratación se muestra necesaria y conexa con los motivos que dieron lugar a la emergencia, es imprescindible que se reafirme la vigencia en el presente escenario de los principios de la contratación estatal, así como la verificación acerca de la calidad de los productos que se adquieren mediante los mecanismos excepcionales de que trata el decreto examinado.

De otro lado, la Universidad Externado de Colombia llama la atención sobre el hecho de que el Decreto no establece limitaciones sobre su vigencia, lo cual es incompatible tanto con el principio de conexidad interna, como con la necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas. Señala que habida cuenta de que se trata de medidas excepcionales de contratación, no pueden extenderse en el tiempo, sino que solo pueden estar vigentes mientras sea estrictamente necesario para atender la emergencia derivada del Covid-19. Por esta razón solicita a la Corte que adopte un fallo de exequibilidad condicionada a este respecto.

El Procurador General de la Nación, a su turno, considera que la norma analizada, aunque contiene una excepción a la aplicación del EGCAP, no puede generar un ámbito donde los principios de la función administrativa no resulten aplicables. Por ende, solicita a la Corte que condicione el decreto examinado, a fin de garantizar la vigencia de dichos principios.

10. A fin de resolver sobre la constitucionalidad del Decreto 499 de 2020, la Sala adoptará la siguiente metodología: en primer lugar, presentará una recopilación de las reglas jurisprudenciales sobre los requisitos que deben cumplir los decretos de desarrollo de los estados de excepción, en particular, los adoptados en el marco de la emergencia económica, social y ecológica. Luego, hará un estudio sobre la validez de regímenes contractuales exceptivos durante el estado de emergencia. En tercer lugar, explicará el precedente constitucional sobre el mandato de temporalidad de las medidas de excepción. En cuarto lugar, hará un breve análisis sobre el alcance constitucional del control fiscal. Por último, a partir de las reglas jurisprudenciales que se deriven de los análisis precedentes, decidirá

sobre el asunto de la referencia.

Caracterización general de los estados de excepción y, en particular, del estado de emergencia económica, social y ecológica

11. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en numerosas oportunidades de precisar la naturaleza y alcance del estado de emergencia económica, social y ecológica establecido en el artículo 215 de la Constitución. 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 expedidos por el Presidente de la República en virtud del estado de emergencia. A continuación, la Corte reiterará los aspectos básicos del precedente sobre la materia con el propósito de aplicarlos en el análisis constitucional del Decreto Legislativo 434 de 2020.

12. Los artículos 212 a 215 de la Constitución de 1991 regulan los estados de excepción. Con base en estas disposiciones el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros, puede declarar tres tipos de estados de excepción: (i) guerra exterior, (ii) conmoción interior y (iii) emergencia económica, social y ecológica.

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, por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia (en adelante LEEE), así como mediante sus especiales dispositivos de control político y judicial.

14. La Constitución dispuso un complejo sistema de controles para los estados de excepción, dentro de los cuales se destacan los políticos específicos, 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.

15. 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 superiores, desarrollados por los artículos 55 de la LEEE y 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991.

16. De conformidad con el artículo 215 de la Carta, 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.

Este Tribunal ha señalado que:

"los acontecimientos, no solo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastrocar 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 discurrir 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" (negrilla no originales).

En estos términos, esta Corte ha reconocido que la calamidad pública puede tener una causa natural, como ha sucedido por cuenta de movimientos telúricos, avalanchas, desbordamientos de ríos, inundaciones, entre otros, o puede tener una causa técnica como es el caso del cierre de una frontera internacional, o "accidentes mayores tecnológicos".

Una muestra de lo anterior es que desde la expedición de la Constitución se han declarado estados de emergencia económica, social y ecológica por razones diversas y apremiantes como: i) la fijación de salarios de empleados públicos; ii) la crisis en el servicio público de energía eléctrica; iii) desastres naturales; iv) la devaluación 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.

17. El artículo 215 superior 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.

Dicha disposición señala que el decreto que haga público el estado de emergencia debe indicar el término dentro del cual el Gobierno, en cabeza del Presidente de la República, va a utilizar estas facultades extraordinarias. Además, esta norma también señala que se debe 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.

Fundamento y alcance del control judicial de los decretos expedidos al amparo del estado de emergencia económica, social o ecológica

18. Los estados de excepción son respuestas a situaciones graves y anormales que no pueden ser enfrentadas por el Estado a partir de sus competencias ordinarias fundadas en la juridicidad que impone la Carta. Sin embargo, una característica propia del Estado Constitucional es que esa competencia no sea arbitraria ni omnímoda. El ordenamiento superior impone una serie de requisitos y condiciones que deben cumplirse en los decretos legislativos que declaran el estado de excepción y en 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 justifican la competencia de la Corte para verificar la compatibilidad de los decretos y la Constitución, ya que a pesar de que los estados de excepción son mecanismos extraordinarios, deben someterse a las condiciones de validez exigidas por la Carta.

La Corte ha indicado que los requisitos mencionados se encuentran en tres fuentes normativas concretas, todas ellas consideradas parámetro de constitucionalidad: (i) las disposiciones de la Constitución que regulan los estados de excepción (artículos 212 a 215); (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- (artículos 93.1 y 214 superiores). 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: (a) obliga a que el Gobierno actúe con sujeción a las normas nacionales que rigen los estados de excepción; y (b) 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 constitucional de los decretos adoptados en el estado de emergencia económica, social y ecológica.

19. 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 y, de esa forma, se establezcan criterios objetivos y certeros para su valoración.

20. El examen formal del decreto exige verificar, en el siguiente 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.

21. 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 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 aspectos, adicionalmente, ahora se indica el orden en el que deben ser aplicados.

21.1. El juicio de finalidad está previsto por el artículo 10 de la LEEE. Indica que toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar directa, cierta y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión o agravación de sus efectos.

21.2. 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.

21.4. El juicio de ausencia de arbitrariedad tiene por objeto comprobar que el decreto legislativo no establezca 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; (ii) no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, en particular, (iii) no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

21.5. 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 derechos intangibles: la vida y 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.

21.6. El juicio de no contradicción específica tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contraríen de manera específica la Constitución o 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. La Corte ha destacado 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 superior.

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

21.8. 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, que 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.

21.9. 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 con respecto 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 el análisis de proporcionalidad cuando ello se requiera en cualquier otra etapa del escrutinio, por ejemplo, para controlar restricciones a derechos constitucionales se utiliza el juicio de ausencia de arbitrariedad.

21.10. El juicio de no discriminación, que 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 la raza, el sexo, la lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o cualquier otra categoría sospechosa. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes injustificados.

Contexto, contenido y alcance del decreto examinado

22. El Decreto 499 de 2020 tiene por objeto permitir la adquisición ágil y expedita, en el mercado internacional, de un grupo de dispositivos médicos y elementos de protección personal, en adelante EPP, que el Gobierno ha calificado como necesarios para la atención en salud de pacientes de Covid-19, así como para el aseguramiento de las condiciones

ocupacionales del personal asistencial que presta dicho servicio.

El Decreto remite al artículo 1º del Decreto Legislativo 438 del 19 de marzo de 2020 para la identificación de los dispositivos médicos mencionados. Dichos artículos son: nebulizador, báscula pesa bebés, monitor de signos vitales, electrocardiógrafo, glucómetro, tensiómetro, pulsoxímetro, aspirador de secreciones, desfibrilador, incubadora, lámpara de calor radiante, lámpara de fototerapia, bomba de infusión, equipo de órganos de los sentidos, bala de oxígeno, fonendoscopio, ventilador, equipo de rayos X portátil, concentrador de oxígeno, monitor de transporte, flujómetro, cámara cefálica, cama hospitalaria y cama hospitalaria pediátrica.

Como se explica en los considerandos del decreto objeto de estudio, este listado de bienes se fundamenta en las recomendaciones planteadas por la Organización Mundial de la Salud en el documento "Especificaciones técnicas de dispositivos médicos para la gestión de casos de COVID-19 en los servicios de salud". Revisado este documento por la Corte, en la versión puesta a consideración de los Estados de la región por la Organización Panamericana de la Salud, se evidencia que efectivamente existe la correspondencia expuesta por el Gobierno.

23. De otro lado, los considerandos del decreto examinado definen a los EPP como "las medidas basadas en el uso de dispositivos, accesorios y vestimentas por parte de los trabajadores, con el fin de protegerlos contra posibles daños a su salud o su integridad física derivados de la exposición a los peligros en el lugar de trabajo".

Esta definición guarda unidad de sentido con otros conceptos planteados en documentos públicos. Así, por ejemplo, el Programa de Elementos de Protección Personal, Uso y Mantenimiento, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, define a los EPP como "todo equipo, aparato o dispositivo especialmente proyectado y fabricado para preservar el cuerpo humano, en todo o en parte, de riesgos específicos de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales"

En ese sentido, la Corte entiende que los EPP a los que refiere el decreto objeto de estudio son aquellos productos dirigidos a mitigar el riesgo que, para diferentes actividades, especialmente la prestación de servicios médico asistenciales, genera la posibilidad de contagio y transmisión del coronavirus que ocasiona el Covid-19.

24. Para lograr este propósito de flexibilización en la adquisición de los bienes mencionados, el Decreto 499 de 2020 exceptúa las reglas del EGCAP, por lo que permite que los respectivos contratos se hagan mediante normas de derecho privado. Estas reglas, a su turno, también son exceptuadas en lo que respecta al deber, previsto en la legislación mercantil, de que las personas extranjeras constituyan domicilio o sucursales en Colombia, o constituyan apoderados, como condición para suscribir contratos en el país. Asimismo, plantea una obligación de información a las autoridades encargadas del control fiscal, al igual que una prescripción ordinaria de vigencia prospectiva de la norma.

De acuerdo con los considerandos planteados en el Decreto, estas normas tienen justificación en el hecho de que el mercado de acceso a los dispositivos médicos y EPP está sometido a circunstancias excepcionales, marcadas por la elevada demanda a nivel mundial debido a que se tratan de bienes esenciales para atender los requerimientos de atención en salud vinculados a la pandemia. A esto se suma las limitaciones en los productos disponibles y las necesidades crecientes de los países. Esto implica que se configura una demanda decididamente inelástica, en la cual las variaciones de precio y las condiciones de adquisición no alteran la cantidad demandada.

Bajo este marco y como también lo explican los considerandos del decreto, la excepción del régimen de contratación estatal se explica en (i) la necesidad de que las entidades estatales tengan la posibilidad de adelantar y cerrar negociaciones en el mercado internacional que aseguren la adquisición de los bienes mencionados; (ii) el contexto global económico, político y social, derivado de la pandemia, el cual exige realizar estas adquisiciones bajo un criterio de celeridad e inmediatez ante las reglas del mercado y las crecientes demandas internacionales sobre dichos bienes.

25. El material probatorio recaudado en el presente proceso adiciona las razones planteadas. El Gobierno explica que el mercado de dispositivos médicos y EPP se caracteriza, de manera general, por la existencia de pocos oferentes, el carácter limitado de las unidades disponibles, la existencia de plazos largos de entrega y el aumento sostenido de los precios al compás de los requerimientos mundiales de los mismos productos.

A partir de ejemplos concretos basados en la adquisición de respiradores, el Gobierno expresa que se está ante un escenario de “competencia agresiva”, en donde los distintos

consumidores, que para el caso son los sistemas de salud de cada país, buscan ofrecer las condiciones más favorables de contratación para los oferentes y, de esta manera, acceder a los bienes requeridos.

Adicionalmente, en la respuesta a la solicitud de información realizada al Gobierno dentro de este proceso se insiste en otros aspectos adicionales. Afirma que si bien es cierto el ordenamiento jurídico ordinario flexibiliza el régimen de contratación estatal, a través de la viabilidad de la contratación directa ante la urgencia manifiesta derivada del estado de emergencia, subsisten requisitos legales que restan celeridad a la adquisición de los bienes en mención. Agrega que, aunque existen distribuidores nacionales de los dispositivos médicos y EPP, en la actual condición esa oferta es reducida, lo que obliga a que la contratación se haga en el mercado internacional.

26. En síntesis, el Decreto 499 de 2020 excluye del régimen de contratación pública la adquisición en el mercado internacional de los dispositivos médicos allí señalados y los EPP. Además, exceptúa determinadas condiciones para la celebración de negocios jurídicos con personas extranjeras. Con ello pretende flexibilizar las condiciones de compra de dichos elementos, a partir de herramientas céleres y eficientes, que atiendan las actuales condiciones de competencia del mercado.

La constitucionalidad de mecanismos excepcionales de contratación en el Estado. El caso del estado de emergencia económica, social y ecológica

27. El artículo 150-25 de la Constitución confiere reserva material de ley a la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Con el objeto de definir el contenido y alcance de las normas de ese estatuto y, en particular, sus implicaciones desde la Carta Política, la jurisprudencia constitucional ofrece un grupo de reglas definidas que se reiterarán en este apartado.

En particular, para lo que interesa al presente análisis de constitucionalidad, la Sala se concentrará en (i) el vínculo entre el EGCAP, la vigencia del interés general y los fines del Estado; (ii) la selección objetiva como principio básico de la contratación estatal; (iii) la constitucionalidad general de regímenes exceptuados de contratación basados en motivos de eficiencia en el cumplimiento de los fines mencionados; y (iv) la admisibilidad de excepciones más intensas al EGCAP dentro de los estados de excepción, en particular, la emergencia

económica y social.

28. La necesidad de que el Estado suscriba contratos para la adquisición de los más diversos fines y servicios es evidente. Es en el mercado económico donde se ejecutan las diferentes actividades que permiten el cumplimiento de los fines del Estado. Es por esta razón que la jurisprudencia ha considerado que el EGCAP no es un régimen legal particular de contratación sino, desde una perspectiva más amplia, una modalidad de intervención del Estado en dicho mercado.

El EGCAP es, ante todo, un arreglo institucional que tiende al cumplimiento de los fines del Estado, descritos en artículo 2º de la Constitución. En particular, esa actividad debe realizarse en pos del logro del interés general, presupuesto que prefigura las condiciones específicas de la contratación por parte del Estado.

En ese sentido, las diferentes reglas legales que conforman el estatuto en comento deben estar unívocamente dirigidas hacia la satisfacción de ese interés. Es por esta misma razón que los contratos del Estado no tienen la naturaleza propia de las relaciones contractuales ordinarias, pues en este caso el objetivo principal no es el mantenimiento sinalagmático de los derechos y obligaciones de los contratantes, sino la satisfacción del interés general que justifica la especificidad de ese régimen.

Esto explica que la legislación prevea de herramientas que excepcionalmente alteran el equilibrio contractual con el fin de otorgar eficacia a dicho interés, como la modificación unilateral, la declaratoria de caducidad, la imposición de sanciones e inhabilidades y, en general, los denominados privilegios exorbitantes de la administración.

Sobre el particular, el precedente estable de la Corte sobre la materia explica lo siguiente:

“El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos

especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general.”

29. Si se parte de la base que la contratación estatal debe, en cualquier circunstancia, estar dirigida al logro del interés general, entonces guarda un vínculo necesario con la vigencia de los principios constitucionales de la función administrativa. Así, el artículo 209 superior determina dos aspectos esenciales: dicha función está al servicio del interés mencionado y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La Corte destaca que estos principios, en virtud de su jerarquía normativa, guían todas las actividades de la contratación estatal y desde una perspectiva amplia. Esto quiere decir que tienen carácter vinculante no solo para aquellas actividades contractuales desarrolladas a partir de las reglas del EGCAP, sino también respecto de toda actividad estatal dirigida a la adquisición de bienes y servicios, al margen del régimen legal que les resulte aplicable. En términos de la jurisprudencia constitucional, “el estatuto contractual se fundamenta en los principios de transparencia, economía y responsabilidad (art. 23 de la Ley 80 de 1993), en el postulado de la buena fe establecido en el artículo 83 de la Carta Política, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa consagrados en el artículo 209 Fundamental”.

Dicho carácter amplio es también adoptado por el Legislador. Así, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 determina que “las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”

30. La selección objetiva y la libre y equitativa concurrencia de los oferentes son los mecanismos legales preferentes para la eficacia de los principios constitucionales mencionados. Esto, debido a que facilitan (i) que los diferentes agentes de mercado concurran en condiciones paritarias en la oferta de bienes y servicios para el Estado; (ii)

escoger la propuesta de contrato que resulte más favorable, en términos del cumplimiento de los fines estatales involucrados en el contrato; (iii) suscribir el contrato con el proponente que ofrezca mayor capacidad jurídica, financiera y técnica; y (iv) el uso eficiente de los recursos públicos destinados al contrato, a partir de la evaluación del precio más favorable y que, además, pertenezca a la propuesta que cumpla con las exigencias vinculadas al desarrollo del objeto contractual.

De la misma forma, la vigencia de estos principios, que se concretan en mayor extensión cuando se hace uso del mecanismo de licitación o concurso públicos, guardan relación con la vigencia de la igualdad de oportunidades y las libertades económicas de los oferentes, en particular, la libre concurrencia al mercado y la libre competencia.

31. Ahora bien, aunque la licitación pública tiene este carácter preferente, que no solo le es conferido por el EGCAP, sino también por el artículo 273 de la Constitución, la jurisprudencia también ha dejado claro que no tiene condición imperativa. En efecto, se ha aceptado que el Legislador estipule formas de contratación que reduzcan la exigibilidad de los requisitos que aseguran la selección objetiva, propios de la licitación o el concurso público. Ello, con la condición de que las respectivas excepciones al régimen general estén vinculadas al cumplimiento de los fines de la contratación del Estado.

Estas excepciones pueden agruparse en dos criterios. Uno en donde por la naturaleza del contrato, la exigencia de la selección a partir de la competencia entre diferentes oferentes y bajo criterios objetivos sería materialmente inaplicable o incompatible con la satisfacción del interés general o la eficiencia de la actividad estatal. Y otro en el que la protección urgente de bienes constitucionales valiosos, en particular los derechos fundamentales, hace imperioso flexibilizar las modalidades de contratación.

En el primer caso, el Legislador ha evidenciado algunos casos en donde resulta necesario abreviar el proceso de selección, cuando esa simplificación garantiza la eficiencia de la selección contractual, debido a las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio. Otra opción de simplificación es la contratación de menor o de mínima cuantía, en los términos del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

Asimismo, también se exceptúa la licitación pública en casos más reducidos, generalmente

vinculados a las dificultades intrínsecas para aplicar el principio de libre concurrencia, bien sea porque se trata de oferentes únicos, porque el proceso contractual se base en las condiciones personales del oferente, o porque las partes del contrato tienen ambas naturaleza pública. Dentro de esa categoría, el numeral cuarto del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 incluye a los contratos de empréstito, los contratos interadministrativos, los contratos de bienes y servicios en el sector defensa, los contratos de desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, los encargos fiduciarios en las condiciones previstas en la ley, cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado, la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, el arrendamiento o adquisición de inmuebles, los contratos suscritos por la Dirección Nacional de Inteligencia y cuando se requiera reserva para su adquisición.

32. De manera general, la Corte ha concluido que las normas que establecen excepciones a la licitación o concurso públicos son compatibles con la Constitución, siempre y cuando se demuestre que sirven al interés general y que responden a condiciones de eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines del Estado vinculados a la actividad contractual. Para ello, ha destacado que (i) no existe un mandato constitucional de adoptar un modelo contractual específico, por lo que es una materia que pertenece al margen de configuración normativa del Congreso; y (ii) en toda circunstancia, sin importar la modalidad de contratación escogida, deben satisfacerse los principios constitucionales de la función administrativa, los cuales concurren en la selección objetiva del contratista y el cumplimiento de los fines estatales representados en el contrato.

Así, por ejemplo, en la Sentencia C-949 de 2001 se expuso de manera similar a lo expresado en la Sentencia C-400 de 1999 cómo “de la norma superior no se desprende que este sea el único mecanismo de selección objetiva del contratista, porque en la praxis pueden darse situaciones que ameriten una respuesta ágil de la administración, cuando por ejemplo militen razones de economía, de imposibilidad legal, de conveniencia administrativa o de simple seguridad pública que justifiquen plenamente prescindir del procedimiento licitatorio”.

A partir de esta regla, la decisión en comento avaló, entre otros aspectos, la constitucionalidad de la norma que excluye de la aplicación de los procedimientos de selección mediante concurso público a los contratos que celebren las entidades estatales que

prestan el servicio de telecomunicaciones para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde los ubiquen.

Para soportar esta conclusión, la sentencia consideró que la norma no excluía a los contratos mencionados de la totalidad de mandatos contenidos en el EGCAP y que, en cualquier caso, la norma buscaba dotar a estos contratos de la celeridad necesaria en virtud de su naturaleza. Así, indicó que "lo que se persigue con tal determinación es imprimirle celeridad a la gestión contractual de estos organismos permitiendo que, dentro del marco de la autonomía administrativa que les reconoce la ley, puedan adelantar los procedimientos de selección objetiva de los contratistas en los contratos que taxativamente allí se relacionan: adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen".

33. El segundo criterio que exceptúa la exigencia de concursos públicos para la escogencia del contratista es la existencia de situaciones de emergencia, que obligan a la adquisición de obras, bienes o servicio, bajo criterios de extrema necesidad y celeridad, en tanto se trata de elementos indispensables para atender la crisis. En esta categoría se insertan dos posibilidades: la contratación directa derivada de la declaratoria de urgencia manifiesta, y la exclusión de la aplicación de las reglas del EGCAP a través de decretos legislativos.

34. El artículo 42 de la Ley 80 de 1993, que integra el EGCAP, determina que una de las causales de la urgencia manifiesta son los estados de excepción, a los que se suma la necesidad de "conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso público".

De acuerdo con el numeral cuatro del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, la declaratoria de urgencia manifiesta faculta a las entidades del Estado a contratar directamente. Esto implica, en los términos de los artículos 2.2.1.2.1.4.1. y siguientes del Decreto 1082 de 2015 – Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional, las siguientes consecuencias jurídicas:

34.1. El acto administrativo que declare la urgencia manifiesta opera como justificación para la contratación directa. En este caso, la entidad estatal no está obligada a elaborar estudios y

documentos previos (Art. 2.2.1.2.1.4.2.). No obstante, el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, sobre el principio de economía en la contratación estatal, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2001, determina el deber de que antes de la firma del contrato y cuando se trate de contratación directa, se elaboren "los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda".

34.2. El artículo 2.2.1.2.4.5 estipula que en la contratación directa no son exigibles las garantías establecidas en el decreto mencionado. De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.1. de esta disposición "el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título."

34.3. En los procesos de contratación directa no es necesaria la expedición y publicación del aviso de convocatoria para participar en un proceso de contratación, la cual se realiza en el sistema de información SECOP (Art. 2.2.1.1.2.1.2).

A estos requisitos se agrega lo previsto el artículo 6º de la Ley 1150 de 2007. Esta norma determina que, en el caso de contratación directa, las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con el Estado, no están obligadas a inscribirse en el Registro Único de Proponentes.

35. La segunda categoría de excepciones al EGCAP se concentra en los decretos legislativos. En estos casos, particularmente en el caso de la emergencia económica, social y ecológica, el Gobierno ha utilizado sus poderes excepcionales de regulación legal para suspender las normas ordinarias de contratación estatal. Esto, con el fin de lograr la mayor celeridad posible en la adquisición de obras, bienes y servicios necesarios para conjurar los hechos que dieron lugar a la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

La Corte ha declarado la constitucionalidad de normas de este carácter cuando ha comprobado la acreditación de los requisitos generales y específicos explicados en esta sentencia, junto con la comprobación acerca de la proporcionalidad de la medida correspondiente.

36. En la Sentencia C-465 de 2017 la Corte estudió un decreto legislativo sobre medidas de emergencia, vinculada a la atención de los efectos del desastre natural ocurrida en el municipio de Mocoa y, en particular, los daños a la infraestructura de servicios públicos domiciliarios. Una de las previsiones del decreto permitía la contratación directa con las personas naturales o jurídicas que aportaran equipos o infraestructura para la prestación de estos servicios. La Sala concluyó que esta norma resultaba conforme con el derecho constitucional de excepción, en tanto (i) las medidas de contratación directa derivadas de urgencia manifiesta exigían condiciones de formalización de los contratistas, incompatibles con la celeridad exigida para restablecer prontamente la prestación del servicio; y (ii) la medida estaba concebida para salvaguardar los derechos de la población afectada con la avenida torrencial, debido a que contribuía al suministro ininterrumpido de los servicios públicos.

37. Otro caso que, incluso, guarda similitud con el asunto ahora estudiado, fue asumido por la Corte en la Sentencia C-193 de 2011. En dicha oportunidad se analizó la norma, contenida en un decreto legislativo, que permitía al Fondo Nacional de Calamidades contratar, mediante normas de derecho privado, las obras, bienes y servicios vinculados a la atención de la emergencia.

La Sala concluyó que una previsión de esta naturaleza resultaba constitucional, debido a que las condiciones propias de la crisis invernal y la crisis humanitaria que generó exigían la contratación célere de diferentes asuntos. En ese escenario, las normas contractuales ordinarias, incluso las de tipo directo, resultaban insuficientes. Al respecto, la decisión hizo énfasis en que “si bien dichos mecanismos permitían la contratación con mayor agilidad a los mecanismos ordinarios, la necesidad de conjurar la crisis ocasionada por la emergencia invernal y prestar la asistencia humanitaria de manera inmediata hacía pertinente la flexibilización del régimen contractual que la Fiduciaria La Previsora S.A., realice en nombre del Fondo Nacional de Calamidades, tendiente a la atención humanitaria y de emergencia en las zonas y municipios afectados por la emergencia declarada.”

Con todo, en el análisis de proporcionalidad, la sentencia encontró que esta posibilidad excepcional de contratación debía circunscribirse exclusivamente a los contratos que suscribiera el Fondo Nacional de Calamidades con el fin de conjurar situaciones de desastre y evitar la extensión de sus efectos. Por lo tanto, condicionó la norma en ese sentido.

38. En conclusión, las normas de contratación estatal hacen parte de la libertad de configuración legislativa, la cual se ejerce teniendo como marco la satisfacción de los principios constitucionales de la función administrativa. En ese sentido, la licitación y concurso públicos, que suponen la pluralidad de oferentes, son mecanismos que desarrollan adecuadamente esos principios, aunque su aplicación no tiene carácter absoluto. Por ende, se ha admitido por parte de la jurisprudencia constitucional que resultan compatibles con la Carta Política formas de contratación que atenúen los requisitos propios de dichos modos de selección del contratista, siempre y cuando se muestren compatibles con los mencionados principios.

Asimismo, el legislador ordinario contempla formas céleres de contratación directa que se fundamentan en la comprobación de situaciones de urgencia, en donde los requisitos de la licitación pública o la selección abreviada no son compatibles con la necesidad imperiosa de adquirir obras, bienes o servicios para la atención de la emergencia. Adicionalmente, también se ha aceptado que a través de decretos legislativos se establezcan excepciones a la aplicación del EGCAP, 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.

La temporalidad de las normas excepcionales sobre contratación del Estado

39. Como se explicó al describirse las reglas sobre los requisitos sustantivos que deben cumplir los decretos legislativos, dos de las condiciones que deben acreditarse para su validez son la temporalidad y la proporcionalidad. En ese sentido, la vigencia de las medidas de emergencia solo podrá mantenerse mientras resulten indispensables para atender las causas que dieron lugar a ella o para impedir la extensión de sus efectos.

Sobre este particular, diferentes decisiones de la Corte que han analizados decretos legislativos adoptados al amparo de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica, han fijado reglas precisas sobre el particular, que se recapitulan a continuación.

El principio de temporalidad se desprende del artículo 215 de la Constitución y se refiere a la exigencia de que toda medida adoptada en el marco de la declaratoria de estados de excepción, por una parte, se expida dentro del tiempo permitido para este tipo de circunstancias y, por otra, que tenga una duración limitada, de conformidad con las

exigencias de la situación. Adicionalmente, la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción "establece los principios que guían tanto la declaración como todas aquellas medidas que sean adoptadas en el desarrollo de los mismos, entre los que se encuentran el de necesidad, proporcionalidad, temporalidad, legalidad, proclamación e intangibilidad de ciertos derechos" .

En tal sentido, la jurisprudencia sobre la materia ha precisado que están prohibidas las medidas expedidas: (i) por fuera del término por el cual se declaró el respectivo estado de excepción, que no puede exceder los 90 días; y (ii) que tengan vocación de permanencia.

La naturaleza de los estados de excepción determina el contorno de la competencia material del Presidente para expedir normas. Por tratarse de una circunstancia de emergencia se permite la habilitación legislativa temporal para el Presidente, sin embargo, su contenido se restringe a la adopción de medidas encaminadas a superar la crisis. De esta forma, el Gobierno Nacional excedería su competencia al dictar normativas que regulen situaciones ajenas a las que precisamente le otorgan tal competencia. Este límite encuentra su fundamento en el principio de separación de poderes y busca evitar que se normalicen los regímenes de excepción.

40. En este caso particular, resulta relevante la segunda de las dimensiones del principio de temporalidad referente a los límites en el tiempo de las medidas que se adoptan en el marco de un estado de excepción. De manera reiterada, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que tal principio es aplicable a los estados de emergencia. Así mismo, ha condicionado las disposiciones que ha revisado en ese contexto cuando ha encontrado que las mismas no establecen límites temporales expresos o no son claras en relación con su duración, particularmente en materia contractual.

La Sentencia C-194 de 2011, que revisó uno de los decretos expedidos como consecuencia del estado de emergencia que suscitó la ola invernal derivada del fenómeno de "la Niña", examinó el inciso sexto del artículo 1° del Decreto 4830 de 2010 que establecía un régimen de contratación exceptuado para las fases de atención humanitaria y rehabilitación.

En esa oportunidad determinó que, para respetar el principio de temporalidad, se debía condicionar la norma en el entendido de "que el régimen de contratación que allí se menciona regirá por un periodo máximo de un (1) año, contado a partir de la fecha en que se

comunique esta sentencia”. Igualmente, consideró que no existían motivos para evadir los requisitos y procedimientos de la contratación pública de forma indefinida y que ello sólo era posible durante el término justificado por el impacto de la ola invernal.

La decisión incluso constató que “aunque el decreto señala[ba] que las condiciones fijadas por la CRC sólo tendr[ía]n vigencia durante el periodo del estado de emergencia, de ello no se desprend[ía] de manera inequívoca que esa temporalidad también se predi[cara] de la facultad de la CRC de constituir este tipo de servidumbres”.

De otra parte, la Sentencia C-251 de 2011, de conformidad con el principio de temporalidad, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 7° del Decreto 4819 de 2010 “bajo el entendido que el régimen contractual allí previsto tendr[ía] vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, inclusive”. La disposición establecía un régimen contractual especial para el Fondo de Adaptación, creado con fundamento en la misma emergencia económica y social que da contexto a las decisiones anteriormente citadas. La decisión determinó que, en efecto, la medida desarrollaba los objetivos del decreto y, por ello, guardaba conexidad con la problemática generada por la ola invernal. Sin embargo, consideró que el régimen especial de contratación diseñado para afrontar la situación no podía mantenerse indefinidamente, por ello, era razonable establecer un límite temporal.

Por último, la Sentencia C-465 de 2017, citada en el apartado anterior, aunque no hizo un condicionamiento expreso sobre el particular, también señaló que el principio de temporalidad exigía que las normas excepcionales de contratación en el ámbito de la prestación de los servicios públicos domiciliarios solo pudiesen aplicarse durante el periodo estrictamente necesario. Esto impedía que dicha disposición fuese interpretada de manera tal que la autorización para la contratación directa tuviese efectos permanentes o que se extendieran más allá de la atención de la etapa de emergencia.

41. Del anterior recuento se desprende que la validez de los decretos expedidos en el contexto de los estados de excepción en relación con el artículo 215 de la Constitución depende, entre otros, de que sus disposiciones se ajusten al principio de temporalidad. Así mismo, que el estudio de tal requisito exige que en los casos en los cuales no se establece expresamente la duración de una medida, particularmente cuando se permiten regímenes contractuales exceptuados o se imponen cargas que limitan la libertad de empresa, su

constitucionalidad se sujete a proferir una sentencia interpretativa que establezca con claridad tal límite.

Acerca de este asunto, debe también la Corte tener en cuenta que en decisiones anteriores se ha señalado que los decretos adoptados durante la emergencia económica, social y ecológica tienen vocación de permanencia, con excepción de aquellos que establezcan tributos o modifiquen los existentes.

No obstante, como se señaló en precedencia, concurre una línea jurisprudencial reiterada y estable de acuerdo con la cual los decretos legislativos que establecen excepciones a la aplicación del EGCAP deben tener carácter temporal. Esto debido a que no pueden ir más allá de lo estrictamente necesario para la atención de la respectiva emergencia, condición incompatible con regímenes permanentes de exclusión de las reglas de contratación estatal. Así, otorgar carácter permanente a dichas normas contradice no solo el principio de temporalidad de las normas de excepción, antes explicado, sino también el juicio de finalidad, expuesto en fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia. Por lo tanto, la Sala reitera en esta oportunidad las reglas de ese precedente en particular, referido a la exclusión de las reglas del EGCAP mediante decretos legislativos.

La naturaleza del control fiscal en la Constitución

42. El artículo 267 de la Constitución Política establece que el control fiscal es una función pública y autónoma, ejercida por la Contraloría de la República. En desarrollo de esta atribución, dicha entidad debe vigilar la gestión fiscal de la administración, así como “de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”, en todos los órdenes y niveles. Esto no solo incluye el seguimiento permanente al recurso público, sino que también implica el control financiero, de gestión y de resultados en la actividad fiscal, bajo los principios de eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de costos ambientales.

En este sentido, la Corte Constitucional ha determinado que el control fiscal sirve como instrumento para “(i) proteger el patrimonio público, (ii) garantizar la transparencia en las operaciones relacionadas con los bienes y recursos públicos, y (iii) asegurar la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado”.

Esta competencia es ejercida cuando quiera que haya gestión fiscal, lo cual significa que

ocurrirá siempre que se presente “administración o manejo de tales bienes [o fondos públicos], en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión o disposición”. Lo anterior permite que la vigilancia ejercida por la Contraloría, tanto a nivel nacional como territorial, no solamente consista en un análisis numérico y legal del gasto público, sino que también asegure que los recursos fueron destinados a los planes y programas para los cuales se asignaron y, por consiguiente, en el cumplimiento de los fines del Estado y la efectividad de los derechos y garantías constitucionales.

43. Por este motivo, y habida cuenta del alcance de los sistemas de control fiscal, se ha entendido que este último tiene carácter amplio e integral:

43.1. Es amplio en dos sentidos. Primero, en relación con quienes son sujetos de control fiscal, pues comprende tanto a las entidades públicas como a los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. De acuerdo con lo anterior, la calidad de sujeto de control fiscal no es dada por la naturaleza pública o privada de la entidad, sino de forma exclusiva en que su gestión fiscal involucre recursos públicos o patrimonio del Estado.

Segundo, en relación con su alcance, pues la vigilancia fiscal implica un control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de cuentas y de la valoración de los mecanismos de control interno de las entidades o personas controladas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 9º y siguientes de la Ley 42 de 1993. Adicionalmente, tiene lugar “en todos los sectores y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales”.

43.2. Es integral, en cuanto la actividad de control fiscal cubre la totalidad del proceso de gestión de recursos públicos. En esa medida, abarca la verificación del “manejo de los bienes y recursos públicos en las etapas de recaudo, gasto, inversión, disposición, conservación, enajenación” y, además, supone la valoración del logro de los resultados para los cuales fueron destinados, con el propósito de determinar si su gestión se hizo acorde con los principios y fines constitucionales asignados a cada entidad o autoridad.

44. Ahora bien, en principio, la Constitución de 1991 había introducido un modelo de control fiscal que marcó una transformación en relación con el anterior diseñado en la Constitución de 1886, pues pasó de un esquema basado en un enfoque previo y preceptivo, a un esquema de carácter posterior y selectivo. No obstante, con la nueva reforma constitucional

introducida por el Acto Legislativo 4 de 2019, se recuperó la posibilidad de realizar un control fiscal de forma preventiva y concomitante, adicional al sistema de control posterior y selectivo introducido inicialmente por el artículo 267 superior. A partir de esta reforma, el control preventivo y concomitante tiene las siguientes características y limitaciones, de acuerdo con el texto de la enmienda constitucional:

“El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.”

Dicha modificación de la Constitución fue estudiada por la Corte Constitucional, que en Sentencia 140 del 6 de mayo de 2020 declaró exequibles los artículos 1º (parcial) y 2º (parcial) del Acto legislativo 4 de 2019. Lo anterior, al encontrar que el nuevo sistema de control fiscal examinado (preventivo y concomitante) no significa una sustitución de la Constitución, ni tampoco constituye, per se, una afectación del principio de separación de poderes. Esto se debe a que la norma examinada establece los límites y prohibiciones bajo los cuales se puede ejercer la vigilancia fiscal en el nuevo modelo mencionado.

45. En conclusión, la función pública de control fiscal es ejercida por la Contraloría General de la República así como por las contralorías departamentales, a quienes se les confía la inspección de la actividad fiscal externa de todas las instituciones del Estado y de los particulares que manejan bienes o fondos públicos, desde el punto de vista financiero, de gestión y de resultados.

Revisión de los criterios formales y materiales en el caso analizado

46. La Corte encuentra que el Decreto 499 de 2020 cumple con los criterios formales exigidos por la jurisprudencia constitucional. Así, fue expedido por el Presidente de la República el 31 de marzo del presente año, esto es, dentro de los 30 días siguientes a la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, realizada por el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 y por el término señalado. Cuenta con la firma de todos los ministros y ministras, entre ellos una encargada, así como con 31 considerandos que, a juicio del Gobierno, justifican la adopción de la medida objeto de análisis.

47. En lo que tiene que ver con los criterios materiales, el juicio de finalidad se encuentra debidamente acreditado. Como se explicó en precedencia, el objetivo del Decreto 499 de 2020 es la flexibilización de las condiciones contractuales para la adquisición en el mercado internacional de los dispositivos médicos y EPP allí señalados. Estos productos, como quedó evidenciado tanto en los considerandos del Decreto como en las pruebas e intervenciones recaudadas en este proceso, están unívocamente dirigidos a atender los requerimientos derivados de la atención del Covid-19. Esto en dos aspectos definidos: la atención en salud de las personas afectadas por esa enfermedad y la protección de quienes prestan servicios en el marco de esa atención y, de una manera más general, quienes puedan estar expuestos al riesgo de contagio. Por ende, es claro que la adquisición en comento está vinculada estrechamente con impedir la extensión y agravación de los efectos derivados de la pandemia.

48. Por razones similares también se encuentra comprobado el juicio de conexidad material. En lo que corresponde al carácter interno de ese juicio, los considerandos del Decreto insisten en que la demanda global de los dispositivos médicos y EPP ha aumentado a niveles sin precedentes debido a la pandemia lo que, sumado al carácter limitado de esos bienes, genera una demanda inelástica que obliga a contar con mecanismos céleres y eficaces para la adquisición, por parte del Estado, de tales elementos. Estas razones son compatibles con lo decidido en el Decreto, en tanto flexibiliza las condiciones de contratación estatal con personas extranjeras y respecto de la compra de los bienes señalados.

Respecto del componente externo del juicio de conexidad, se evidencia que la pandemia por el Covid-19 implica graves riesgos sanitarios, merced del carácter altamente trasmisible de la enfermedad y su potencial de letalidad. Así, es apenas natural que dentro de las medidas

que se adopten para hacer frente a la crisis estén tanto el fortalecimiento del sistema de salud, mediante la adquisición de elementos que robustezcan su capacidad de repuesta, como la protección de la salud y la vida de las personas que puedan resultar expuestas al virus, en lo cual concurre la compra de los EPP.

49. En lo que respecta al juicio de motivación suficiente la Sala evidencia que los considerandos del Decreto buscan demostrar una idea específica, consistente en que la pandemia generó una modificación profunda del modelo de competencia económica en la adquisición de los dispositivos médicos y EPP. Este cambio implica (i) la configuración de una demanda inelástica, en donde las variaciones del precio y condiciones de adquisición no alteran la demanda, la cual se mantiene en virtud del carácter vital de los bienes requeridos; y (ii) la correlativa necesidad de contar con mecanismos particularmente eficientes para la compra de los productos.

Estas razones vienen a ser ampliadas por las pruebas requeridas por la Corte, las cuales señalan que se está ante una "competencia agresiva", en la cual las compañías internacionales que producen y distribuyen los bienes mencionados, en virtud de la limitación de disponibilidad, prefieren contratar con aquellos Estados que les otorguen mejores condiciones. A su turno, la escasez de los bienes hace que los precios se incrementen rápidamente, lo que implica la imperiosa necesidad de finiquitar los contratos respectivos con la mayor celeridad posible.

Para la Corte, al margen del análisis sobre la necesidad de las medidas adoptadas, lo cual se analizará en apartado posterior, resulta razonable concluir que el Gobierno motivó las circunstancias de configuración del mercado que obligaban, a su juicio, a excluir de la aplicación de las formalidades propias del EGCAP a la adquisición de los dispositivos médicos y EPP descritos en la norma analizada. Esa motivación, además, es suficiente, en tanto ofrece varios elementos de juicio que dan cuenta de la alteración significativa en el mercado de dichos bienes.

50. Los juicios de ausencia de arbitrariedad e intangibilidad son acreditados sin mayor dificultad por el decreto estudiado. El propósito del decreto se concentra en prever un régimen excepcional de contratación para la compra de determinados bienes, así como prever la obligatoriedad de envío de información a las entidades contratantes y para los fines

del control fiscal. Estas materias no involucran la suspensión o vulneración de derechos fundamentales, ni en nada alteran o suprimen el funcionamiento de las ramas del poder. Antes bien, su objetivo es otorgar herramientas eficientes para el cumplimiento de los fines del Estado, en particular, la protección de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física, los cuales dependen de la disponibilidad de los bienes mencionados.

De otro lado, una norma de este carácter no está vinculada, ni menos incide, en el contenido y alcance de las garantías que el derecho constitucional de excepción califica como intangibles. Ninguno de ellos depende en su eficacia de la adopción de una modalidad particular de contratación por el Estado, de manera que el decreto examinado no ofrece mayores dificultades a ese respecto.

51. En cuanto al juicio de no contradicción específica debe partirse de la base de que la determinación de las formas de contratación estatal son un asunto que la Constitución difiere al Congreso, de manera que no es posible encontrar un mandato específico en la Carta Política que implique adoptar un modelo legal particular. De esta manera, no se contraría específicamente la Constitución por la excepción analizada. Asimismo, una norma de este carácter en nada afecta la posibilidad de que el Congreso pueda, en el futuro y conforme a lo previsto en el artículo 215 superior, modificar el régimen de adquisición de los dispositivos médicos y EPP a los que refiere la disposición analizada. Finalmente, el decreto examinado no contradice ni limita los derechos de los trabajadores, lo cual permite acreditar la satisfacción del presente juicio.

52. La norma materia de examen no implica la suspensión de normas legales, de modo que no concurre afectación que interese al juicio de compatibilidad. A este respecto, debe precisarse que las normas que integran el EGCAP, así como aquellas que hacen parte de la legislación comercial y que regulan los contratos con personas extranjeras, mantienen su vigencia. Asunto distinto es que, en el escenario particular de la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y EPP, se cree una excepción a la aplicación de dichas normas legales. A juicio de la Sala, este es un asunto que interesa a los análisis posteriores sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida.

53. El juicio de necesidad, como se explicó en el fundamento jurídico 15.8 tiene dos componentes: necesidad fáctica, también denominado como de idoneidad, y necesidad

jurídica o subsidiariedad.

En el presente asunto, la Corte considera que no existe un error manifiesto en la valoración hecha por el Presidente, en el sentido de flexibilizar las normas de contratación para la compra de dispositivos médicos y EEP ante el escenario de competencia agresiva antes mencionado.

Sobre este particular, debe resaltarse un aspecto que resulta central para el presente estudio. Las normas de contratación estatal, como fueron descritas en apartado anterior de esta sentencia y en especial los mecanismos de concurso público, parten de la existencia de una pluralidad de oferentes y, por lo mismo, de ofertas, que la entidad pública debe evaluar. Esto con el fin de determinar cuál de ellas es más favorable para los intereses del Estado, en términos de capacidad del contratista, cumplimiento de los fines del contrato y precio.

En el caso analizado, las circunstancias son diametralmente opuestas. En especial para el caso de los dispositivos médicos y como se comprobó con las pruebas recaudadas, se está ante un grupo limitado de fabricantes y una demanda que es decididamente inelástica, pues la necesidad global de los mismos bienes no se altera, e incluso aumenta, al estar vinculado con el requerimiento inaplazable de obtener los bienes imprescindibles para la atención en salud y la protección personal en el marco de la pandemia.

Incluso, la inelasticidad referida es aumentada por el hecho de la limitación de oferentes, su reducida capacidad de producción e, incluso, por las restricciones impuestas por algunos gobiernos para la exportación de bienes que también son ingentemente requeridos por sus propios nacionales. Esto lleva a dos consecuencias definidas: la tendencia al aumento desmesurado de los precios ante la inelasticidad sostenida de la demanda y, por el mismo motivo, la reducción de las unidades disponibles, que son rápidamente compradas por quienes ofrecen mejores condiciones a los oferentes, tanto en el precio como en la oportunidad del pago.

54. En ese escenario, la flexibilización de las condiciones de contratación internacional, en sus dos componentes de exclusión del EGCAP y reducción de condiciones mercantiles para suscribir contratos con personas extranjeras, tendería a hacer a las entidades estatales más atractivas como compradoras potenciales de los dispositivos médicos, lo que les permitiría acceder con mayor facilidad a los bienes distribuidos bajo el esquema de “competencia

agresiva”, en lo que refiere a la demanda de estos elementos, descrito por el Gobierno. En ese sentido, la medida cumple con el requisito de idoneidad, al no advertirse un error manifiesto en su expedición.

De la misma manera, la norma que establece el envío de la información sobre la celebración de los contratos al órgano de control fiscal competente también cumple con ese requisito. En efecto, no puede tildarse de inidónea la medida que aparece como contrapartida a la flexibilización de las condiciones contractuales, a través de la facilitación del control fiscal, lo cual propugna por la utilización adecuada de los recursos públicos y, de una manera más general, el reconocimiento del carácter amplio de ese control, de acuerdo con lo explicado en el fundamento jurídico 43.1 de esta sentencia.

Sobre el particular, también debe resaltarse por la Corte que la obligación en comento también concurre en la eficacia de los principios de la función administrativa, predicables en el uso de las herramientas excepcionales de contratación previstas en la norma analizada. Por ende, ante los cuestionamientos planteados por la intervención de la Federación Médica Colombiana, será precisamente a través de estas herramientas que se garantizará tanto el uso eficiente de los dineros públicos como la calidad de los bienes adquiridos.

Para la Sala es evidente que la aplicación de reglas excepcionales para la adquisición de DMyEPP en nada puede incidir en la calidad de los bienes adquiridos. Esto conforme con cuando menos dos razones definidas: En primer lugar, el decreto examinado debe ser interpretado de manera taxativa, por lo que la flexibilización propuesta recae exclusivamente en el ámbito contractual, sin que pueda extenderse a otros requisitos, entre ellos los que avalan la calidad del bien adquirido.

En segundo término, porque la calidad de esos bienes hace parte del contenido y alcance del derecho a la salud. En efecto, desde el derecho internacional de los derechos humanos se concibe a la calidad como uno de los elementos esenciales que integra el mencionado derecho. Conforme al mismo, “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”. Es evidente que las exigencias de seguridad y aprobación científica de los

DMyEPP no pueden sufrir menoscabo alguno por el hecho de la regulación examinada en esta sentencia.

55. Para evaluar el cumplimiento del criterio de necesidad jurídica o subsidiariedad, debe partirse de indicar que, de acuerdo con lo explicado en precedencia, la legislación ordinaria que integra el EGCAP prevé a la contratación directa motivada en la urgencia manifiesta como un mecanismo que flexibiliza los requisitos para la contratación estatal. Igualmente, uno de los supuestos que el EGCAP estipula para la procedencia de la declaratoria de emergencia manifiesta son los estados de excepción. De allí que sea posible concluir que el régimen legal ordinario consagra mecanismos destinados a la contratación en situaciones de urgencia estatal en la adquisición de obras, bienes y servicios requeridos para atender la crisis.

Sin embargo, como tuvo oportunidad de acreditarse en el debate probatorio, incluso en el caso de contratación directa por urgencia manifiesta deben cumplirse con una serie de requisitos y, en especial, responsabilidades para los contratistas, que se muestran incompatibles con los requerimientos de la emergencia.

55.1. El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, sobre el principio de economía en la contratación estatal, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2001, determina el deber de que antes de la firma del contrato y cuando se trate de contratación directa, “deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda”.

La Corte considera que esta obligación es aplicable en los procesos de contratación directa, a pesar de que el artículo 2.2.1.2.1.4.2. del Decreto 1082 de 2015 regule el asunto de manera contraria. Ello, debido a que la primera norma tiene rango legal y la regulación reglamentaria carecería de un alcance tal que permita desconocer sus mandatos. Asimismo, no puede perderse de vista dos aspectos adicionales que llevan a concluir la exigibilidad de los estudios y documentos previos en la contratación directa: (i) el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del mismo decreto estipula que la entidad estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, acto que deberá contener, entre otros aspectos, “el lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos”, lo que lleva a necesariamente colegir dicha exigencia; y (ii)

dichos estudios dan cuenta de las razones que obligan a la entidad correspondiente a contratar de manera directa, por lo que su elaboración hace parte su deber de diligencia previo a la contratación, cuyo cumplimiento está dirigido a verificar las condiciones mínimas de mercado.

55.2. De acuerdo con el parágrafo del articulo 40 de la Ley 80 de 1993, (i) en los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato; y (ii) los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales. Esta regulación sobre adiciones, no obstante, fue exceptuada por el artículo 8º del Decreto Legislativo 537 de 2020, adoptado en la presente emergencia. Esta norma establece que "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 con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, 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." Asimismo, la duración de esta excepción está prevista durante la vigencia de la emergencia sanitaria prevista por el Ministerio de Salud y Protección Social.

55.3. Las reglas previstas en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, sobre liquidación de los contratos, son aplicables en el caso de la contratación directa.

55.4. El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 determina que la obligación de las entidades de decretar la caducidad del contrato cuando se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Esto implica la imposición de las sanciones pecuniarias pactadas en el contrato, además de las inhabilidades concomitantes. Esta clase de sanciones son también aplicables para la contratación directa.

56. La Corte comparte el argumento planteado por la Secretaría Jurídica de la Presidencia, en el sentido de que a pesar de que la contratación directa por urgencia manifiesta es un mecanismo que flexibiliza la adquisición estatal de obras, bienes y servicios, conserva

condiciones y requisitos que impedirían competir en las condiciones antes explicadas.

En particular, la limitación en el monto de los anticipos, la vigencia de las cláusulas exorbitantes a favor del Estado y la exigencia de requisitos formales de liquidación, harían poco atractivas las ofertas colombianas dentro de la "competencia agresiva" que actualmente impera en la comercialización de los bienes en listados en el Decreto. De allí que la Sala concluya que se cumple con el juicio de subsidiariedad.

Sobre este juicio también debe tenerse en cuenta que, conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Esto supone la posibilidad que, en el caso analizado, se esté ante la extraterritorialidad de la aplicación de la ley colombiana. Ello debido a que, en la medida en que los contratos de que trata el decreto examinado se suscriben en el mercado internacional, las reglas aplicables de derecho privado serían las nacionales, cuando el cumplimiento de este se verifique en el país, conforme con la norma legal transcrita y cuya vigencia no es alterada por las medidas de excepción. Por ende, se muestra necesario que el decreto examinado precise el régimen legal aplicable a estos contratos.

Esta previsión, a juicio de la Corte, no solo es constitucional, sino que es corolario del principio de soberanía nacional del Estado. Esto fue evidenciado en la Sentencia C-249 de 2004, la cual, al analizar la constitucionalidad del artículo mencionado, expresó:

"En consonancia con el criterio del lugar de celebración de los contratos (lex loci contractus), el inciso se erige sobre el respeto a la aplicación de la norma extranjera en relación con los contratos celebrados en el exterior por representantes del Estado Colombiano, lo cual entraña clara armonía con el principio de soberanía nacional que a cada Estado le corresponde, pues, siendo Colombia un Estado Social de Derecho, lo lógico y jurídico es que la soberanía que legítimamente invoca para expedir y aplicar sus normas de contratación no se la puede negar a otros Estados. Asimismo, con apoyo en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (lex loci solutionis), la norma deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero en la ejecución de los contratos suscritos en el exterior, siempre que tal ejecución no se realice en Colombia. Por lo mismo, cuando el contrato suscrito en el extranjero deba ejecutarse en Colombia, forzoso será darle aplicación a la legislación

colombiana, de conformidad con el criterio del lugar de ejecución del contrato. Lo cual no atenta contra ningún canon constitucional, antes bien, reivindica la primacía de la normatividad contractual interna en la ejecución en Colombia de contratos celebrados en el exterior. Por contraposición, la preceptiva extranjera sólo es aplicable en la ejecución que se haga en el exterior de un contrato celebrado también en el exterior."

La aplicación de la regla planteada, no obstante lo anterior, no implica que en todos los casos la legislación aplicable sea la colombiana. Esto debido a que es posible que, cuando el contrato para la adquisición de los DMyPP se realice en el exterior para ser cumplido también en el extranjero (por ejemplo el proveedor entrega los insumos en su sede y Colombia se encarga de transportarlos hasta el país), la norma a aplicar sea la foránea. Esto debido a que no parecería lógico que a un proveedor extranjero y quien vende en su país le sea exigible la aplicación del derecho privado colombiano. En este supuesto, resultaría aplicable la legislación extranjera y no la norma especial del decreto bajo examen, que habla de la aplicación del derecho privado colombiano. Ello conforme a las reglas que gobiernan el derecho internacional privado.

57. A pesar del cumplimiento general del juicio de subsidiariedad, la Sala difiere de los planteamientos del Gobierno acerca de la necesidad jurídica de establecer exclusiones referidas a la necesidad de constituir sucursales para que las personas extranjeras contraten con el Estado. Esto debido a que, de acuerdo con la legislación ordinaria, estos requisitos solo son exigibles cuando se trate de realizar negocios permanentes en el país, lo cual no es el objeto de la norma examinada. Por ende, el parágrafo segundo del artículo 1º del decreto objeto de examen no cumple con el requisito de subsidiariedad, por lo que deviene inexequible.

Al respecto, debe partirse de indicar que el artículo 6º de la Ley 1150 de 2007, que regula la verificación de las condiciones de los proponentes en contratación estatal, determina que "[t]odas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal". (Negrillas fuera del texto)

58. Ahora bien, a partir del enunciado normativo citado, es claro que sólo se requiere el

establecimiento de una sucursal cuando la sociedad extranjera ejerce su objeto social de forma permanente. Por el contrario, no será necesario cuando los negocios se realicen de forma temporal o transitoria en el territorio nacional.

De hecho, el Código General del Proceso reconoce la diferencia entre la forma de representación de sociedades extranjeras con actividad permanente en Colombia, por un lado, y aquellas que no tienen negocios permanentes en el país, por el otro. En ese sentido, el artículo 58 del Estatuto Procesal dispone:

"La representación de las sociedades extranjeras con negocios permanentes en Colombia se regirá por las normas del Código de Comercio.

(…)

Las personas jurídicas extranjeras que no tengan negocios permanentes en Colombia estarán representadas en los procesos por el apoderado que constituyan con las formalidades previstas en este código. Mientras no lo constituyan, llevarán su representación quienes les administren sus negocios en el país." (Negrillas fuera del texto)

Esta postura es también acogida por la doctrina reiterada de la Superintendencia de Sociedades, la cual distingue las dos modalidades en las que una sociedad extranjera puede desarrollar sus negocios en Colombia. A través de Oficio 220-045621 del 14 de mayo de 2019, esta autoridad administrativa determinó que "la realización de actividades ocasionales o transitorias solamente exige la constitución de un apoderado o representante domiciliado en el país, mientras que la ejecución de operaciones permanentes demanda la constitución de una sucursal en Colombia, ante la naturaleza imperativa del artículo 471 del Código de Comercio".

El anterior planteamiento también es aplicado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que expuso lo siguiente en referencia a la celebración de negocios por parte de sociedades extranjeras sin sucursal en el país:

"La jurisprudencia de la Corporación (Expediente No. 3971 Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate), ha sostenido que una sociedad extranjera que no desarrolle actividades permanentes en el país y por lo tanto no deba tener en él una sucursal, tan sólo requiere de

un representante o agente ‘cuya calidad se establece en la forma común como se prueba el contrato de mandato’, y quien es un verdadero representante legal de dicha compañía en nuestro país.”

59. En cuanto a la definición de negocio “permanente”, el Código de Comercio determinó ciertas actividades que pueden entenderse como tales, aunque no se trata de un listado taxativo. Así, el artículo 474 de la legislación mercantil realiza la siguiente enumeración, para efectos de la obligación de que trata el artículo 471 ejusdem:

“1) Abrir dentro del territorio de la República establecimientos mercantiles u oficinas de negocios aunque éstas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría;

2) Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios;

3) Participar en cualquier forma en actividades que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes del ahorro privado;

4) Dedicarse a la industria extractiva en cualquiera de sus ramas o servicios;

5) Obtener del Estado colombiano una concesión o que ésta le hubiere sido cedida a cualquier título, o que en alguna forma participe en la explotación de la misma y,

6) El funcionamiento de sus asambleas de asociados, juntas directivas, gerencia o administración en el territorio nacional.”

60. Con todo, como fue expuesto anteriormente, el anterior listado es enunciativo y es posible que, en el curso de los negocios, existan actividades que puedan ser consideradas permanentes en atención a ciertos elementos. De acuerdo con lo anterior, la transitoriedad o permanencia de un determinado negocio debe analizarse en cada caso concreto teniendo en cuenta su naturaleza, habitualidad, estabilidad y duración. Asimismo, la Superintendencia de Sociedades ha añadido que, para determinar la permanencia de un negocio, también se debe acudir a las consecuencias que la actividad empresarial extranjera genera en el mercado nacional. En palabras de esta autoridad administrativa:

“El impacto jurídico, administrativo, económico y financiero, es susceptible de ser apreciado con facilidad en los efectos que puedan producirse en toda la cadena de valor de la

compañía: en los proveedores, en los clientes, en los trabajadores, en los acreedores, en el fisco, en la seguridad social, en el medio ambiente, en las garantías de calidad y cumplimiento de los bienes o servicios ofrecidos, en los mantenimientos requeridos, en la posibilidad de acciones de responsabilidad, en la afectación ambiental, en el riesgo de conductas constitutivas de competencia desleal, en la posibilidad afectación a los derechos de los consumidores, en el riesgo de lavado de activos, entre otras consideraciones.

Así, cuando quiera que tales consecuencias se proyecten en el tiempo, surge con claridad la condición de permanencia de la actividad económica que pretende desarrollar el inversionista extranjero y, es entonces cuando se justifica la exigencia de constituir la sucursal de la sociedad extranjera correspondiente." (Negrillas fuera del texto)

En conclusión, las sociedades con domicilio en el extranjero pueden realizar negocios en Colombia y, dependiendo de la naturaleza permanente o transitoria de su actividad, tienen obligaciones diferenciadas. Si la compañía realiza negocios de forma permanente en el país, deberá constituir una sucursal, de conformidad con las reglas del artículo 471 del Código de Comercio. Si, por el contrario, el desarrollo del objeto social de la sociedad extranjera se realiza de forma transitoria o temporal, no está en obligación de establecer una sucursal en Colombia, sino que deberá constituir un apoderado en el país con las formalidades determinadas en el Código General del Proceso.

61. Por ende, no es cierto, como lo afirma el Gobierno, que para que los fabricantes y proveedores internacionales puedan contratar con el Estado colombiano para la adquisición de los bienes de que trata el Decreto 499 de 2020, estos deban establecer una sucursal en el país de forma obligatoria. Como se expuso en precedencia, dicho requisito solo es exigible cuando la actividad realizada por la sociedad extranjera es permanente y no cuando, como en este caso, se pretende proveer el suministro de unos bienes requeridos en esta coyuntura excepcional. Precisamente, del carácter excepcional de las medidas adoptadas se puede deducir que no se trata de una actividad que pueda catalogarse de permanente, menos aún si esto implica que los contratantes extranjeros puedan prescindir de las normas imperativas del Código de Comercio durante un término indefinido.

62. Más aún, es necesario resaltar que el artículo 6º del Ley 1150 de 2007 requiere la inscripción en el RUP de aquellas personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras

domiciliadas o con sucursal en Colombia” (negrillas fuera del texto). De acuerdo con lo anterior, es claro que, si alguna sociedad extranjera busca vender o suministrar los bienes de que trata el Decreto bajo examen solamente durante el transcurso de la crisis ocasionada por Covid-19, esta actividad no se puede catalogar como “permanente” y, por consiguiente, no estaría en la obligación de inscribirse en el RUP.

Sobre este asunto debe la Corte resaltar que, si bien la adquisición de los DMyEPP puede acarrear deberes posteriores para el contratista, en términos de mantenimiento de los bienes y ofrecimiento de garantías sobre su calidad y correcto funcionamiento, la satisfacción de dichas obligaciones no torna la actividad en carácter permanente, pues no se encuadra en ninguna de las causales contenidas en la legislación mercantil. A juicio de la Sala, a partir de normas excepcionales no puede mantenerse una suerte de indefinida interinidad en el funcionamiento de empresas extranjeras en el país. En ese sentido, si como consecuencia de los negocios jurídicos celebrados con base en las reglas del decreto examinado surge la decisión empresarial de conformar representación en Colombia, deberán cumplirse con las reglas previstas para el efecto en las normas comerciales antes explicadas.

En consecuencia, la exigencia en comento es contraria a la Constitución, en la medida en que el decreto legislativo exceptúa la aplicación de una norma que no resulta exigible por la legislación ordinaria cuando se trata de negocios jurídicos con personas extranjeras y que no son permanentes. Asimismo, el Gobierno tampoco demostró que la adquisición de los dispositivos médicos y EPP regulada en el decreto examinado sea una actividad de carácter permanente, lo cual tampoco resultaría válido, pues se desconocería la naturaleza intrínsecamente temporal de las normas de emergencia, explicada en este fallo. Por lo tanto, la expresión “ni sucursal”, contenida en el parágrafo segundo del artículo 1º del Decreto 499 de 2020 es inexequible. De esta manera, la norma solo excluye la obligación de que las personas extranjeras constituyan apoderado en Colombia, puesto que esa condición sí está prevista en la regulación legal ordinaria.

63. La Corte encuentra, en lo que tiene que ver con el juicio de proporcionalidad, que el mismo se encuentra cumplido, aunque debe condicionarse la norma analizada para hacerla compatible con la naturaleza temporal que la Constitución le exige.

Las finalidades de las normas contenidas en el decreto cumplen fines constitucionales

legítimos e, inclusive, que pueden ser válidamente calificados como imperiosos. La provisión de los bienes necesarios para proteger la vida, la integridad física y la salud de las personas, así como el ejercicio del control fiscal, son objetivos plenamente compatibles con la Constitución.

Del mismo modo, la flexibilización de las condiciones de la adquisición de dichos bienes y el establecimiento de una obligación de envío de información para el ejercicio de control fiscal son medidas idóneas para ese propósito. Al respecto, la Sala reitera que esa flexibilización en todo caso debe ser compatible con la vigencia de los principios de la función administrativa, explicados en este fallo. Ello, debido a que tales principios tienen raigambre constitucional y, por ende, no pueden ser suspendidos o limitados en su alcance por normas de excepción.

Es por esta circunstancia que el condicionamiento planteado por el Procurador General de la Nación no es procedente. El presupuesto para la declaratoria de exequibilidad condicionada es que, ante una misma disposición, existan diferentes interpretaciones, todas ellas plausibles, pero que solo alguna o algunas de ellas se muestre compatible con la Constitución. En esos casos, la decisión de la Corte otorga carácter vinculante a dichas comprensiones y excluye del ordenamiento jurídico las que se muestren inconstitucionales.

En el caso analizado, esta condición no está presente. Como se ha señalado, los principios de la función administrativa tienen raigambre constitucional, dirigen todas las modalidades de contratación en donde el Estado haga parte y, por esta razón, son indisponibles por el Legislador, bien sea ordinario o extraordinario. Por lo tanto, la interpretación del decreto objeto de examen que considere que la aplicación de las normas de derecho privado en el asunto analizado permite invalidar los principios en comento, es irrazonable. En consecuencia, no se cumple con el supuesto necesario para adoptar un fallo de exequibilidad condicionada.

64. Por último, no se evidencia que las medidas estudiadas impliquen una afectación desproporcionada de otros bienes constitucionales. Así, en lo que tiene que ver con la duración de las medidas, la Corte advierte que, según el precedente explicado en esta sentencia, la excepción a las reglas del EGCAP está vinculado a las lógicas temporales, de finalidad y de conexidad que gobiernan esta clase de medidas. Quiere esto decir que su validez se justifica en el sentido que sean imprescindibles para atender la emergencia a

partir de las condiciones de celeridad y eficiencia que esa tarea exige. Por lo tanto, debe llegarse a un balance entre la adecuada atención de la crisis y sus efectos, y el carácter temporal que se predica de dichas excepciones.

Con todo, en el caso del decreto objeto de examen no hay lugar a realizar un pronunciamiento particular acerca de su duración, debido a la subrogación efectuada por el Decreto 544 de 2020, lo cual hizo que cesaran, al momento de la expedición de dicha norma, los efectos temporales del Decreto 499 de 2020. Por ende, a partir de ese momento, los actos basados en los mecanismos de flexibilización contractual, estudiados en este fallo son regulados por la norma subrogante.

65. Finalmente, las medidas objeto de estudio no entrañan afectación alguna al derecho a la igualdad, ni distinciones injustificadas o fundadas en criterios sospechosos. Aunque si bien las normas analizadas conllevan la inaplicación de determinados criterios propios de la selección objetiva del contratista (i) ello no opera en detrimento de determinados oferentes, sino que busca hacer frente al fenómeno de "competencia agresiva" que se verifica en la demanda de los bienes antes citados; y, (ii) en todo caso, la aplicación de estas medidas está sometida a la vigencia de los principios de la función administrativa, en virtud de su raigambre constitucional. De esta forma, el juicio de no discriminación se encuentra debidamente acreditado.

Adicionalmente, la Corte encuentra que, si bien la excepción a las normas del EGCAP aplican exclusivamente para el mercado internacional, a partir de las pruebas recaudadas en este trámite es posible concluir que es una diferenciación que se encuentra justificada, cuando menos a partir de tres tipos de argumentos.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que buena parte de los bienes regulados por el Decreto, en particular los dispositivos médicos, son producidos por empresas extranjeras, lo que justifica que las medidas excepcionales se apliquen en ese escenario particular. En segundo término, también está acreditado que es en el ámbito global, y no en el doméstico, donde se verifican las condiciones de competencia agresiva expresadas por el Gobierno Nacional y que justifican la reducción de los requisitos para la contratación estatal. Por ende, resultaría prima facie contrario a los principios de proporcionalidad y necesidad fáctica que se extendiese la excepción al EGCAP a toda forma de adquisición de dispositivos médicos y

EPP.

En segundo lugar, la norma no se torna particularmente gravosa para las empresas nacionales, las cuales están plenamente habilitadas para contratar con el Estado en relación con dichos bienes. A su turno, como se explicó en fundamentos jurídicos anteriores, las autoridades públicas tienen a su disposición los mecanismos propios de la contratación directa para efectuar las compras, tanto en el mercado nacional como extranjero. Por ende, las reglas estudiadas en este apartado se explican en las particulares condiciones de competencia económica que imperan en el mercado internacional y respecto de los bienes mencionados.

En consecuencia, las distinciones que plantea la norma, si bien pueden considerarse fundadas en el origen nacional de las empresas, están justificadas a partir del carácter imperioso que reviste la adquisición de los dispositivos médicos y EPP, así como su origen preferentemente extranjero, en particular para el caso de aquellos. Estas comprobaciones, sumadas a las especiales condiciones de mercado que actualmente tienen estos bienes, hace que resulte justificada la distinción en comento.

Conclusión

66. El Decreto 499 de 2020 es compatible con la Constitución, puesto que la adquisición, bajo criterios reforzados de celeridad y eficacia, de los dispositivos médicos y EPP descritos en esa norma, tiene carácter imperioso en la atención en salud y, de una manera más general, la protección de las personas que tienen riesgo de contagio del Covid-19. Esa adquisición, en el marco actual de competencia económica de dichos bienes, requiere de la flexibilización de los requisitos para la contratación estatal, puesto que incluso las fórmulas de contratación directa, previstas en la legislación ordinaria, resultan insuficientes para lograr la efectiva adquisición de los citados bienes.

De igual modo, la obligación de remitir la información sobre dichos actos de contratación a las autoridades que ejercen el control fiscal reitera el carácter amplio de esa competencia estatal, concurre en la garantía del uso eficiente y adecuado de los recursos públicos y, en consecuencia, no ofrece mayores debates sobre su constitucionalidad.

67. En consecuencia, la norma analizada cumple con los juicios formales y materiales de los

decretos de desarrollo de los estados de excepción. Esto salvo la inexequibilidad de la norma que exime a la contratación regulada en el Decreto de que las personas con domicilio en el extranjero constituyan sucursal en el país, por tratarse de una exigencia legal que solo se aplica a quienes desarrollen negocios permanentes en Colombia y no incidentales, como los dispuestos por la norma estudiada.

. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre de Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 499 del 31 de marzo de 2020 “por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado internacional de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus Covid 19”. Esto, con excepción de la expresión ““ni sucursal” contenida en el parágrafo segundo del artículo 1º, que se declara INEXEQUIBLE.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-163/20

Expedientes: RE-255

Magistrada ponente:

Gloria Stella Ortiz Delgado

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de la Corte, suscribo salvamento parcial de voto en relación con lo resuelto por la mayoría en el asunto de la referencia. La Sala concluyó que la expresión “ni sucursal”, contenida en el artículo 1, parágrafo 2, del Decreto 499 de 2020, no superó el juicio de necesidad jurídica. Esto, habida cuenta de que el requisito de constituir una sucursal, en el caso de las personas extranjeras que contraten con el Estado colombiano, “solo es exigible cuando la actividad realizada por la sociedad extranjera es permanente y no cuando, como en este caso, se pretende proveer el suministro de unos bienes requeridos en esta coyuntura excepcional”. En mi concepto, la Sala no debió declarar inexequible dicha expresión, por las razones que expongo a continuación.

En primer lugar, la declaratoria de inexequibilidad parte del supuesto de que las actividades comerciales de las empresas extranjeras que suministran insumos médicos y elementos de protección personal en Colombia son apenas “incidentales”. Esto, pese a que no hay evidencia alguna que permita inferir que las actividades comerciales de las referidas empresas tengan tal naturaleza y que, por lo tanto, no es necesario eximirlas del requisito de constituir una sucursal en Colombia. Así, dicha conclusión parte de una mera suposición, que no de un análisis cierto sobre las condiciones en las cuales los proveedores extranjeros adelantan, o pretenden adelantar, sus actividades comerciales en Colombia, en el marco específico de la emergencia sanitaria.

En segundo lugar, la declaratoria de inexequibilidad de la expresión “ni sucursal” resta competitividad a las entidades públicas colombianas en el mercado internacional, que actualmente se caracteriza por la “competencia agresiva”. En efecto, como lo advirtió la Sala, en la coyuntura actual es necesario “flexibilizar” las “condiciones mercantiles para suscribir contratos con personas extranjeras” con el fin de adquirir insumos médicos y elementos de protección.

Así, relevar a las empresas extranjeras del requisito de constituir una sucursal previsto en el

artículo 471 del Código de Comercio generaba un incentivo más, por medio del cual se pretendía fortalecer el perfil de las entidades estatales colombianas como compradoras potenciales de bienes necesarios, y escasos, para controlar la crisis sanitaria. De ahí que, contrario a lo resuelto por la mayoría, esa medida sí superaba el análisis de necesidad jurídica. Así mismo, la creación de este incentivo supera el examen de proporcionalidad dada la urgencia de la compra de estos insumos en el marco de la pandemia.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado