Sentencia C-172/20

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

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

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

En efecto, ambas normas tienen el mismo objetivo general de exceptuar la aplicación de las reglas del EGCAP para la adquisición de determinados bienes vinculados particularmente a 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.

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

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, 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

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.

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.

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. 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.

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"

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

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-Reiteración de jurisprudencia

CAMBIO DE PRECEDENTE CONSTITUCONAL-Se requiere de la comprobación de circunstancias extremas y excepcionales que permitan realizar ese cambio

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

Referencia: Expediente RE-275

Revisión de constitucionalidad del Decreto 544 del 13 de abril 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”

Magistrada ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., diez (10) 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 14 de abril de 2020, remitió a la Presidencia de esta Corporación copia auténtica del Decreto 544 del 13 de abril 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", 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 17 de abril del presente año.

. TEXTO DEL DECRETO OBJETO DE REVISIÓN

El siguiente es el texto de la normativa objeto de control constitucional:

"REPÚBLICA DE COLOMBIA

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO 544 DE 2020

(13 ABR 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

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 COVLD-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 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 actual 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 O muertes y 3 casos confirmados en Colombia.

Que al 17 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social había reportado que en el país se presentaban 75 casos de personas infectadas con el Coronavirus COVID-19 y O fallecidos, cifra que ha venido creciendo a nivel país de la siguiente manera: 102 personas contagiadas al 18 de marzo de 2020; 108 personas contagiadas al día 19 de marzo de 2020; 145 personas contagiadas al día 20 de marzo, 196 personas contagiadas al día 21 de marzo, 235 personas contagiadas al 22 de marzo, 306 personas contagiadas al 23 de marzo de 2020; 378 personas contagiadas al día 24 de marzo; 470 personas contagiadas al día 25 de marzo, 491 personas contagiadas al día 26 de marzo, 539 personas contagiadas al día 27 de marzo, 608 personas contagiadas al 28 de marzo, 702 personas contagiadas al 29 de marzo; 798 personas contagiadas al día 30 de marzo; 906 personas contagiadas al día 31 de marzo, 1.065 personas contagiadas al día 1 de abril, 1.161 personas contagiadas al día 2 de abril, 1.267 personas contagiadas al día 3 de abril, 1.406 personas contagiadas al día 4 de abril, 1.485 personas contagiadas al día 5 de abril, 1.579 personas contagiadas al día 6 de abril, 1.780 personas contagiadas al 7 de abril, 2.054 personas contagiadas al 8 de abril, 2.223 personas contagiadas al 9 de abril, 2.473 personas contagiadas al día 10 de abril, 2.709 personas contagiadas al 11 de abril y cien (100) fallecidos a esa fecha .

Que pese a las medidas adoptadas, el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 11 de abril de 2020 100 muertes y 2.709 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (1.164), Cundinamarca (105), Antioquia (253), Valle del Cauca (479), Bolívar (117), Atlántico (84), Magdalena (57), Cesar (32), Norte de Santander (41), Santander (27), Cauca

(19), Caldas (33), Risaralda (58), Quindío (47), Huila (52), Tolima (23), Meta (21), Casanare (7), San Andrés y Providencia (5), Nariño (38), Boyacá (31), Córdoba (13), Sucre (1) y La Guajira (1), Chocó (1).

Que según la Organización Mundial de la Salud – OMS, se ha reportado la siguiente información: (i) en reporte número 57 de fecha 17 de marzo de 2020 a las 10:00 a.m. CET1 señaló que se encuentran confirmados 179.111 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 7.426 fallecidos, (ii) en reporte número 62 de fecha 21 de marzo de 2020 a las 23:59 p.m. CET señaló que se encuentran confirmados 292.142 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 12.783 fallecidos, (iii) en reporte número 63 de fecha 23 de marzo de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 332.930 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 14.509 fallecidos, (iv) en el reporte número 79 de fecha 8 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET se encuentran confirmados 1,353.361 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 79.235 fallecidos, (v) en el reporte número 80 del 9 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1,436,198 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 85,521 fallecidos, (vi) en el reporte número 81 del 10 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1,521,252 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 92,798 fallecidos, (vii) en el reporte número 82 del 11 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1,610,909 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 99,690 muertes, y (vii) en el reporte número 83 del 12 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1,696,588 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 105,952 fallecidos.

Que según la Organización Mundial de la Salud – OMS, en reporte de fecha 11 de abril de 2020 a las 19:00 GMT-5, – hora del Meridiano de Greenwich-, se encuentran confirmados 1,696,588 casos, 105,952 fallecidos y 213 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 la Organización Internacional del Trabajo en el comunicado de fecha de 18 de marzo de 2020 sobre el “El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas”, afirma que “[…] El COVID-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el

acceso a protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral […]".

Que así mismo la Organización Internacional del Trabajo en el referido comunicado estima "[…] un aumento sustancial del desempleo y del subempleo como consecuencia del brote del virus. A tenor de varios casos hipotéticos sobre los efectos del COVID-19 en el aumento del PIS a escala mundial […], en varias estimaciones preliminares de la OIT se señala un aumento del desempleo mundial que oscila entre 5,3 millones (caso "más favorable") y 24,7 millones de personas (caso "más desfavorable "), con respecto a un valor de referencia de 188 millones de desempleados en 2019. Con arreglo al caso hipotético de incidencia "media", podría registrarse un aumento de 13 millones de desempleados (7,4 millones en los países de ingresos elevados). Si bien esas estimaciones poseen un alto grado de incertidumbre, en todos los casos se pone de relieve un aumento sustancial del desempleo a escala mundial. A título comparativo, la crisis financiera mundial que se produjo en 2008-9 hizo aumentar el desempleo en 22 millones de personas".

Que en consecuencia la Organización Internacional del Trabajo -OIT en el citado comunicado insta a los Estados a adoptar medidas urgentes para (i) proteger a los trabajadores y empleadores y sus familias de los riesgos para la salud generadas por el coronavirus COVID-19; (ii) proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo; (iii) estimular la economía y el empleo, y (iv) sostener los puestos de trabajo y los ingresos, con el propósito de respetar los derechos laborales, mitigar los impactos negativos y lograr una recuperación rápida y sostenida .

Que el artículo 47 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 faculta al Gobierno nacional para que en virtud de la declaración del Estado de Emergencia , pueda dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, siempre que (i) dichos decretos se refieran a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado, (ii) su finalidad esté encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos, (iii) las medidas adoptadas sean necesarias para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria de Estado de Excepción correspondiente, y (iv) cuando se trate de decretos legislativos que suspendan leyes se expresen las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción.

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 las personas que padecen el coronavirus COVID-19 y las personas cuya salud está amenazada por padecimientos ajenos a esta pandemia, requieren atención en salud en condiciones de aislamiento que exigen esfuerzos extraordinarios, con el fin de no agravar su condición médica.

Que en el marco de la situación de emergencia sanitaria con ocasión de la pandemia del Coronavirus, 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 Coronavirus 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 vitre, 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 insumos 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 estatales 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 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 de 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, y en este sentido se hace necesario de manera excepcional crear una nueva norma que permita en el mercado internacional adquirir este tipo de productos.

Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 se declaró por el término de treinta (30) días calendario el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica; sin embargo, es necesario mantener las medidas adoptadas por el Decreto 499 del 31 de marzo de 2020 mientras dure el estado de emergencia sanitaria, por tornarse necesarias para garantizar las finalidades señaladas en los párrafos precedentes, las cuales atienden a conjurar la crisis e impedir la propagación de sus efectos.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA

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.

Equipos Biomédicos

Analizador de orina

Analizador de sangre

Aspirador de secreciones

Bomba de infusión

Broncoscopio

Cama hospitalaria

Cámara cefálica Centrifuga

Cilindro para oxigeno

Concentrador de oxígeno

Desfibrilador

Ecógrafo con transductores

Electrocardiógrafo

Elementos de protección radiológica adulto o pediátrico

Equipo de gases arteriales

Equipo de química sanguínea

Equipo de Rayos X fijo

Equipo de Rayos X portátil

Flujómetro

Fonendoscopio

Glucómetro

Humidificador

Laringoscopio / Videolaringoscopio

Máquina de anestesia

Monitor de signos vitales

Monitor de signos vitales de transporte Nebulizador

Nevera para transporte de muestras con termómetro

Oximetro de pulso

Pipeta

Sistema de monitoreo de gasto cardiaco

Tensiómetro

Termómetro Tomógrafo

Ventilador de paciente Ventilador de transporte

Mobiliario

Biombos

Cama hospitalaria

Camillas de transporte

Carro de Paro

Colchones para uso hospitalario

Reactivos de diagnóstico In vitro

Prueba de RT-PCR para SARS-CoV-2/COVID-19

Dispositivos Médicos

Algodón laminado de uso hospitalario

Bolsa para residuos hospitalarios

Cánulas de Guedel

Cánulas orofaríngeas, nasofaríngea y nasales

Circuitos de ventilación y de máquina de anestesia, con sus accesorios

Extensión de tubo de oxígeno para terapia

Gasa estéril y no estéril

Guardián para objetos cortopunzantes

Guías para intubación

Hisopo para toma de muestra

Intercambiador de tubo

Kit de cricotiroidotomia

Kit de Traqueostomía

Máscara para ventilación no invasiva

Máscaras laríngeas, venturi y para oxigeno

Medio para transporte de muestras virales

Recipiente de transporte de muestras

Resucitador pulmonar manual

Set de infusión

Toallas de papel para secado de manos

Tubo torácico

Equipo de protección personal (EPP)

Bata médica Delantal

Gafas protectoras Gorros

Guantes de látex y de nitrilo no estériles

Guantes estériles

Mascarilla N95 y respiradores FFP2 o FFP3

Mascarilla quirúrgica (tapabocas)

Mascarillas con filtro

Polainas

Protector facial: Caretas o visores

Ropa hospitalaria desechable

Ropa quirúrgica estéril

Tela no tejida como materia prima de EPP

Trajes de bio-protección

Medicamentos

Aire medicinal en todas las presentaciones

Oxígeno medicinal en todas las presentaciones

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 qué 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 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.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los

13 ABR 2020

(siguen firmas del señor Presidente de la República y todos sus ministros)

. INTERVENCIONES

En Auto del 21 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 de 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 los elementos mencionados en el artículo 1º del Decreto 544 de 2020; (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.

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

Mediante oficio del 23 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 expone 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 equipos, dispositivos médicos y medicamentos de que trata la norma sub examine.

En ese sentido, 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 para afrontar esta crisis. 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 a la vida y a la salud de las personas residentes en Colombia.

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.

Así, explicó que, 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 544 de 2020 elimina la obligación de (i) establecer una sucursal en el país, (ii) constituir un apoderado para los negocios a celebrar y, (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 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 su criterio, 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.

Asimismo, 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. Por demás, tienen la obligación de liquidar el contrato, según el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, lo cual constituye un requisito adicional para su compra 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.

Igualmente, 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. A su vez, bajo el EGCAP, la administración del anticipo debe seguir las reglas establecidas en los artículos 91 de la Ley 1474 de 2011 y 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 equipos, dispositivos médicos y medicamentos de que trata el Decreto 544 de 2020.

Por esta razón, como se evidenció en las justificaciones expuestas anteriormente, 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 544 supera dichos obstáculos, al (i) eliminar la obligación de que los extranjeros deban contar con sucursal, apoderado e inscripción en el RUP para 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 los bienes de que trata el artículo 1º del decreto (i) corresponde a un “tipo de demanda inelástica, en donde las variaciones 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 (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”.

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 de estos bienes. 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 este mercado, 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 a 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 equipos, dispositivos médicos y medicamentos 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 respecto de otros actores en el mercado mundial para su adquisición, 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, debido a que la Corte pudo constatar que una de las empresas que presentó 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 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 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 544 de 2020 responde al imperativo de brindarle a las entidades estatales las herramientas necesarias para comprar los bienes de que trata la normativa, 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.

Intervención de la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República del 7 de mayo de 2020

En escrito adicional presentado ante esta Corporación, la Secretaría Jurídica de la Presidencia presentó los argumentos que le permiten concluir que el decreto objeto de estudio cumple los requisitos formales y materiales para que se declare su EXEQUIBILIDAD.

De acuerdo con lo anterior, la Secretaria Jurídica manifiesta que el Decreto 544 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; (iii) se profirió el 13 de abril de 2020, dentro de la vigencia del estado de emergencia; (iv) está debidamente motivado en el capítulo de considerandos, en el cual se enuncian las razones que justifican su expedición, y (v) 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, indicó que estos también se cumplen, 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).

También se satisface el criterio de finalidad, 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 estudiadas, con el fin de otorgar herramientas que permitan una negociación más eficaz para la adquisición de dichos bienes. Lo mismo concluye sobre el criterio de necesidad, pues afirma 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.

Agrega, respecto al criterio de proporcionalidad, que las pautas introducidas en la regulación analizada 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.

En lo relacionado al criterio de motivación de incompatibilidad, explica que el decreto examinado señala la justificación concreta y específica de los mecanismos contractuales allí establecidos, y 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 basados en criterios sospechosos de discriminación. 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 normativa es compatible con el criterio de ausencia de arbitrariedad, en tanto que no involucra la infracción a ninguna de las prohibiciones previstas en el bloque de constitucionalidad. Finalmente, el decreto cumple con el criterio de intangibilidad, en tanto (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 contradicción específica entre las medidas adoptadas y las prohibiciones constitucionales aplicables a los estados de excepción.

Intervención de la Federación Médica Colombiana

En escrito recibido el 5 de mayo de 2020, el Presidente de la Federación Médica Colombiana intervino en el proceso para solicitar que la Corte declare la EXEQUIBILIDAD del decreto en estudio, con un condicionamiento en el artículo 1º de la normativa.

En 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. 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 la contratación privada se rige por la libre voluntad de las partes y priman los intereses particulares cuando, en este caso, debería primar el interés general.

En segundo lugar, la Federación reconoce que la adquisición de estos elementos responde 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 establecer 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 irregularidades en los procesos de contratación.

En tercer lugar, propone que (i) se centralicen las compras por parte del Estado, (ii) se eliminen los requisitos extenuantes y (iii) se apliquen las economías de escala, para salvaguardar los recursos públicos. Sobre este último punto, indicó que sería conveniente alcanzar grandes volúmenes de producción de los bienes requeridos para mitigar la pandemia, y así mejorar los costos totales. Por esta razón, y con base en la teoría económica, asegura que se debe llegar al punto de producción óptima, en el que los costos fijos se mantienen estables.

Intervención de la Universidad Externado de Colombia

Mediante escrito del 7 de mayo 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 EXEQUIBILIDAD del decreto bajo estudio, por lo siguiente:

La Universidad expuso que la norma cumple los requisitos formales y sustanciales de constitucionalidad establecidos para los decretos legislativos. Respecto de los criterios

materiales de constitucionalidad, dijo:

En relación con la conexidad interna, estima que este criterio se cumple, dado que las consideraciones del decreto exponen los motivos que sustentan las medidas adoptadas. Asimismo, considera que se respeta el presupuesto de conexidad externa, en tanto guarda relación directa con el Decreto 417 de 2020, por medio del cual se declaró el estado de emergencia.

En cuanto al juicio de ausencia de arbitrariedad, arguye que las medidas adoptadas (i) no suspenden o vulneran derechos fundamentales, (ii) no interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público, y (iii) no suprimen o modifican los organismos y funciones básicas de acusación y juzgamiento. En esa misma línea, agrega que la normativa respeta el juicio de intangibilidad, en tanto no limita la aplicación de los Tratados y Convenios ratificados por Colombia en materia de derechos humanos, ni suspende los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Acerca del juicio de motivación suficiente, considera que la normativa bajo examen expone de forma suficiente los motivos de su promulgación, para lo cual se refiere directamente a los considerandos del decreto. En esa línea, explica que las medidas adoptadas en el Decreto 544 de 2020 cumplen con el requisito de necesidad, por cuanto su parte motiva expone (i) la necesidad fáctica, esto es, los hechos que hacen necesaria la adopción de los mecanismos extraordinarios de contratación, y (ii) la necesidad jurídica, en cuanto las normas que regulan la contratación estatal son insuficientes para controlar la contingencia presentada por el brote del COVID-19.

Ahora, respecto del juicio de proporcionalidad, estima que las determinaciones acogidas son proporcionales, de cara a la gravedad de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia. Sin embargo, llama la atención sobre la posible indefinición del término de aplicación de las medidas adoptadas. Específicamente arguye que, si bien no se establece un término preciso, lo cierto es que se puede concluir que, al estar relacionado con la vigencia de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la duración de las disposiciones bajo estudio es razonable en el tiempo. En su criterio, se trata de una medida sensata, si se tiene en cuenta que no se tiene certeza sobre el tiempo en que permanecerán los efectos de la pandemia.

Finalmente, en cuanto al juicio de no discriminación considera que la regulación analizada no establece tratos diferenciados injustificados, basados en criterios sospechosos de discriminación.

Intervención de la Universidad Santo Tomás

El Observatorio de Hacienda Pública de la Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga, presentó intervención dentro del proceso de la referencia para solicitarle a la Corte que declare la EXEQUIBILIDAD del decreto en estudio.

En primer término, el Observatorio se refirió a los aspectos formales del Decreto Legislativo 544 de 2020. Acerca de este punto, concluyó que cumple los requisitos de (i) motivación, (ii) momento de expedición y (iii) definición del alcance de su aplicación.

En segundo término, procedió con el análisis de los requisitos sustanciales o materiales de constitucionalidad.

En esa medida, la Universidad expuso que se cumplen los criterios de conexidad material y de finalidad, en tanto que la parte motiva explica las razones que justifican cada una de las medidas allí adoptadas. Adicionalmente, indica 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 los fundamentos básicos de la contratación pública, como la integridad, planeación, eficiencia y control fiscal.

En cuanto 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 para conjurar la crisis sanitaria, bajo los principios de celeridad y de inmediatez. Esto, con el fin de garantizar la atención en salud "en condiciones de aislamiento" de las personas durante la crisis, como fue expuesto en las consideraciones del decreto. Asimismo, en tanto la normativa no contradice 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, dado que presenta de manera clara los motivos que llevaron al Gobierno nacional a adoptar medidas en materia de contratación estatal. En ese mismo sentido, considera satisfecho el criterio de necesidad, pues señala que, ante el imperativo de mitigar la crisis, se requiere la implementación de un mecanismo alternativo a las normas de contratación estatal ordinarias, pues el trámite previsto en el EGCAP implica un proceso extenuante que no es compatible con el apremio de la situación actual.

De otra parte, afirma que las disposiciones examinadas son proporcionales a la gravedad de los acontecimientos originados por el COVID-19, por cuanto buscan (i) mejorar el suministro de insumos médicos al sistema de salud colombiano para atender la crisis sanitaria y (ii) agilizar la contratación estatal con personas naturales o jurídicas extranjeras.

Por último, considera que la norma cumple el criterio de no discriminación, pues, antes bien, garantiza la igualdad en el acceso a las oportunidades empresariales para nacionales y extranjeros.

Intervención del INVIMA

En escrito del 7 de mayo de 2020, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INVIMA presentó sus argumentos dirigidos a sustentar la CONSTITUCIONALIDAD del decreto objeto de control.

En primer lugar, el Instituto expresa que la aplicación de las normas de derecho privado no implica el desconocimiento de las reglas y principios contenidos en el EGCAP, pues éste irradia una serie de principios que son de obligatorio cumplimiento en todo momento.

De otra parte, asegura que la adopción de normas del derecho privado en las relaciones jurídico-negociales de las entidades estatales no es ajena a las reglas de contratación pública, en la medida en que los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993 realizan una remisión expresa a las disposiciones comerciales y civiles pertinentes.

En ese sentido, a pesar de que se flexibilizan requisitos relativos a esta clase de contratación, tales como el domicilio o la constitución de apoderado, la entidad insiste en que esto no significa el desconocimiento del EGCAP y de sus principios.

Por último, el Instituto argumentó que las compraventas de los productos objeto del decreto deben someterse a la ley colombiana. Lo anterior, en tanto que los bienes serán recibidos en Colombia y, como tal, la ejecución del contrato se realiza en el territorio nacional. En esa medida, dichos productos deberán cumplir con las reglamentaciones sanitarias internas del país.

Intervención del ciudadano Camilo Andrés Gutiérrez Girón

El ciudadano presentó su intervención en el proceso de la referencia para solicitar que se declare la EXEQUIBILIDAD de las disposiciones sub examine, al encontrar que las mismas se ajustan a la Constitución.

De acuerdo con lo anterior, cita el artículo 2º de la Constitución, según el cual el Estado debe garantizar los derechos consagrados en la norma superior. En su criterio, el decreto bajo estudio establece medidas que aseguran y preservan los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente la salud y la vida.

Además, considera que el mercado local se encuentra congestionado y no tiene la capacidad para atender la demanda actual de los dispositivos médicos y medicamentos requeridos durante la crisis generada por la pandemia. A su juicio, estos elementos son vitales para la protección personal de los profesionales médicos y las personas que se encuentran contagiadas de COVID-19.

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. A pesar de que dicho documento no expresa una conclusión específica acerca de la constitucionalidad de la norma examinada, cuestiona la ausencia de argumentos acerca de la imposibilidad de usar la contratación directa para adquirir los bienes listados por el decreto, así como la falta de precisión acerca de si la aplicación de las normas de derecho privado para dicha adquisición es compatible o no con la vigencia de los principios de la función administrativa.

. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

A través de concepto remitido a la Corte el 22 de mayo de 2020, el Procurador General de la Nación solicitó la declaratoria de EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del artículo 1º del Decreto 544 de 2020, en el entendido de 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 la EXEQUIBILIDAD de los demás artículos del decreto mencionado.

El Ministerio Público manifestó que su concepto es análogo al presentado respecto del expediente RE-255, relativo a la revisión de constitucionalidad del Decreto 499 de 2020, debido a la similitud entre ambas normativas.

Así, en primer lugar, el Ministerio Público considera que el decreto en estudio cumple con los requisitos formales exigidos para su constitucionalidad, en tanto que: (i) fue expedido en desarrollo del Decreto 417 de 2020, (ii) fue suscrito por el Presidente de la República y todos los ministros, (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, el análisis de la Procuraduría General asume la metodología prevista por la jurisprudencia constitucional para el efecto, la cual distingue entre condiciones generales y específicas de valoración constitucional. 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 y concluye que cumple con el requisito de conexidad externa e interna.

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 su criterio, "resulta desproporcionada la exclusión absoluta de las normas que regulan la función administrativa (que incluyen su finalidad y los principios que le 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 la exequibilidad condicionada del artículo 1º del Decreto 544 de 2020, en los términos indicados en precedencia.

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, puesto que la norma analizada es un decreto legislativo adoptado al amparo de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica.

Cuestión preliminar. Existencia de precedente ante la revisión previa de decreto legislativo análogo

2. De manera previa al estudio sobre la constitucionalidad del decreto de la referencia, la Sala considera necesario resaltar que esta norma guarda considerable similitud con el contenido del Decreto 499 de 2020, adoptado dentro de la misma declaratoria de emergencia económica, social y ecológica.

En efecto, ambas normas tienen el mismo objetivo general de exceptuar la aplicación de las reglas del EGCAP para la adquisición de determinados bienes vinculados particularmente a 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 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.

Sin duda, 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 (que es el objeto de análisis constitucional en esta oportunidad) 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.

4. La Corte, mediante sentencia C-163 de 2020, declaró la exequibilidad parcial del Decreto 499 de 2020, con excepción de la expresión “ni sucursal”, la cual declaró inexequible. Por lo tanto, habida cuenta la similitud normativa entre ambas disposiciones, la mencionada decisión conforma precedente para el presente análisis.

Con todo, eso opera sin perjuicio en que para el presente caso se deba hacer un estudio separado y autónomo sobre la constitucionalidad del Decreto 544 de 2020. Esto se justifica en el hecho de que el contexto de cada una de las disposiciones adoptadas es una condición

que debe evaluarse en el marco del análisis de constitucionalidad de los decretos adoptados en los estados de excepción, comoquiera que la declaratoria de exequibilidad depende, entre otros factores, de la acreditación entre las medidas propuestas y la naturaleza de la crisis. De esta manera, solo resultarán compatibles con la Constitución cuando se demuestre, de forma fehaciente, que las normas son idóneas para atender la causa del estado de excepción y para limitar la propagación de sus efectos. Esto implica, según lo expuesto, que el escrutinio judicial de cada medida se haga de forma separada y atendiendo a dicho contexto. Así, es viable concluir que, a raíz de determinadas condiciones, el grado de intensidad de la crisis o la magnitud de sus efectos, ciertas medidas cumplan con las exigencias constitucionales y estatutarias, y luego, normas similares no acrediten tales requisitos.

Asunto que resolver y metodología de la decisión

5. Mediante 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 declaratoria como pandemia del COVID-19, por parte de la Organización Mundial de la Salud, lo 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 la Sentencia C-145 de 2020, declaró la exequibilidad del Decreto 417 de 2020.

El Decreto 544 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 equipos médicos, mobiliario, reactivos de diagnóstico, dispositivos médicos, elementos de protección personal (EPP) y medicamentos allí señalados; (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.

6. Los intervinientes y el Procurador General de la Nación concluyen, en general, que la norma objeto de control se ajusta a la Constitución. 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.

Asimismo, propugna porque la Corte ordene medidas tendientes a la centralización de las compras por parte del Estado, al igual que la aplicación de economías de escala que incidan en los costos totales de los bienes. Con todo, de antemano la Sala aclara que sobre este último aspecto no se pronunciará, debido a que es propio del análisis sobre la conveniencia del decreto analizado, circunstancia que escapa del ámbito propio del control de constitucionalidad, centrado en el análisis sobre su validez.

De otro lado, la Universidad Externado de Colombia llama la atención acerca de que la determinación de la vigencia del decreto: hasta la duración de la emergencia sanitaria es una medida razonable, debido a que impide que sea un plazo indefinido y, además, reconoce la

posibilidad de definir de antemano hasta cuándo durará la crisis desencadenada por la pandemia.

A su turno, el INVIMA resalta que a pesar de que la norma analizada excluya la adquisición de los bienes del EGCAP, en todo caso se mantiene la vigencia de las normas nacionales, entre ellas, las de carácter sanitario, las cuales no resultan reducidas en su alcance respecto de la adquisición de los bienes contemplados en el decreto.

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 artículo 1º del decreto examinado, a fin de garantizar la vigencia de dichos principios.

7. A fin de resolver si el Decreto 544 de 2020 se ajusta a la Constitución, la Sala adoptará la siguiente metodología: en primer lugar, reiterará las reglas sobre el control de constitucionalidad de los decretos legislativos adoptados en el marco de los estados de excepción, en particular, la emergencia económica, social y ecológica. Luego, sintetizará las reglas jurisprudenciales contenidas en la sentencia C-163 de 2020, que estudió la constitucionalidad del Decreto 499 de 2020, similar al actualmente examinado. Finalmente, a partir de las premisas que se deriven de este análisis, resolverá sobre la constitucionalidad del decreto de la referencia.

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

8. 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 499 de 2020.

9. 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.

10. La regulación constitucional y estatutaria de los estados de excepción se funda en el carácter reglado, excepcional y limitado de los mismos. La Carta Política establece un complejo sistema de controles que supone “el carácter excepcionalísimo de las medidas de emergencia en Colombia” y que “el uso de estas herramientas es una potestad reglada que se encuentra sometida a las disposiciones constitucionales, legales y del bloque de constitucionalidad”.

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.

11. 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.

12. 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.

13. 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.

14. 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

15. 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.

16. 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.

17. 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.

18. 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.

18.1. 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.

18.2. 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.

18.3. El 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".

18.4. 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.

18.5. 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.

18.6. 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.

18.7. 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.

18.8. 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.

18.9. 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.

18.10. 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

El análisis de constitucionalidad del Decreto 499 de 2020

19. De acuerdo con lo explicado en el fundamento jurídico 3 de esta sentencia, existen similitudes evidentes entre la disposición examinada y el Decreto 499 de 2020, ya analizado por esta Corporación. En ese sentido, elementales razones de coherencia y seguridad jurídica obligan a que se recapitulen las reglas fijadas en esa sentencia, puesto que ellas servirán de base para la decisión que haya de adoptarse en esta oportunidad, merced de la identidad normativa mencionada.

20. Como marco previo al estudio sobre el cumplimiento de los requisitos de validez mencionados en el acápite anterior, la sentencia C-163 de 2020 hizo referencia a la justificación constitucional de las reglas que integran el EGCAP, así como la admisibilidad de excepciones a las mismas, en particular, a través de formas de contratación que flexibilizan el principio de selección objetiva en situaciones de urgencia. Además, hizo referencia al

precedente que reconoce la constitucionalidad general de los decretos legislativos que exceptúan dicho estatuto.

En cuanto al primer aspecto, la sentencia hizo hincapié en que, de acuerdo con la Constitución, la competencia primigenia para la adopción del EGCAP está en cabeza del Congreso (artículo 150-último inciso de la Carta), quien tiene, en consecuencia, un amplio margen de configuración legislativa sobre la materia. No obstante, resaltó que la jurisprudencia constitucional ha previsto que la finalidad esencial de la contratación estatal es el aseguramiento del interés general y, de una manera más amplia, el cumplimiento de los fines del Estado que prevé el artículo 2º superior. Esta condición implica, a la luz de ese precedente, la admisibilidad de reglas que alteren la igualdad de oportunidades para contratar, cuando ello resulte necesario para la satisfacción de tales finalidades.

La decisión también expuso cómo el precedente que se ha ocupado de las normas legales que integran el EGCAP confiere un valor especial a la vigencia de los principios constitucionales de la función administrativa, dispuestos en el artículo 209 de la Carta. En ese sentido, habida consideración de la naturaleza superior de esas disposiciones, la sentencia destacó el carácter ordenador que tienen para el régimen de contratación estatal y a partir de un entendimiento comprehensivo. Por ende, son predicables siempre que el Estado sea parte en el contrato, al margen del régimen legal que resulte aplicable. Esta conclusión, a su vez, está soportada no solo en consideraciones jurisprudenciales, sino también en expresos mandatos legales, como se observa de la lectura del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

La Corte identificó, en ese sentido, dos criterios que agrupan tales excepciones: “uno en donde, por la naturaleza del contrato, la exigencia de la selección objetiva 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 cada uno de estos casos, la sentencia analizada destacó que la jurisprudencia ha concluido la constitucionalidad de las normas respectivas, en la medida en que (i) no existe un mandato constitucional que exija la adopción de una forma particular de contratación para el Estado; y (ii) sin importar la fórmula legal escogida, debe garantizar la eficacia de los principios de la contratación estatal.

22. Respecto del segundo criterio de clasificación, la sentencia C-163 de 2020 identificó dos tipos de contratación: la de naturaleza directa, derivada de la declaratoria de urgencia manifiesta, y la posibilidad de inaplicar las normas del EGCAP mediante decretos legislativos.

La contratación directa por urgencia manifiesta es una modalidad contractual que opera por mandato legal y en aquellas situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastres, los cuales demanden acciones inmediatas. El EGCAP incorpora dentro de esas situaciones los estados de excepción. Por ende, con el fin de atender la crisis y bajo las condiciones previstas en la ley, las autoridades estatales pueden contratar directamente y, en consecuencia, eximirse de algunos de los requisitos propios de la selección objetiva, entre ellos, como lo describe la sentencia estudiada, algunas garantías a cargo del contratista, y determinados requisitos de publicidad

del contrato y de registro de los proponentes.

En relación con el segundo grupo, la sentencia identifica decisiones de la Corte que han avalado decretos legislativos, adoptados en el marco de declaratorias de emergencia económica, social y ecológica, para excluir de la aplicación del EGCAP a determinadas acciones contractuales del Estado. Luego de analizar las reglas fijadas por dichas providencias, la sentencia precedente identificó cómo la Corte ha avalado su constitucionalidad, siempre y cuando se trate de medidas imperiosas para la atención de la crisis y para impedir la extensión de sus efectos.

Sobre este particular, la Corte consideró que las normas de esta naturaleza deben analizarse a partir de la lógica derivada de su temporalidad y finalidad. Esto quiere decir que las herramientas previstas en los mismos están dirigidas, exclusivamente, a facilitar la suscripción de los contratos indispensables para la atención de los hechos que dieron lugar a la emergencia. En consecuencia, una vez se ha acreditado la superación de la crisis, estas herramientas excepcionales de contratación pierden su razón de ser, tanto desde la perspectiva de su soporte fáctico como desde su validez constitucional. Es por esta razón que el precedente planteado por la Corte en este punto parte de la base de la necesidad de que las excepciones al EGCAP, que sin duda imponen limitaciones a las finalidades, tengan aplicación restrictiva.

23. Finalizado este análisis, la sentencia C-163 de 2020 reconstruyó la línea jurisprudencial referida a la necesidad de que los decretos legislativos que establecen mecanismos de contratación estatal exceptuados del EGCAP sean compatibles con el requisito de temporalidad, propio de las medidas de excepción.

Sobre el particular, explicó que una de las condiciones para la validez constitucional de las medidas de excepción es que estén exclusivamente dirigidas a atender la crisis, lo que implica, de suyo, que no puedan aplicarse más allá de ese cometido, ni material ni temporalmente. En ese punto, aclaró que la interpretación sistemática y teleológica del decreto que analizaba permitía concluir que la flexibilización de las reglas generales de contratación establecidas en el EGCAP se aplica mientras se encuentren vigentes las razones que le sirvieron de sustento para su expedición, a partir de las lógicas sobre la finalidad y la necesidad antes mencionadas.

24. Por último, la sentencia analizada hizo una breve referencia a la justificación constitucional del control fiscal, en tanto instrumento que sirve a la protección del ahorro público, la garantía de la transparencia en las operaciones relacionadas con los bienes y recursos públicos, y el aseguramiento de la eficiencia de la administración en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Este aparte también destacó que el control fiscal ha sido comprendido desde sus condiciones de amplitud e integralidad. En cuanto a lo primero, la condición de sujeto de dicho control está mediada únicamente por la administración de recursos públicos, al margen de la naturaleza jurídica de quien adelante esa actividad. Respecto de lo segundo, el control fiscal se predica de las diferentes etapas de la gestión de los recursos públicos, esto es, recaudo, gasto, inversión, disposición, conservación y enajenación. A su vez, esta condición de

integralidad también implica 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.

Por último, la sentencia llamó la atención acerca de la modificación introducida por el Acto Legislativo 4 de 2019, reforma constitucional que adicionó al control fiscal previo los de carácter preventivo y concomitante.

25. A partir de este marco de análisis, la sentencia C-163 de 2020 asumió el estudio sobre la constitucionalidad del Decreto 499 de 2020 y, luego de comprobar el cumplimiento de los requisitos formales de validez, dicha providencia se ocupó de estudiar la acreditación de los juicios que integran los requisitos materiales o sustantivos, como pasa a explicarse:

En lo referido al juicio de finalidad, la sentencia encontró que la flexibilización de las condiciones contractuales de los dispositivos médicos y elementos de protección personal (DMyEPP) tenía un vínculo directo con la pandemia por el COVID-19, en tanto facilitan la adquisición de bienes destinados al suministro de prestaciones médicas y, de manera más general, la protección de las personas que puedan estar en riesgo de contagio con dicha enfermedad.

Por razones similares se cumplía con el juicio de conexidad material, debido a que los considerandos del decreto, así como las pruebas recaudadas durante el trámite, demostraban que se estaba ante un escenario de aumento inusitado de la demanda de dichos bienes, que configuraban una demanda inelástica de los mismos y, por esta razón, se hacía necesario que los diferentes Estados dispusieran formas céleres y eficaces de adquisición de DMyEPP. Por lo tanto, se cumplía el requisito de conexidad interna. De otro lado, en lo que respecta a la faceta externa de la conexidad, también resultaba claro que, ante los riesgos en la salud que involucraba la pandemia, el establecimiento de mecanismos eficientes de adquisición de los DMyEPP tiene estrecha relación con la atención de esa crisis.

Asimismo, la Sala encontró probados los juicios de ausencia de arbitrariedad e intangibilidad, en tanto que la norma se concentra exclusivamente en asuntos de la contratación estatal, que no atentan contra el normal funcionamiento de los poderes públicos y no inciden en la eficacia de los derechos que el régimen constitucional de excepción considera intangibles. A partir de un argumento similar, también se verificó el cumplimiento del juicio de no contradicción específica, debido a que la Constitución no exige adoptar un modelo particular de contratación estatal, de manera que las medidas excepcionales para el efecto no se oponen objetivamente a mandato constitucional alguno. A su turno, la Sala constató que el decreto examinado no supone la derogatoria o suspensión de las normas que integran el EGCAP o que regulan la contratación con personas extranjeras, sino que se limita a excluir de la aplicación de esas reglas a un grupo particular de bienes adquiridos en el mercado internacional. De esta forma, no se encontró afectación que interesase al juicio de compatibilidad.

27. La evaluación por parte de la sentencia sobre el juicio de necesidad partió de comprobar que no existía error manifiesto por parte del Gobierno en lo que respecta a la necesidad fáctica de adoptar los mencionados mecanismos de flexibilización contractual. Para ello, tuvo en cuenta que la adquisición de los DMyEPP, en el actual escenario, enfrentaba un

mercado caracterizado por (i) un grupo limitado de fabricantes y una demanda inelástica de los bienes, la cual desvincula su demanda del precio de estos; y (ii) la escasez de los productos, debido a la mencionada limitación, junto con las restricciones de exportación de los mismos que varios gobiernos han impuesto. Así, resultaba razonable sostener que la flexibilización citada y la reducción de los requisitos para la contratación con personas extranjeras eran instrumentos idóneos y necesarios para hacer frente a esas particulares y excepcionales características de mercado. En la misma línea de argumentación, la exigencia de remitir la información sobre los contratos para el ejercicio del control fiscal no planteaba debates constitucionales y, antes bien, para la sentencia C-163 de 2020 "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."

En cuanto a la necesidad jurídica o juicio de subsidiariedad, la decisión examinada consideró que, si bien la legislación ordinaria establecía la posibilidad de utilizar la contratación directa por urgencia manifiesta durante los estados de excepción, esa opción legal mantenía determinados requisitos que no resultan compatibles con las particulares condiciones de mercado antes descritas. Así, luego de analizar el régimen legal aplicable, la Corte concluyó que "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 enlistados en el decreto. De allí que la Sala concluya que se cumple con el juicio de subsidiariedad."

Sin embargo, esta conclusión fue exceptuada tratándose de la previsión que excluía a las personas extranjeras contratistas de los DMyEPP de constituir sucursal en Colombia. Sobre el particular, la Sala advirtió que la legislación mercantil ordinaria exige esa condición únicamente cuando se trate de personas que ejerzan negocios permanentes en el país. Los contratos regulados por el Decreto 499 de 2020 están dirigidos exclusivamente a la adquisición de los bienes mencionados. Aunque para la Corte es claro que estos contratos pueden ser de ejecución instantánea o incluir obligaciones posteriores de mantenimiento o de garantía de los bienes adquiridos, tales condiciones no tornan la actividad del contratista como permanente, en los términos del artículo 474 del Código de Comercio. Además, una interpretación en ese sentido sería, a juicio de la Sala, incompatible con la lógica de temporalidad y finalidad que gobiernan las excepciones al EGCAP, puesto que sería dar vocación de permanencia a la actividad de los contratistas, con base en normas de carácter transitorio. Por ende, no se cumplía con el juicio de subsidiariedad sobre ese preciso aspecto, de modo que la expresión "ni sucursal", contenida en el parágrafo segundo del artículo 1º del decreto mencionado fue declarada inexequible.

28. La Corte consideró que el juicio de proporcionalidad estaba cumplido, puesto que las medidas contenidas en el decreto, tanto de flexibilización contractual como de envío de información para el control fiscal, eran necesarias para cumplir con un fin constitucionalmente imperioso, consistente en la protección de la vida y la integridad física de las personas. Esto, mediante la adquisición de los DMyEPP imprescindibles para la atención de la pandemia, tanto en lo referido a la prestación de servicios médico-

asistenciales, como a la protección de la salud de quienes tienen riesgo de contagio del COVID-19. De la misma manera, las reglas sobre información se mostraban necesarias, esta vez en términos del aseguramiento del uso adecuado de los recursos del Estado.

Cabe enfatizar que, en el caso ahora analizado, el Procurador General de la Nación expuso idéntico argumento al expresado en el asunto precedente, consistente en la necesidad de condicionar la constitucionalidad de la normativa, a fin de atar su aplicación a la vigencia de los principios de la función administrativa. A esta solicitud se sumó la Federación Médica Colombiana, también interviniente en este proceso, quien formuló un requerimiento similar. La Corte desestimó estas solicitudes al advertir que los principios mencionados tienen raigambre constitucional, guían todas las modalidades de contratación estatal y son, en consecuencia, indisponibles por las normas legales o aquellas adoptadas mediante decretos legislativos. De esta manera, no era posible interpretar las normas examinadas de modo que excluyesen ese carácter imperativo de los principios de la administración pública, opción que es presupuesto para adoptar un fallo de exequibilidad condicionada.

29. No obstante, la Corte realizó una consideración particular sobre la temporalidad del Decreto 499 de 2020, como parte de la verificación sobre el juicio de proporcionalidad. Advirtió que, en los términos del artículo 3º de esa disposición, la vigencia del Decreto era de carácter prospectivo ordinario, lo que significaría que se mantendría en vigor de forma indefinida. Esta circunstancia dejaba de tener en cuenta que la jurisprudencia constitucional, citada en el fundamento jurídico 23, había fijado un claro precedente acerca de que los mecanismos excepcionales de contratación estatal, dispuestos mediante decretos legislativos, debían estar delimitados en el tiempo.

Con todo, también se advirtió que en el caso analizado la temporalidad del Decreto 499 de 2020 quedaba circunscrita debido a que había sido subrogado por el Decreto 544 de 2020. Así, se trataba de una norma cuyos efectos en el tiempo habían concluido y, en cualquier circunstancia, la norma subrogante sí establecía, como se explicará más adelante, un parámetro de delimitación temporal.

30. Por último, la sentencia C-163 de 2020 concluyó que el juicio de no discriminación también resultaba cumplido. Esto debido a que el decreto no establecía ningún tratamiento discriminatorio injustificado. Así, no obstante se flexibilizan las normas sobre selección objetiva del contratista, ello solo se hace con el fin de hacer frente al fenómeno de competencia agresiva antes descrito, y esa excepción está sometida a la vigencia de los principios constitucionales de la función administrativa.

De otro lado, aunque se comprueba que la norma establece una distinción fundada en el origen nacional, pues las medidas de flexibilización contractual solo aplican para el mercado internacional de DMyEPP, esta distinción se encuentra justificada debido a que (i) buena parte de esos bienes son producidos por empresas extranjeras; (ii) el escenario de competencia agresiva se comprueba solo en el ámbito global, de manera que extender las normas de la flexibilización al comercio local desconocería los principios de proporcionalidad y necesidad fáctica de las medidas de excepción; y (iii) la norma no es especialmente gravosa con los contratistas nacionales, quienes están plenamente habilitados para contratar con el Estado a través de los mecanismos existentes. En ese sentido, la medida se explica

únicamente a partir de la necesidad de garantizar los derechos fundamentales, particularmente la vida, la salud y la integridad física, cuya vigencia depende de la oportuna adquisición de los bienes mencionados.

Revisión de los criterios formales y materiales en el caso analizado. Reiteración de jurisprudencia

31. El Decreto 544 de 2020 cumple con los criterios formales de las normas de excepción. Fue promulgado por el Presidente de la República, junto con la suscripción de todos los ministros, el 13 de abril de 2020, como se comprueba en su publicación en el Diario Oficial 51.283 del 14 de abril del mismo año.

El decreto, a su vez, fue expedido durante la vigencia del estado de emergencia económica, social y ecológica declarada a través del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 y por treinta días calendario.

De la misma manera, la norma examinada plantea 38 considerandos que operan como motivación a las medidas excepcionales de contratación estatal que contiene el articulado.

32. En lo que refiere al análisis sobre el cumplimiento de los criterios materiales y habida cuenta de la similitud existente entre los Decretos 499 y 544 de 2020, el primer aspecto que debe determinarse es si hay lugar a modificar el precedente plasmado en la sentencia C-163 de 2020.

Sobre este particular, la Corte encuentra que no se acredita ninguna de las circunstancias que la jurisprudencia constitucional plantea para la modificación válida del precedente. Al respecto, en sentencia C-898 de 2011 esta Corporación hizo una sistematización de los elementos requeridos para la modificación del antecedente jurisprudencial, en los siguientes términos:

“La decisión de una alta corte, y de manera particular de la Corte Constitucional, de modificar su precedente es intrínsecamente costosa en términos de afectación de los principios y valores antes mencionados. Por ende, se requiere de la comprobación de circunstancias extremas y excepcionales que permitan realizar ese cambio, entre ellas (i) la reforma del parámetro normativo constitucional cuya interpretación dio lugar al precedente; (ii) la comprobación acerca de la irrazonabilidad, inconstitucionalidad o manifiesta injusticia del arreglo jurisprudencial vigente al vulnerar principios y valores nodales para el Estado Constitucional; o (iii) la modificación radical y sistemática de la comprensión de una norma dentro del ordenamiento, categoría usualmente incorporada al concepto de derecho viviente.”

Llevados estos requisitos al presente caso, se encuentra que (i) el parámetro de constitucionalidad no ha sufrido modificación alguna; (ii) el arreglo jurisprudencial anterior no se muestra manifiestamente irrazonable o injusto; y (iii) no se evidencia una modificación social de tal magnitud que obligue a adoptar un precedente distinto. De esta manera, la Corte considera que debe seguirse para el caso bajo estudio las reglas fijadas a propósito del control de constitucionalidad del Decreto 499 de 2020.

33. La Corte considera que concurre un grupo de juicios en los que las reglas fijadas en la sentencia C-163 de 2020 pueden aplicarse de manera análoga, en tanto los decretos mencionados tienen idéntica redacción y el contexto en que cada uno se inserta no ofrece variaciones que alteren el análisis de constitucionalidad y su resultado en relación con dichos juicios en particular. En efecto, se trata de normas que tienen propósitos análogos, estructura similar e incluso identidad de algunas de sus disposiciones, por lo que, si bien guardan diferencias en algunos aspectos, que motivarán ulteriores análisis separados, es claro que (i) tienen un objetivo común: la flexibilización de las normas de contratación para la adquisición de bienes vinculados a la atención de la pandemia, particularmente en lo relativo a la prestación de servicios de salud y la protección personal frente al riesgo de contagio de COVID-19; y (ii) ambas normas están inscritas en el desarrollo de las facultades gubernamentales propias del estado de emergencia económica, social y ecológica decretado por el Decreto 417 de 2020.

Así, en lo referido a los juicios de finalidad, conexidad material, motivación suficiente, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, compatibilidad y no discriminación, la Sala concluye que las razones que fundamentaron la constitucionalidad del Decreto 499 de 2020 son idénticas a las que se predican del Decreto 544 de 2020. Por ende, evidentes razones metodológicas y de eficiencia argumentativa hacen innecesario volver a estudiar tales asuntos.

No sucede lo mismo con los juicios de necesidad y proporcionalidad, donde resulta pertinente hacer algunas consideraciones adicionales, vinculadas a especificidades del Decreto 544 de 2020.

34. En relación con el juicio de necesidad, en su componente fáctico, podría válidamente sostenerse que la norma es inconstitucional, precisamente porque ya fue expedido el Decreto 499 de 2020 que, con un propósito idéntico al ahora perseguido, flexibilizó las reglas sobre contratación estatal e impuso el deber de información para el ejercicio del control fiscal.

Con todo, este análisis deja de tener en cuenta que el Decreto 544 de 2020 establece un listado más extenso de bienes objeto del mecanismo excepcional de contratación estatal bajo normas de derecho privado. En efecto, comparadas ambas normas, se evidencia que el decreto objeto de análisis incluye los siguientes elementos: (1) analizador de orina; (2) analizador de sangre; (3) broncoscopio; (4) centrífuga; (5) ecógrafo con transductores; (6) elementos de protección radiológica adulto o pediátrico; (7) equipo de gases arteriales; (8) equipo de química sanguínea; (9) equipo de Rayos X fijo; (10) humidificador; (11) laringoscopio / videolaringoscopio; (12) máquina de anestesia; (13) pipeta; (14) sistema de monitoreo de gasto cardiaco; (15) sistemas de presión positiva continua en vía aérea (CPAP); (16) termómetro; (17) tomógrafo; (18) ventilador de transporte; (19) biombos; (20) camillas de transporte; (21) carro de paro; (22) prueba de RT-PCR para SARS-CoV-2/COVID-19; (23) algodón laminado de uso hospitalario; (24) bolsa para residuos hospitalarios; (25) cánulas de Guedel; (26) cánulas orofaríngeas, nasofaríngea y nasales, (27) circuitos de ventilación y de máquina de anestesia con sus accesorios, (28) extensión de tubo de oxígeno para terapia; (29) gasa estéril y no estéril; (30) guardián para objetos cortopunzantes; (31) gulas para intubación; (32) hisopo para toma de muestra; (33) intercambiador de tubo; (34) kit de

crícotiroidotomia; (35) kit de traqueostomía; (36) máscara para ventilación no invasiva; (37) máscaras laríngeas, venturi y para oxígeno; (38) medio para transporte de muestras virales; (39) recipiente de transporte de muestras; (40) resucitador pulmonar manual; (41) set de infusión; (42) toallas de papel para secado de manos; (43) tubo endotraqueal; (44) tubo torácico; (45) bata médica; (46) delantal; (47) gafas protectoras; (48) gorros; (49) guantes de látex y de nitrilo no estériles; (50) guantes estériles; (51) mascarilla N95 y respiradores FFP2 o FFP3; (52) mascarilla quirúrgica (tapabocas); (53) mascarillas con filtro; (54) polainas; (55) protector facial: caretas o visores; (56) ropa hospitalaria desechable, (57) ropa quirúrgica estéril; (58) tela no tejida como materia prima de EPP; (59) trajes de bio-protección; (60) aire medicinal en todas las presentaciones; y (61) oxígeno medicinal en todas las presentaciones.

En ese sentido, el alcance del decreto es más amplio al de la norma precedente, lo que fue justificado por el Gobierno en la necesidad de contar con herramientas suficientes para, en el marco de la competencia agresiva que impera en la distribución global de esos bienes, contar con mecanismos céleres para la adquisición de tales bienes. A juicio de la Sala, esta explicación se muestra adecuada y suficiente respecto del nuevo listado de productos objeto de flexibilización contractual. Es un hecho comprobado en los considerandos del Decreto 544 de 2020 que los casos de personas contagiadas por COVID-19 han ido en ascenso, tanto a nivel nacional como mundial, lo que necesariamente implica una mayor demanda de los bienes mencionados y, por ende, la profundización del carácter inelástico de dicha demanda.

Por lo tanto, la Corte concluye que no se evidencia un error manifiesto por parte del Gobierno cuando extiende la lista a nuevos bienes, en tanto (i) todos ellos están relacionados con la atención en salud y la protección de la integridad física puesta en riesgo por la pandemia; y (ii) es razonable considerar que, ante el aumento significativo de los contagios, se hace imprescindible reforzar la capacidad de respuesta del sistema de salud la cual depende, entre otros factores, de la ágil adquisición de los elementos básicos para la operación de ese sistema.

35. En lo relativo a la necesidad jurídica o juicio de subsidiariedad la Sala advierte que las normas del EGCAP no resultan suficientes para atender la adquisición de los bienes descritos en el decreto objeto de examen. Esto debido a las razones explicadas en el fundamento jurídico 27 de esta sentencia. A su vez, también se evidencia que el parágrafo segundo del artículo 1º del Decreto 544 de 2020 reitera la regla según la cual las personas extranjeras referidas en esa disposición no requieren constituir sucursal en Colombia. Por ende, se está ante la misma situación analizada en la sentencia C-163 de 2020, lo que impone la necesidad de adoptar idéntica decisión de inconstitucionalidad sobre la expresión “ni sucursal” contenida en dicha disposición.

De igual manera, también es importante resaltar, como se hizo en la sentencia mencionada, que la necesidad jurídica del decreto examinado también se explica ante el imperativo de otorgar claridad al régimen jurídico aplicable en el escenario propuesto, que se inserta en el mercado internacional de los bienes regulados por dicha disposición. Sobre el particular debe recordarse 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.

Una regulación de este tipo, a su vez, se muestra compatible con la Constitución y, en particular, es consecuencia del principio de soberanía nacional del Estado en cuanto a su régimen jurídico. Sin embargo, también debe reiterarse que lo expuesto 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 bienes 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. Así, 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.

36. Finalmente, con base en las razones expuestas sobre el particular en la sentencia antes mencionada, la Sala considera que el Decreto 544 de 2020 cumple con el juicio de proporcionalidad. Esto debido a que la adquisición célere y eficaz de los bienes descritos en el artículo 1º de esa norma es imperiosa, en virtud de su vínculo inescindible con la atención médica de las personas afectadas por el COVID-19, así como, de una manera más general, con la protección de la integridad física de quienes están expuestos al riesgo de contagio. Asimismo, como se explicó en el fundamento jurídico 27, el EGCAP, aunque contiene reglas que permiten la contratación directa derivada de la declaratoria de urgencia manifiesta, subsisten otros requisitos y limitaciones incompatibles con la celeridad en la adquisición de los bienes listados en el artículo 1º del decreto examinado. Por ende, la medida de excepción es necesaria para cumplir con el fin antes explicado.

Respecto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto y, en particular, la evaluación sobre la temporalidad de la medida de excepción, la Sala advierte que el artículo 3º del Decreto 544 de 2020, contrario a como sucedía en el Decreto 499 de 2020, sí tiene una fórmula definida de vigencia. En efecto, establece que la regulación estará en vigor mientras se mantenga la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Seguridad Social.

Es evidente que la pandemia por el COVID-19 ha expuesto retos enormes para el constitucionalismo de excepción, puesto que se trata de una emergencia que afecta diferentes dimensiones de la vida social y económica y, a su turno, se desarrolla bajo la incertidumbre derivada de la imposibilidad de definir con precisión su duración y, en particular, la dimensión de sus efectos. Esto implica que no resulte fácticamente posible determinar de antemano cuál debe ser la delimitación precisa, en el ámbito temporal, de las medidas destinadas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus consecuencias. Sin embargo, también debe tenerse en cuenta que uno de los pilares sobre los que se edifica el diseño constitucional del estado de excepción es la naturaleza intrínsecamente temporal de

dichas medidas, entre ellas las que prevén regímenes exceptuados al EGCAP. Por lo tanto, resulta imperativo plantear fórmulas que simultáneamente permitan atender la crisis de forma adecuada, pero que no desconozcan el mandato de temporalidad en comento.

Vincular la duración de las normas del Decreto 544 de 2020 a la vigencia de la emergencia sanitaria involucra reconocer que aquella no tiene carácter permanente. Aunque si bien el artículo 69 de la Ley 1753 de 2017, norma que confiere la competencia al Ministerio de Salud para declarar la emergencia sanitaria, no establece un límite temporal, ello se explica en el hecho de la naturaleza de este tipo de crisis que, como se dijo, impide la definición ex ante de su duración. No obstante, es claro que una vez las condiciones sociales y de salud retornen a su cauce ordinario, la declaratoria de emergencia sanitaria pierde su sustento fáctico y, de la misma manera, finaliza la vigencia de las disposiciones expedidas para atender dicha emergencia.

En consecuencia, la Sala considera que el artículo 3º del Decreto 544 de 2020 cumple con el juicio de proporcionalidad, puesto que su duración se circunscribe a la atención de la emergencia sanitaria, escenario en donde las medidas de flexibilización contractual resultan indispensables para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso de proteger la vida, la integridad física y la salud de las personas.

Conclusiones

40. El Decreto 544 de 2020 es, en términos generales, compatible con la Constitución, en tanto cumple con las condiciones formales y materiales que impone el derecho constitucional de excepción. Para arribar a esta conclusión, la Corte reitera los argumentos previstos en la sentencia C-163 de 2020, reciente decisión de esta Corporación y que analizó un decreto legislativo que guarda unidad de contenido y propósitos a los de la norma objeto de examen. Por lo tanto, dicha providencia obra como precedente vinculante en el asunto de la referencia.

Con base en esa comprobación, la Sala advierte que el decreto examinado cumple con los juicios formales y materiales exigibles de las normas adoptadas al amparo de los estados de excepción. Esto debido a que guarda identidad de contenido normativo con la previsión analizada anteriormente por la Corte. Asimismo, comparten el mismo contexto, pues se inscriben en la condición de medidas de flexibilización contractual para la adquisición de bienes vinculados a la atención de la pandemia.

No obstante, resulta pertinente realizar una precisión puntual sobre el presente análisis de constitucionalidad, relativo al juicio de necesidad fáctica, cuyo cumplimiento se acredita por el hecho de que el Decreto 544 de 2020 tiene un alcance más amplio que el Decreto 499 de 2020, pues flexibiliza las reglas de contratación respecto de un grupo más extenso de bienes y elementos de protección personal, todos ellos vinculados con la atención de la pandemia por el COVID-19.

De la misma forma, en lo que respecta al juicio de necesidad jurídica o subsidiariedad, la Corte encuentra que el Decreto 544 de 2020 reitera la previsión contenida en el Decreto 499 de 2020, que eximía a las personas extranjeras de constituir sucursal en Colombia para suscribir los contratos de adquisición de DMyEPP. Habida consideración de que esa exclusión

se predica, conforme con la legislación mercantil, únicamente respecto de aquellas empresas que van a ejercer negocios permanentes en el país y los contratos mencionados no tienen esa condición, esa disposición específica deviene inconstitucional.

Por último, en lo que respecta al juicio de proporcionalidad, se evidencia que el decreto examinado es una norma imprescindible para cumplir con un fin constitucionalmente imperioso, vinculado a la protección de la vida, la salud y la integridad física de las personas. Asimismo, prevé una fórmula que circunscribe su vigencia a la duración de la emergencia sanitaria, lo cual ofrece un parámetro que concilia la necesidad de atender la crisis e impedir la extensión de sus efectos, con la obligatoriedad de que las normas que exceptúan el EGCAP tengan vocación temporal. De esa manera, la disposición es exequible sobre ese particular.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Notifíquese, comuníquese 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 aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-172/20

Expedientes: RE-275

Magistrada ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, suscribo salvamento de voto parcial 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 544 de 2020, es inexequible por no superar el juicio de necesidad jurídica. Esto, de conformidad con “la regla según la cual las personas extranjeras referidas en esa disposición no requieren constituir sucursal en Colombia”. Así, la Sala reiteró lo expuesto en la Sentencia C-163 de 2020, mediante la cual analizó unas disposiciones análogas a las sub examine. En mi concepto, la Sala no debió declarar inexequible dicha expresión, por las razones que expuse en mi salvamento parcial de voto a la Sentencia C-163 de 2020, las cuales reitero 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. 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 el territorio nacional, 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 garantizar la adquisición de 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.

Con el acostumbrado respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado