

Sentencia C-181/20

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

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

PRECEDENTE EN DECRETOS LEGISLATIVOS-Pertinencia para resolver problema jurídico

(...) la Sala Plena estima, siguiendo los criterios expuestos en la sentencia C-172 de 2020, que la sentencia C-162 de 2020 constituye un precedente relevante para decidir el presente asunto, y no conforma lo que la jurisprudencia ha denominado “cosa juzgada material” frente al estudio que la Corte debe hacer sobre el DL 537. En efecto, las razones que sustentan dicha sentencia, deben considerarse, dada su pertinencia, para resolver el problema jurídico que ahora se somete a escrutinio de este tribunal.

COSA JUZGADA MATERIAL-Inexistencia

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

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

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

ESTADOS DE EXCEPCION-Carácter reglado, excepcional y limitado

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

ESTADOS DE EXCEPCION-Control político y control jurídico

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Contenido

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

CALAMIDAD PUBLICA-Definición

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

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

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

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PUBLICA-Competencia 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 su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) la suscripción por el Presidente de la República y por todos sus ministros; (ii) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) la existencia de motivación. Igualmente, en los casos en los cuales la declaratoria del estado de emergencia haya comprendido únicamente determinado ámbito territorial, debe examinarse que los decretos de desarrollo no lo excedan.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio material

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA

ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de intangibilidad

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

(...) tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no contraríen de manera específica a la Constitución o a los tratados internacionales; y, (ii) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el grupo de medidas descritas en los artículos 47, 48 y 50 de la LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, la consistente en que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en el artículo 215 de la Constitución.

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

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

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA

ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de necesidad

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

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

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

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

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA

POR COVID-19-Exequibilidad del Decreto Legislativo 417 de 2020

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Aplicación

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

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE ESTABLECE MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL-Uso de medios electrónicos en los procesos de contratación y procedimientos sancionatorios

REGIMEN DE CONTRATACION EN ESTADO DE EMERGENCIA-Flexibilización temporal responde a requisitos de necesidad y proporcionalidad

(...) respecto del límite temporal de los regímenes de contratación en estados de emergencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que: “una medida de excepción que permite la ejecución de recursos públicos por fuera de los cauces ordinarios de la contratación estatal se justifica sólo en la atención estatal inicial y como una medida transitoria, pero no es constitucionalmente admisible por un tiempo prolongado en tanto desborda los límites directos de la emergencia y con ello incumple los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Vigencia de las medidas adoptadas

(...) la vigencia de las medidas adoptadas al amparo del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, no se agota en el tiempo que la Constitución otorga al Presidente de la República para expedir decretos legislativos, en tanto que el límite temporal se refiere a la potestad de expedir la normatividad de tal naturaleza, “y no para definir la vigencia de las normas”; por ello, “es posible que una medida adoptada en el estado de emergencia pueda mantener vigencia por un término superior al del estado de excepción”; (ii) la alusión a la emergencia sanitaria constituye una medida prevista en la ley, dentro de las condiciones de crisis que se presentan con el brote del Covid-19, y “la definición del tiempo de la emergencia sanitaria está sometida al control de validez del Consejo de Estado, lo que permitiría ejercer una seria vigilancia al abuso de poder del Ejecutivo”; (iii) se trata de una

cláusula de tiempo indeterminada pero determinable, y que, como se dijo, no está exenta de control; y (iv) en todo caso es claro que una vez desaparezcan las causas que le dieron origen, la declaratoria de emergencia sanitaria pierde su sustento fáctico y, por tanto, finaliza la vigencia de las disposiciones expedidas para atender dicha emergencia.

Referencia: Expediente RE-270

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020 “Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de 2020

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

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

2. En desarrollo de dicha declaratoria de Estado de Excepción, fue expedido el Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020, “Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. Esta norma fue remitida a la Corte para su control automático de constitucionalidad, a través de oficio de fecha 13 de abril de 2020, suscrito por la Secretaria Jurídica de la Presidencia de

la República.

3. Mediante el auto del 22 de abril de 2020, el Magistrado sustanciador resolvió asumir el conocimiento del presente asunto, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia, también se ordenó comunicar el proceso al Presidente de la República y a los distintos Ministerios que integran el Gobierno nacional, e invitó a las siguientes instituciones: Departamento Nacional de Planeación, Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-; Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, Contraloría General de la República; Corporación Transparencia por Colombia; Federación Colombiana de Municipios, Asociación Colombiana de Ciudades Capitales -Asocapitales-, Academia Colombiana de Jurisprudencia; Asociación Colombiana de Derecho de Administrativo; Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia; Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana; Facultad de Derecho de la Universidad Libre; Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia; Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas y Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. Esto con el fin que participaran en el presente proceso si así lo estimasen oportuno.

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

A. A. TEXTO DEL DECRETO LEGISLATIVO OBJETO DE REVISIÓN

5. A continuación, se transcribe el texto del Decreto Legislativo 537 de 2020 (en adelante el DL 537), conforme a su publicación en el Diario Oficial No 51283:

“DECRETO 537 DE 2020

(abril 12 de 2020)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

CONSIDERANDO:

Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Que según la misma norma constitucional, una vez declarado el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el Presidente, con la firma de todos los ministros, podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Que estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y podrán, en forma transitoria establecer nuevos tributos o modificar los existentes.

Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo

Coronavirus COVID-19.

Que dentro de las razones generales tenidas en cuenta para la adopción de dicha medida se incluyeron las siguientes:

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

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

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

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

Que según la OMS la pandemia del Coronavirus COVID-19 es una emergencia sanitaria y

social mundial, que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas.

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

Que 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 artículos 212 y 213 de la Constitución Política.

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

Que 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 0 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 de 2020 y cincuenta y cuatro (54) fallecidos a esa fecha.

Que pese a las medidas adoptadas, el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 10 de abril de 2020 80 muertes y 2.473 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (1.121), Cundinamarca (83), Antioquia (246), Valle del Cauca (418), Bolívar (109), Atlántico (79), Magdalena (42), Cesar (20), Norte de Santander (40), Santander (21), Cauca (19), Caldas (25), Risaralda (52), Quindío (44), Huila (41), Tolima (21), Meta (16), Casanare (5), San Andrés y Providencia (4), Nariño (31), Boyacá (27), Córdoba (7), Sucre (1) y La Guajira (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. CET[‘l] 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, y (iv) y 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.

Que según la Organización Mundial de la Salud – OMS, en reporte de fecha 10 de abril de 2020 a las 19:00 GMT-5, – hora del Meridiano de Greenwich-, se encuentran confirmados 1,524,161 casos, 92,941 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 PIB 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 generados 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 los decretos legislativos 457 del 22 de 2020 “Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público” y 531 del 8 de abril de 2020 “Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público”, se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, para el primero, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, y para el segundo a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 27 de abril de 2020.

Que de conformidad con lo anterior, se hace necesario tomar algunas medidas en materia de contratación estatal, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia, mediante el distanciamiento social, acudiendo a la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales, fortaleciendo el uso de las herramientas electrónicas, de manera que se evite el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, pero sin afectar la publicidad y la transparencia; propósito que también se debe cumplir en la realización de las actuaciones contractuales sancionatorias, que deben incorporar medios electrónicos para evitar el contacto físico, pero que garanticen el debido proceso y el derecho de defensa; no obstante, en caso de ser necesario, y con el fin de facilitar que la Administración dirija los procedimientos de contratación, se debe autorizar la suspensión de los procedimientos, inclusive su revocatoria, cuando no haya mecanismos que permitan continuarlos de manera normal; adicionalmente, es necesario permitir que las autoridades administrativas, y en especial la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pueda

adelantar procedimientos de contratación ágiles y expeditos, ante la urgencia en adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia; inclusive se debe autorizar, entre otras medidas pertinentes, la adición ilimitada de los contratos vigentes que contribuyan a atender la epidemia.

Que para evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento individual, durante el estado de emergencia sanitaria, resulta razonable que para no paralizar la contratación estatal y el mercado de compras públicas, las cuales constituyen el 15% del Producto Interno Bruto del país en un mercado monopsonio donde la economía colombiana requiere la constante ejecución del gasto público, se hace necesario aprovechar los medios tecnológicos para cumplir la función administrativa y expedir una nueva norma, sin afectar los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Que de acuerdo con el principio de eficiencia administrativa consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, resulta razonable y adecuado permitirle a las entidades públicas contratantes surtir por medios electrónicos los procedimientos administrativos sancionatorios por presunto incumplimiento contractual o suspender los términos de los mismos para darle prioridad o prevalencia a aquellas actuaciones contractuales orientadas a mitigar la emergencia sanitaria o impedir la extensión de sus efectos y adicionar así el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que resulta razonable brindarle a las entidades públicas la posibilidad de modificar sus prioridades en el plan de adquisiciones y ejecución del gasto para invertirlos en obras, bienes y servicios que aporten en la mitigación de la pandemia, motivo por el cual se podría facultar a los ordenadores del gasto, adicionando un artículo nuevo a la legislación contractual, bien para revocar los actos mediante los cuales se abren los procesos de selección de contratistas o para suspender los mismos cuando sea complejo o imposible continuarlos.

Que sin afectar la autonomía de los entes territoriales, se le permite a los municipios y

departamentos apoyarse en los acuerdos marco de precios o instrumentos de agregación de demanda que construya o haya construido la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente-, fortaleciendo así los principios de eficiencia, transparencia y celeridad de la función administrativa consagrados en el artículo 209 superior. La preferencia que autónomamente adopte cada ente territorial se sustentará en el análisis de necesidad, conveniencia y oportunidad que deba proyectarse para la estructuración de todo contrato estatal, para lo cual se adiciona una nueva norma a la legislación contractual colombiana.

Que atendiendo la temporalidad de aproximadamente seis (6) meses durante los cuales la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente- estructura y pone en operación un acuerdo marco de precios o un instrumento de agregación de demanda sobre los bienes no comprendidos en el estado de emergencia sanitaria, resulta razonable que sin proceso de licitación alguna, los proveedores de bienes y servicios útiles y necesarios para mitigar la pandemia o impedir la extensión de sus efectos, puedan ofrecer los mismos en la Tienda Virtual del Estado Colombiano sin tener que acudir a un proceso licitatorio. máxime cuando la escasez de dichos bienes y/o servicios requieren procedimientos rápidos o inmediatos que habilitan su adquisición para proteger los derechos a la salud y la vida. Así las cosas, se hace necesario adicionar una norma al párrafo 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Que ante la escasez de ciertos bienes y servicios, con ocasión de la recesión económica anunciada por el Fondo Monetario Internacional, resulta necesario orientar los principios de la función administrativa hacia el cumplimiento de los fines del Estado y de la contratación pública, mediante la adquisición de bienes y servicios útiles para mitigar la pandemia o impedir la extensión de sus efectos, que se extienda a todas las cuantías y formas de contratación la posibilidad de comprar en grandes superficies, máxime cuando el país se encuentra ante una escasez de los productos con los cuales se pueden proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida, por lo que se adiciona el párrafo 1 del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011.

Que para generar la confianza institucional de cada uno de los ordenadores del gasto en una medida como la urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y el literal a) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se hace necesario considerar como probado el estado de emergencia sanitaria con ocasión de la pandemia Coronavirus COVID-19, que sirve como fundamento fáctico para implementar la modalidad de contratación directa de los bienes y servicios requeridos durante la emergencia sanitaria.

Que ante la escasez de los bienes y servicios necesarios para mitigar la pandemia Coronavirus COVID-19 o impedir la extensión de sus efectos, y · conocidas las imperfecciones y las complejidades en la consecución de los mismos, resulta conveniente autorizar adiciones contractuales en estas adquisiciones sin afectar por ello el principio de transparencia en la contratación pública, haciendo por ello adecuado expedir una norma que adicione unos incisos al parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, con las restricciones mencionadas, adición contractual que solo tendrá vigencia durante la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Que dentro de los objetivos estratégicos del Gobierno nacional para mitigar la pandemia, se ha considerado vital en su orden de importancia; salvar vidas y proteger la salud de los colombianos, evitar hambrunas y fortalecer el tejido social y familiar, razón por la cual cobra importancia facilitar el pago de más de 230.000 contratistas de prestación de servicios en el Estado, quienes en muchas ocasiones convierten su ingreso en el único sustento de toda una familia con el cual se protegen derechos fundamentales como el mínimo vital, la educación, la salud y la vida, y en ese sentido, se crea una norma que facilite los desembolsos sobre probadas acreencias.

Que ante la escasez de bienes y servicios en el mercado internacional, resulta conveniente para la satisfacción de los derechos fundamentales a la salud y la vida, que el Estado colombiano cuente con sus agentes diplomáticos en el exterior para negociar ante empresas extranjeras públicas, privadas o mixtas, con la inmediatez que demanda la actual

competencia del mercado, los productos necesarios para cumplir con el objetivo estratégico de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida, y en tal sentido se extiende la facultad del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores para contratar bienes y servicios distintos a los utilizados para cumplir con los objetivos del Ministerio de Relaciones Exteriores en la crisis causada por el Coronavirus, y en este sentido se amplían las facultades consagradas en el artículo 2 del Decreto Ley 20 de 1992 eliminando la restricción de contratar bienes y servicios destinados únicamente a la misión institucional de la mencionada Cartera.

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 440 del 20 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. Audiencias públicas. Para evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento individual, durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección podrán desarrollarse a través de medios electrónicos, garantizando el acceso a los proponentes, entes de control, y a cualquier ciudadano interesado en participar.

La entidad estatal deberá indicar y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que

serán utilizados, así como los mecanismos que empleará para el registro de toda la información generada, conforme al cronograma establecido en el procedimiento.

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

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

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

ARTÍCULO 2. Adiciónese los siguientes incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

Procedimientos sancionatorios. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo, se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la

garantía.

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

ARTÍCULO 3. Suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de los actos de apertura. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las entidades públicas podrán como consecuencia de la Emergencia Sanitaria suspender los procedimientos de selección. Contra este acto administrativo no proceden recursos.

En caso de requerirse recursos para atender las situaciones relacionadas con la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las entidades públicas podrán revocar, de manera motivada, los actos administrativos de apertura, siempre y cuando no se haya superado la fecha para la presentación de ofertas. Contra este acto administrativo no proceden recursos.

ARTÍCULO 4. Utilización de los Instrumentos de agregación de demanda. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las entidades territoriales preferirán, para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, la compra por catálogo derivado de los Acuerdos Marco de Precios vigentes y dispuestos en la Tienda Virtual del Estado Colombiano de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

ARTÍCULO 5. Adiciónese los siguientes incisos al párrafo 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, así:

Mecanismos de agregación de demanda de excepción. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, diseñará y organizará el proceso de contratación para los acuerdos marco de precios por contratación directa, durante el término de vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, con el fin de facilitar el abastecimiento de bienes y servicios relacionados directamente con la misma.

En los acuerdos marco de precios vigentes directamente relacionados con la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, podrá configurar catálogos de emergencia, conformados por proveedores preexistentes en esos Instrumentos de Agregación de Demanda, así como por nuevos proveedores, previa verificación de los requisitos habilitantes y de calificación del proceso de selección. Estos catálogos de emergencia estarán vigentes hasta el día en que culmine el estado de emergencia sanitaria.

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

ARTÍCULO 6. Adiciónese un inciso al párrafo 1 del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, así:

Adquisición en grandes superficies. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, cuando se trate de la adquisición de bienes relacionados con la

emergencia, las entidades públicas podrán adquirirlos mediante el instrumento de agregación de demanda de grandes superficies, en cuyo caso el valor de la transacción podrá ser hasta por el monto máximo de la menor cuantía de la respectiva Entidad Estatal.

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

Las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 podrán contratar de manera directa los bienes y servicios enunciados en el inciso anterior.

ARTÍCULO 8. Adiciónese los siguientes incisos al párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, así:

Adición y modificación de contratos estatales. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la entidad estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

ARTÍCULO 9. Procedimiento para el pago de contratistas del Estado. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las entidades estatales deberán implementar para la recepción, trámite y pago de facturas y cuentas de cobro de sus contratistas, mecanismos electrónicos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 616.1 del Estatuto Tributario.

ARTÍCULO 10. Adiciónese un párrafo al artículo 2 del Decreto Ley 20 de 1992, así:

PARÁGRAFO. Contratos del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, autorícese al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, para celebrar convenios interadministrativos internos y contratos que tengan como propósito adquirir de las entidades públicas extranjeras, empresas privadas extranjeras o de otras organizaciones o personas extranjeras, bienes y servicios necesarios para mitigar la pandemia y sus efectos, sin aplicar la Ley 80 de 1993.

Para materializar este artículo, el funcionario competente deberá justificar previamente la conexidad entre los bienes adquiridos y la mitigación de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19.

ARTÍCULO 11. 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, comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 12 de abril de 2020.

IVÁN DUQUE MÁRQUEZ

LA MINISTRA DEL INTERIOR,

ALICIA VICTORIA ARANGO OLMOS

LA MINISTRA DE RELACIONES EXTERIORES

CLAUDIA BLUM DE BARBERI

EL MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO,

ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA

LA MINISTRA DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

MARGARITA LEONOR CABELLO BLANCO

EL MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL,

CARLOS HOLMES TRUJILLO GARCÍA

EL MINISTRO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL,

RODOLFO ENRIQUE ZEA NAVARRO

EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL,

FERNANDO RUIZ GÓMEZ

EL MINISTRO DE TRABAJO,

ÁNGEL CUSTODIO CABRERA BÁEZ

LA MINISTRA DE MINAS Y ENERGÍA,

MARÍA FERNANDA SUÁREZ LONDOÑO

EL MINISTRO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO,

JOSÉ MANUEL RESTREPO ABONDANO

LA MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL,

MARÍA VICTORIA ANGULO GONZÁLEZ

EL MINISTRO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE,

RICARDO JOSÉ LOZANO PICÓN

EL MINISTRO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO,

JONATHAN MALAGÓN GONZÁLEZ

LA MINISTRA DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES,

SYLVIA CRISTINA CONSTAÍN RENGIFO

LA MINISTRA DE TRANSPORTE,

ÁNGELA MARÍA OROZCO GÓMEZ

LA MINISTRA DE CULTURA,

CARMEN INÉS VÁSQUEZ CAMACHO

LA MINISTRA DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN,

MÁBEL GISELA TORRES TORRES

EL MINISTRO DEL DEPORTE,

ERNESTO LUCENA BARRERO”

B. INTERVENCIONES

6. Durante el trámite del presente asunto se recibieron oportunamente siete escritos de intervención; en seis de ellos se solicitó declarar la exequibilidad simple, y en otro la inexequibilidad del artículo 8.

7. Solicitudes de exequibilidad. Estas intervenciones concluyen que el DL 537 cumple con los requisitos formales y materiales requeridos. En particular, destacan los siguientes aspectos:

(i) Existe una relación entre las consideraciones fácticas y jurídicas que motivaron la expedición del DL 537 con las medidas efectivamente adoptadas en el mismo, así como con la declaratoria del estado de excepción, al estar dirigidas a propiciar el distanciamiento físico para contener el contagio del virus, y a la previsión de herramientas ágiles, expeditas y suficientes que permitan atender la emergencia de manera eficiente (criterio de conexidad).

(ii) Las medidas pretenden que la actividad contractual del Estado se desarrolle de manera ágil y eficiente y propician la protección de la vida y la salud a través del distanciamiento social (criterio de finalidad).

(iii) Las disposiciones del DL 537 son necesarias para contrarrestar la emergencia porque ante la eventual contracción económica y la urgencia de adquirir bienes, obras y servicios para atender las necesidades de la población, se precisa de mecanismos urgentes, ágiles y expeditos. Asimismo, se requiere dotar a las entidades públicas de medidas que les permitan realizar ciertas actuaciones por medios electrónicos e impedir eficazmente que las personas acudan físicamente a sus instalaciones. Las atribuciones ordinarias del ejecutivo no permiten alcanzar los fines que proponen las medidas excepcionales para mitigar los efectos de la pandemia, y el ordenamiento jurídico vigente no prevé mecanismos legales suficientes y adecuados que, con la celeridad requerida, permitan atender los objetivos del DL 537 (criterio de necesidad).

(iv) Las medidas del DL 537 que tienden a promover el distanciamiento social mediante las TICs, permiten preservar la salud y vida de las personas, al evitar aglomeraciones y constantes visitas a las instalaciones de las entidades, lo que resulta acorde con la gravedad de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La suspensión de los procedimientos de contratación y sancionatorios, así como la revocatoria del acto administrativo de apertura, requieren de motivación, de manera que no se trata de decisiones caprichosas o arbitrarias, dado su condicionamiento circunstancial. En lo atinente a las medidas que promueven el uso de plataformas tecnológicas para el aprovisionamiento de bienes, se estiman proporcionales, ante la urgencia de una reacción oportuna de las entidades estatales para la atención de la emergencia y sus deberes constitucionales. Se

trata de potestades transitorias y su utilización se restringe únicamente a la adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia, lo que debe establecerse y acreditarse en cada caso.

En lo que se refiere a la medida prevista en el artículo 4, la misma no interfiere desproporcionadamente en la autonomía territorial, porque además de contar con un mandato de preferencia -que es facultativo- y que equivale a una carga de motivación, cumple una finalidad legítima propiciar que las entidades territoriales compren bienes y servicios en las mejores condiciones posibles de calidad y precio. Además, las entidades territoriales conservan su competencia para la administración y destinación de sus recursos. Lo dispuesto en el art. 8 se justifica por la magnitud de la crisis y para que las entidades puedan adelantar adquisiciones de manera ágil y eficiente con ocasión de la emergencia; y no se trata de una facultad arbitraria sino discrecional que tiene límites. En general, las medidas imponen restricciones con el grado necesario para el restablecimiento de la normalidad (criterio de proporcionalidad).

(v) Las medidas del DL 537 están debidamente motivadas. En relación con la fundamentación de algunos artículos (por ejemplo, los artículos 8 y 10) recuerdan que los decretos que no limitan garantías de orden constitucional pueden contener un motivo transversal que fundamente esas medidas, en este caso, la necesidad de que las entidades puedan adelantar procedimientos ágiles y expeditos.

8. Solicitud de inexecutable del artículo 8. El legislador de excepción no puede modificar la Ley 80 de 1993. El artículo 8 viola los artículos 4 y 150 CP, así como el artículo 40 de la citada Ley 80. La medida propicia la corrupción y desconoce que los recursos del Estado son finitos y que deben tener un manejo adecuado y acorde con los principios del artículo 209 CP. Asimismo, viola los artículos 40 y 24, numeral 5, literal c) de la Ley 80 de 1993 -principio de transparencia-.

C. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

9. Mediante concepto radicado el día 18 de mayo de 2020, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del DL 537, salvo por lo dispuesto en los artículos 4 y 10, respecto de los cuales consideró necesario su

condicionamiento.

10. Para el Ministerio Público, el DL 537 cumple con todos los requisitos formales y materiales. Estima que las medidas en él adoptadas (i) se adecuan al requisito de conexidad tanto interna como externa, al tener relación directa con los hechos que dieron lugar a declaratoria de emergencia; y se fundan en motivos expuestos en dicho Decreto; (ii) su finalidad está relacionada con la superación y mitigación de la crisis que dio lugar a la emergencia; (iii) existe motivación suficiente, y esta además resulta menos exigente cuando las previsiones no limitan derechos fundamentales; (iv) son necesarias, dada la ausencia de medios jurídicos ordinarios; de hecho, al justificarse la declaratoria de emergencia, se señaló “la urgencia y gravedad de la crisis y la insuficiencia de los mecanismos jurídicos entre otros la Ley 80 de 1993”.

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

12. Sostuvo que no existe regla alguna sobre la suspensión de un procedimiento de contratación por motivo de la emergencia ni de revocatoria del acto administrativo de apertura por la razón indicada en el DL 537. Respecto de la preferencia de las entidades territoriales por la compra a través de catálogo derivado de AMP vigentes y dispuestos en la TVEC, indicó que la regulación ordinaria dispone que dichas entidades están facultadas, mas no obligadas a ello. Señaló que el régimen ordinario no es suficiente, pues dicha potestad no se conjuga con la necesidad de garantizar procedimientos de contratación que respondan a la urgencia de contención y mitigación de la pandemia. En particular, resaltó que la expresión “preferir” no anula el ámbito decisorio de las entidades territoriales. Advirtió que el art. 4, si bien limita temporalmente la utilización de los instrumentos durante el estado de emergencia, no indica la limitación material de dicha preferencia, por lo que sugirió su condicionamiento “en el entendido que su aplicación se restringe a la adquisición de bienes, obras o servicios requeridos para contener la expansión del coronavirus COVID-19 y para

atender la mitigación de esa pandemia”.

13. En relación con los artículos 5 a 7 correspondientes a lo que denominó “régimen excepcional de la contratación para atención de la pandemia”, anotó que se trata de medidas que se dirigen a atender necesidades derivadas de la emergencia. Respecto del artículo 8, el Ministerio Público expresó que se justifica por la magnitud de la crisis y en la insuficiencia de los instrumentos ordinarios (límite del 50%) para garantizar respuestas oportunas e idóneas. Por su parte, del deber previsto en el artículo 9 se justifica en el distanciamiento social para la protección de la vida y la salud, pero en armonía con la disposición oportuna de recursos que permitirá solventar necesidades económicas apremiantes. Finalmente, respecto del artículo 10, solicitó declarar su exequibilidad condicionada, en el entendido que la autorización allí conferida al Fondo Rotatorio se sujetará a los principios de la función administrativa (artículo 209 CP) y a las normas que regulan la responsabilidad de los servidores en su acatamiento.

14. Finalmente, el Ministerio Público conceptuó que el DL 537 supera el juicio de ausencia de arbitrariedad, pues sus medidas no tienen incidencia en el núcleo esencial de los derechos; por el contrario, ellas guardan armonía con los derechos a la vida, salud, debido proceso, defensa, publicidad, transparencia, entre otros. Y sobre los juicios de no discriminación, no contradicción específica e intangibilidad, estimó que se encuentran satisfechos. Además, las medidas cuentan con una temporalidad específica.

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

Interviniente

Fundamento de la intervención

Solicitud

Procurador General de la Nación

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

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

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

Exequibilidad

Exequibilidad condicionada artículos 4 y 10

Federación Colombiana de Municipios

El DL 537 cumple con los requisitos formales y materiales. La discordancia de vigencia entre el estado de excepción (que terminó el 17 de abril pasado) y las medidas del DL 537, que se extienden mientras dure el estado de emergencia sanitaria (para ese momento previsto hasta el 30 de mayo de 2020) no implican un problema constitucional porque el art 215 CP lo autoriza. Existe una relación directa y específica de la materia regulada con el estado de excepción.

Exequibilidad

Universidad Externado de Colombia (Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita)

Dado que el DL 537 es de contenido idéntico al DL 440 se sugiere la acumulación de procesos. Las medidas adoptadas se encuentran ajustadas a la Constitución.

El DL 537 cumple los requisitos formales y materiales. En cuanto a estos últimos, señala que las medidas se relacionan con los motivos que originaron la declaratoria de emergencia. Asimismo, las medidas no son arbitrarias, no afectan derechos intangibles, no contradicen la Constitución, y la motivación, aunque vaga en ciertos aspectos, es suficiente. Son medidas necesarias tanto fáctica como jurídicamente. La cláusula de vigencia, que es diferente a la del DL 440, no riñe con el art. 215 CP. Se supera el juicio de proporcionalidad, pues las limitaciones a derechos y garantías tienen el grado necesario para el retorno a la normatividad. La normativa busca evitar la propagación de la pandemia, así como garantizar la continuidad de los procedimientos establecidos para la contratación; y refuerza medidas ordinarias pues los mecanismos existentes, resultan insuficientes.

Las medidas previstas protegen derechos y no establecen tratos discriminatorios.

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

Sobre el uso de los instrumentos de agregación de demanda aquel está previsto en términos facultativos y no afecta el derecho a la competencia. La contratación de urgencia va dirigida a superar la crisis. El DL no suspende ley alguna.

Exequibilidad

Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral -Acemi

El DL 537 cumple los requisitos formales. Y en cuanto a los requisitos materiales, los artículos 7 y 11 cumplen a cabalidad todos y cada uno de los juicios: conexidad material tanto interna como externa, ausencia de arbitrariedad, de intangibilidad y de no contradicción específica, finalidad, motivación suficiente, necesidad fáctica y jurídica, de incompatibilidad, y de proporcionalidad. En cuanto a la duración de la medida, señala que aún no se tiene certeza sobre la duración y el impacto de la pandemia, y que “a la fecha que se escribe el presente documento aún no se había llegado al pico máximo de contagio, y ya había terminado la duración de la emergencia económica, social y ecológica. Por lo anterior, la necesidad de optimizar el flujo de recursos al interior del sistema de salud depende del término de duración de la emergencia sanitaria, con lo cual esta medida es proporcionada y necesaria”.

Exequibilidad de los artículos 7 y 11

Asociación Colombiana de Ciudades Capitales —Asocapitales

Existe la necesidad de mantener las medidas en materia de contratación mientras perdure el estado de emergencia sanitaria, pues son necesarias para que las entidades tengan herramientas que les permita adaptarse a las circunstancias y abastecerse de bienes y servicios con el fin de afrontar la crisis. Para las ciudades capitales es primordial mantener mecanismos de contratación expeditos, diligentes y suficientes para atender la pandemia. Asimismo, el DL 537 no vulnera ninguna disposición constitucional. La utilización de medios

electrónicos protege la vida y la salud, al tiempo que garantiza la imparcialidad y transparencia en los procesos (sentencia C-711 de 2012).

Las medidas fortalecen los sistemas de salud. Además, no se afecta la autonomía territorial al establecer la preferencia por los AMP, porque el legislador tiene dicha potestad, y en todo caso aquellas conservan sus competencias sobre la administración y destinación de recursos.

Exequibilidad

Mónica Patricia Barrón Rodríguez

Hay unidad normativa entre el DL 440 y DL 537 de 2020. El legislador de excepción no puede modificar la Ley 80 de 1993. El artículo 8 viola los artículos 4 y 150 CP, así como el artículo 40 de la citada Ley 80.

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

Inexequibilidad del artículo 8

Universidad Santo Tomás -Seccional Bucaramanga

El DL 537 cumple tanto los requisitos formales, así como los materiales (conexidad material y finalidad, ausencia de arbitrariedad, no afecta derechos intangibles, no hay contradicción específica con los mandatos constitucionales y estatutarios, existe motivación suficiente y clara, hay necesidad fáctica acorde con las exigencias de la atención de la pandemia, y jurídica, en tanto se requiere la modificación del régimen de contratación pública. Se supera el juicio de incompatibilidad, y se evidencia la necesidad de adicionar algunas prescripciones legales. Se estima que las medidas son proporcionales para desarrollar la contratación en tiempos de pandemia. No se vislumbra ningún tipo de discriminación.

Exequibilidad

Secretaría Jurídica del DAPRE

El DL 537 cumple tanto los requisitos formales, así como los materiales (conexidad material y finalidad, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, motivación suficiente, necesidad fáctica y jurídica, incompatibilidad, y proporcionalidad y no discriminación).

Exequibilidad

II. CONSIDERACIONES

A. A. COMPETENCIA

16. La Corte Constitucional 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 numeral 7 de la Constitución, el artículo 55 de la Ley 137 de 1994 (Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, en adelante “LEEE”), y los artículos 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991. Esto, debido a que la norma analizada es un decreto legislativo adoptado al amparo de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica.

B. ACLARACIÓN PREVIA. AUSENCIA DE COSA JUZGADA MATERIAL. EXISTENCIA DE PRECEDENTE

i. (i) enuncia más ampliamente la motivación de las medidas;

ii. (ii) indica expresamente las referencias a las respectivas adiciones normativas;

iii. (iii) en relación con el artículo 8, relativo a la adición y modificación de contratos estatales, se elimina la previsión de que “una vez termine dicho estado de excepción, no podrán realizarse nuevas adiciones a estos contratos, salvo si no han superado el 50% del valor del respectivo contrato (parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993)”;

iv. (iv) se cambia la cláusula de vigencia.

18. Así pues, en cuanto se refiere a la motivación, además de la expuesta en el DL 440, el DL 537 expresa con más detalle las razones que se invocaron en el Decreto 417 de 2020 para declarar dicho estado de excepción -esto es, varias recomendaciones de la OMS, y algunas medidas sanitarias adoptadas por el Ministerio de Salud y Protección Social-; también hace referencia a la vertiginosa expansión del virus tanto en el territorio nacional como en otras latitudes; la alerta del FMI sobre la crisis económica y financiera que traerá consigo la pandemia, y la necesidad de dar apoyo fiscal a los hogares y empresas vulnerables para acelerar y afianzar la recuperación en 2021; el comunicado de la OIT en el que advierte sobre un aumento sustancial del desempleo a escala mundial y hace un llamado a los Estados a adoptar medidas urgentes para salvaguardar a los trabajadores y empleadores y sus familias de los riesgos para la salud, y proteger el empleo; las facultades del Gobierno nacional, previstas en el artículo 47 de la LEEE, para dictar decretos con fuerza de ley al amparo de los estados de excepción, la medida de aislamiento preventivo adoptada por el Ministerio de Salud y Protección Social; la necesidad de propiciar el distanciamiento físico entre personas sin paralizar la contratación estatal y el mercado de compras públicas, las cuales constituyen el 15% del PIB.

19. Asimismo, señala que de acuerdo con el principio de eficiencia administrativa (art 209 CP) resulta razonable el uso de los medios electrónicos en los procedimientos administrativos sancionatorios por incumplimiento contractual o suspender los términos de los mismos para darle prioridad o prevalencia a las actuaciones contractuales orientadas a atender la pandemia, “y adicionar así el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011”.

20. En el Decreto se alude a la posibilidad de modificar las prioridades en el plan de adquisiciones y ejecución del gasto para invertirlos en obras, bienes y servicios que sirvan a la mitigación de la crisis, por lo que se debe permitir la revocatoria de los actos de apertura de los procesos de selección de contratistas y la suspensión de los mismos cuando sea complejo o imposible continuarlos; la preferencia de las entidades territoriales -sobre el análisis de necesidad, conveniencia y oportunidad- por los acuerdos marco de precios o instrumentos de agregación de demanda de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-.

21. El DL 537 también se refiere a la necesidad de adicionar un párrafo al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 para permitir que sin proceso de licitación, los proveedores de bienes y

servicios útiles para mitigar la pandemia puedan ofrecer los mismos en la Tienda Virtual del Estado; la posibilidad de comprar en grandes superficies, extendida a todas las cuantías y formas de contratación, lo que implica la adición de un párrafo al art 94 de la Ley 1474 de 2011; la necesidad de generar confianza institucional en los ordenadores del gasto respecto de la medida de urgencia manifiesta prevista en la Ley 80 de 1993, que hace necesario dar como probado el Estado de Emergencia Sanitaria como fundamento de la modalidad de contratación directa de bienes y servicios requeridos durante aquella; por la escasez de bienes y servicios para la atención de la pandemia, resulta conveniente autorizar adiciones contractuales, por lo que se requiere adicionar unos incisos al artículo 40 de la Ley 80 de 1993; la necesidad de facilitar desembolsos sobre acreencias probadas para garantizar el sustento de los contratistas; facilitar la negociación con la inmediatez requerida, de bienes y servicios que son escasos en el mercado mundial tendientes a garantizar la vida y la salud , a través de facultar al Fondo Rotario del Ministerio de Relaciones Exteriores para negociar los productos más allá de los requeridos para el cumplimiento de sus objetivos misionales.

22. Finalmente, se señala lo importante que resulta mantener las medidas adoptadas en el DL 440, mientras dure el Estado de Emergencia Sanitaria, “por tornarse necesarias para garantizar las finalidades señaladas en los párrafos precedentes”.

23. El DL 537, a diferencia del DL 440, señala expresamente las respectivas referencias de las adiciones normativas. Así, en el artículo 2, sobre procedimientos sancionatorios, se hace referencia a la adición de varios incisos al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; en el artículo 5, sobre mecanismos de agregación de demanda y acuerdos marco de precios, se establece la adición de unos incisos al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007; en el artículo 6, relativo a instrumentos de agregación de demanda, se indica la adición del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011; en el artículo 8, alusivo a la adición y modificación de contratos estatales, se prevé la adición de un párrafo al art 40 de la Ley 80 de 1993; y el artículo 10, atinente a los contratos del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, dispone la adición de un párrafo al art 2 del Decreto Ley 20 de 1992.

24. El artículo 8, referente a la adición ilimitada y modificación de contratos estatales, el DL 440 señalaba en su tercer inciso que “una vez termine dicho estado de excepción, no podrán realizarse nuevas adiciones a estos contratos, salvo si no han superado el 50% del valor del respectivo contrato (párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993)”. Esta disposición fue

eliminada del texto del DL 537.

25. Cabe anotar que las diferencias entre los dos decretos frente a la indicación expresa de adiciones normativas, así como la eliminación del inciso tercero del artículo 8, no se estiman trascendentes en términos de impacto normativo, pues lo primero corresponde a un mejoramiento de la técnica legislativa que simplemente ayuda a la claridad y certeza ordenamiento, pero que no modifica su alcance; y lo segundo no comporta una variación prescriptiva, por cuanto la consecuencia de haber sustraído ese texto no trae consigo una connotación jurídica distinta a la prescrita en él, salvo en lo relativo a la vigencia de la medida que en todo caso también fue señalada en los dos primeros incisos del artículo 8 de ambos decretos. Es decir, que tanto el artículo 8 del DL 440 como el 8 del DL 537, implican que una vez finalice -ya bien el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, o bien el Estado de Emergencia Sanitaria- no se pueden realizar adiciones ilimitadas de los contratos, “salvo aquellos que no hayan superado el tope establecido en el inciso final del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993”, porque este artículo contiene la regla general que vuelve a aplicarse cuando deje de tener vigencia la normatividad de excepción.

26. Y, respecto de la cláusula de vigencia, aspecto en el que se presenta la diferencia más significativa, se tiene que mientras el DL 440 señala que “rige a partir de la fecha de su publicación y produce efectos durante el estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”, el DL 537 de 2020 establece que “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”.

27. Al ejercer el control de constitucionalidad respecto del DL 440 (expediente RE-236, sentencia C-162 de 2020), y aun cuando para ese momento este había sido subrogado por el DL 537, en la sentencia C-162 de 2020 la Corte sostuvo que si bien el respectivo examen, en principio, sólo puede recaer sobre disposiciones que se encuentren en vigencia o que al menos continúen surtiendo efectos jurídicos, dicho criterio no inhibía la competencia de este tribunal para realizar el control automático e integral sobre el DL 440, y mediante el referido fallo este tribunal declaró su exequibilidad.

28. Ahora bien, la Sala Plena estima, siguiendo los criterios expuestos en la sentencia C-172

de 2020, que la sentencia C-162 de 2020 constituye un precedente relevante para decidir el presente asunto, y no conforma lo que la jurisprudencia ha denominado “cosa juzgada material” frente al estudio que la Corte debe hacer sobre el DL 537. En efecto, las razones que sustentan dicha sentencia, deben considerarse, dada su pertinencia, para resolver el problema jurídico que ahora se somete a escrutinio de este tribunal.

29. Al respecto, debe tomarse en cuenta que (i) como el control automático e integral de constitucionalidad implica la verificación de requisitos formales, el cumplimiento de estos, en cuanto se trata de actos formalmente distintos, pueden variar en una y otra normativa, y la decisión que se haya adoptado frente a uno, no cubre el juicio que debe hacerse frente al otro; (ii) en cuanto a los juicios materiales que la Corte está llamada a realizar conforme a lo señalado en la Constitución y en la LEEE, y aunque en varios de ellos pudiera haber total coincidencia en el análisis, la variación en la motivación y en la cláusula de vigencia -como sucede en el presente caso- eventualmente podría tener un impacto en algunos de esos juicios. En efecto, los considerandos de cada decreto, así como el tiempo en que estarán en vigor las disposiciones, deben considerarse para desarrollar por ejemplo el juicio de necesidad, no contradicción específica y de proporcionalidad de las medidas y, así como podrían coincidir tanto el análisis como las conclusiones a las que se arribara en uno y otro caso, también podría suceder que las modificaciones introducidas en el segundo decreto legislativo condujeran a la Corte a hacer una evaluación diversa con el mismo o diferente resultado.

30. En conclusión, la “materia juzgada” en la sentencia C-162 de 2020 es diferente a la que ahora es objeto de análisis, pero los criterios expuestos en ella son un precedente jurisprudencial que la Corte deberá valorar especialmente al momento de definir el presente asunto, y en dado caso, hacer las precisiones necesarias, con el fin de guardar la coherencia y propiciar una relativa predictibilidad en la adopción de sus decisiones como expresión de la seguridad jurídica.

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

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

32. En desarrollo de tal declaratoria, el Presidente de la República y todos los Ministros expedieron el Decreto Legislativo 537, “Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. Este Decreto Legislativo es el objeto de control de constitucionalidad en la presente sentencia.

33. La Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de Presidencia de la República, la Federación Colombiana de Municipios, la Asociación Colombiana de Ciudades Capitales -Asocapitales-, la Universidad Externado de Colombia, la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral -Acemi- y la Universidad Santo Tomás -Seccional Bucaramanga- intervinieron en el presente asunto y solicitaron a esta corporación que declare exequible el Decreto sub examine, por cuanto, formal y materialmente, se ajusta a las exigencias establecidas en el ordenamiento constitucional. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación pidió declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 4 y 10. Y la ciudadana Mónica Patricia Barrón Rodríguez solicitó la declaración de inexequibilidad del artículo 8 del DL 537.

34. De conformidad con lo anterior, el problema jurídico en el presente asunto es el siguiente: ¿El Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020 cumple con los requisitos, formales y materiales, señalados por la Constitución, la LEEE y la jurisprudencia constitucional?

35. Para abordar y responder este problema jurídico, la Sala seguirá la siguiente metodología. Primero, se presentará una caracterización general de los estados de excepción y, en particular, del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Segundo, se reiterará el precedente sobre el fundamento y alcance del control judicial de los decretos expedidos al amparo de dicho estado de emergencia. Tercero, se hará una exposición del contenido y alcance del DL 537, objeto de análisis. Y, finalmente, se analizará si dicho decreto y las medidas allí dispuestas cumplen, uno a uno, con los requisitos, formales y materiales, establecidos en la normativa referida anteriormente.

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

36. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en numerosas oportunidades de precisar

la naturaleza y alcance del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica regulado en el artículo 215 de la Constitución Política. Igualmente se ha esforzado por precisar las fuentes, criterios y estándares que debe tomar en consideración este tribunal a efectos de juzgar la constitucionalidad de los decretos de desarrollo que dicta el Presidente de la República. A continuación, la Corte reitera los aspectos básicos del precedente sobre la materia con el propósito de aplicarlos en el análisis constitucional del DL 537 sometido a su consideración en esta oportunidad.

37. La Constitución de 1991 establece, en sus artículos 212 a 215, los estados de excepción. Con apoyo en esas 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 (ii) Emergencia Económica, Social y Ecológica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Consideraciones generales

47. Los estados de excepción son respuestas, fundadas en la juridicidad que impone la Carta Política, a situaciones graves y anormales que no pueden ser enfrentadas por el Estado a partir de sus competencias ordinarias. Sin embargo, una característica propia del Estado

constitucional es que esa competencia no sea omnímoda ni arbitraria. El ordenamiento superior impone una serie de requisitos y condiciones que deben cumplirse tanto en los decretos legislativos que declaran el estado de excepción, como aquellos que prevén las medidas legales extraordinarias para hacer frente a la crisis, conocidos usualmente como decretos de desarrollo. Estos requisitos y condiciones son los que, a su vez, justifican la competencia de la Corte para verificar la compatibilidad de los decretos y el Texto Superior. Ello, bajo el entendido que los estados de excepción son mecanismos extraordinarios, pero en todo caso sometidos a condiciones de validez impuestas por la Constitución.

48. La Corte ha indicado que los requisitos mencionados se encuentran en tres fuentes normativas concretas, todas ellas integradas al parámetro de constitucionalidad: (i) las disposiciones de la Carta Política que regulan los estados de excepción (Arts. 212 a 215 C.P.); (ii) el desarrollo de esas reglas, previstas en la LEEE-; y (iii) las normas de derecho internacional de los derechos humanos que prevén tanto los requisitos de declaratoria, como las garantías que no pueden ser suspendidas en esas situaciones excepcionales (derechos intangibles) (Arts. 93.1 y 214 C.P.). La existencia de un régimen jurídico con sujeción al cual deben ejercerse las competencias que surgen de la declaratoria de un estado de excepción concretan el principio de legalidad que, como lo ha indicado este tribunal (i) obliga a que el Gobierno actúe con sujeción a las normas nacionales que rigen los estados de excepción; y (ii) exige que las suspensiones extraordinarias de los derechos y libertades que tengan lugar en razón de la crisis no sean incompatibles con las obligaciones del Estado y, en particular, con aquellas derivadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

Criterios formales y materiales que rigen el control de constitucionalidad

49. 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.

50. El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) la suscripción por el Presidente de la República y por todos sus

ministros; (ii) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) la existencia de motivación. Igualmente, en los casos en los cuales la declaratoria del Estado de Emergencia haya comprendido únicamente determinado ámbito territorial, debe examinarse que los decretos de desarrollo no lo excedan.

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

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

53. 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.

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

las limitaciones de los derechos constitucionales”.

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

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

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

consistente en que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en el artículo 215.

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

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

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

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

F. EL DECRETO LEGISLATIVO 537 DEL 12 DE ABRIL DE 2020. CONTENIDO Y ALCANCE

62. En primer lugar, es importante destacar que el Decreto 417 de 2020 fue declarado exequible en la sentencia C-145 de 2020. Como fundamento de tal declaratoria de exequibilidad, la Corte consideró que este Decreto (i) cumplió con los requisitos formales; (ii) se expidió tras una situación catastrófica, imprevisible, grave, sobreviniente e intempestiva; (iii) se fundó en una hipótesis no generada por una guerra exterior o conmoción interior; (iv) se expidió porque las facultades ordinarias del Ejecutivo resultan insuficientes para responder a esta crisis, y que, por lo tanto, (v) cumplió con los requisitos de identidad, fácticos, valorativos, de necesidad de las medidas extraordinarias y de insuficiencia de las medidas ordinarias. En desarrollo de la mencionada declaratoria de Estado de Emergencia, el Presidente de la República, con la firma de todos sus Ministros, expidió el Decreto Legislativo 537 de marzo 20 de 2020, “[p]or el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

63. Este Decreto Legislativo tiene las siguientes finalidades explícitas:

i. (i) “prevenir la propagación de la pandemia, mediante el distanciamiento social, acudiendo a la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales, fortaleciendo el uso de las herramientas electrónicas, de manera que se evite el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, pero sin afectar la publicidad y la transparencia; propósito que también se debe cumplir en la realización de las actuaciones contractuales sancionatorias, que deben incorporar medios electrónicos para evitar el contacto físico, pero que garanticen el debido proceso y el derecho de defensa”;

iii. (iii) permitir que las autoridades administrativas, y en especial la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente adelante procedimientos de contratación ágiles y expeditos, ante la urgencia en adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia; “inclusive se debe autorizar, entre otras medidas pertinentes, la adición ilimitada de los contratos vigentes que contribuyan a atender la epidemia”;

iv. (iv) propiciar el distanciamiento físico entre personas sin paralizar la contratación estatal y el mercado de compras públicas, las cuales constituyen el 15% del PIB del país;

v. (v) prever la posibilidad de suspender los procedimientos sancionatorios para dar prioridad a las actuaciones contractuales orientadas a atender la pandemia;

vi. (vi) así como de modificar las prioridades en el plan de adquisiciones y ejecución del gasto para invertirlos en obras, bienes y servicios que sirvan a la mitigación de la crisis, para lo cual se contempla la posibilidad de revocatoria de los actos de apertura de los procesos de selección de contratistas y la suspensión de estos cuando sea complejo o imposible continuarlos;

vii. (vii) establecer la preferencia de las entidades territoriales -sobre el análisis de necesidad, conveniencia y oportunidad- por los acuerdos marco de precios o instrumentos de agregación de demanda de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-;

() permitir que, sin proceso de licitación, los proveedores de bienes y servicios útiles para mitigar la pandemia puedan ofrecer los mismos en la Tienda Virtual del Estado;

() señalar la posibilidad de comprar en grandes superficies, extendida a todas las cuantías y formas de contratación;

() generar confianza institucional en los ordenadores del gasto respecto de la medida de urgencia manifiesta prevista en la Ley 80 de 1993, por lo que se da como probado el estado de emergencia sanitaria como fundamento de la modalidad de contratación directa de bienes y servicios requeridos durante aquella;

() debido a la escasez de bienes y servicios para la atención de la pandemia, se estima conveniente autorizar adiciones contractuales;

() facilitar desembolsos sobre acreencias probadas para garantizar el sustento de los contratistas;

() facilitar la negociación con la inmediatez requerida, de bienes y servicios que son escasos en el mercado mundial tendientes a garantizar la vida y la salud, para lo cual se considera oportuno que se faculte al Fondo Rotario del Ministerio de Relaciones Exteriores para hacer la respectiva negociación, asunto que va más allá de sus objetivos misionales; y mantener las medidas señaladas en el DL 440, mientras dure el estado de emergencia sanitaria, “por

tornarse necesarias para garantizar las finalidades señaladas en el los párrafos precedentes”.

64. Así, en términos generales, el DL 537 adopta medidas de distanciamiento físico –como mecanismo idóneo para evitar la propagación del contagio de la enfermedad– y facilita la dirección y gestión contractual de las entidades públicas para enfrentar la pandemia.

65. Con tales propósitos, el DL 537 establece una serie de medidas que, de acuerdo con su contenido, pueden clasificarse en tres grupos, a saber: (i) el que habilita el uso de mecanismos electrónicos para adelantar actividades contractuales y de selección (arts. 1, 2 y 9); (ii) el que autoriza suspender y revocar procedimientos (inc. 3, art. 2 y art. 3); y (iii) el que permite a las entidades adelantar procedimientos de contratación ágiles y expeditos (arts. 4, 5, 6, 7, 8 y 10).

66. En lo que respecta al primer grupo de medidas, el Decreto prevé el uso de medios electrónicos: (i) en la celebración de las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección —por ejemplo: asignación de riesgos, adjudicación, audiencia de precalificación en concurso de méritos— (art. 1); y (ii) en las audiencias programadas de conformidad con el art. 86 de la Ley 1474 de 2011, relativas a procedimientos sancionatorios de carácter contractual (art. 2). Para estos efectos, se establecen requisitos mínimos, tales como: (a) el acceso a los proponentes, entes de control y a cualquier ciudadano interesado, así como a los contratistas y garantes, respectivamente; y (b) la indicación y garantía de los medios electrónicos que serán utilizados, así como los mecanismos de registro de toda la información que se genere.

67. En particular, pero sin limitarse a estas actividades, el DL 537 autoriza el uso de medios electrónicos para (i) los procesos de selección en curso al momento de su expedición, respecto de los cuales no es necesario expedir adendas —modificación al pliego de condiciones—, pues bastará con informar la metodología y condiciones con mínimo dos días hábiles de antelación a la audiencia; (ii) la realización de la audiencia en los procedimientos de selección abreviada por subasta inversa, mediante la aplicación disponible para adelantar dichas subastas; y (iii) la recepción, trámite y pago de cuentas de cobro/facturas de los contratistas, sin perjuicio de lo previsto en el art. 616.1 del Estatuto Tributario respecto de las facturas electrónicas (art. 9).

68. En relación con el segundo grupo de medidas, el art. 3 del DL 537 prevé expresamente la

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

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

70. Preferencia de las entidades territoriales para que adquieran bienes y servicios de características uniformes a través de AMP vigentes y dispuestos en la TVEC de la Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente (art. 4). Para la adquisición de bienes y servicios de características uniformes que, según la Ley 1150 de 2007, son aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos, la medida dispone una preferencia/prioridad, dirigida a las entidades territoriales, por los Acuerdos Marco de Precios vigentes, dispuestos en la Tienda Virtual de estado Colombiano de Colombia Compra Eficiente. El art. 4 advierte que esta preferencia se ejercerá durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Covid-19..

71. AMP de excepción (art. 5). Esta medida autoriza a Colombia Compra Eficiente para (i) diseñar y organizar, por contratación directa, acuerdos marco de precios, limitándose a la finalidad de facilitar el abastecimiento de bienes y servicios relacionados directamente con la pandemia. Advierte que esta autorización se dará durante el término de vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada Covid-19; y (ii) configurar catálogos de emergencia en los acuerdos marco de precios vigentes con proveedores preexites o nuevos, previa verificación de los requisitos habilitantes y de calificación que fueron exigidos en el proceso de selección. Destaca que estos catálogos solo “estarán vigentes hasta el día en que culmine el estado de emergencia sanitaria”. La habilitación otorgada —para estructurar catálogos de

emergencia— sólo puede predicarse de acuerdos marco directamente relacionados con la pandemia derivada del Covid-19. Dispone que las órdenes de compra que se suscriban por las entidades compradoras tendrán incorporadas cláusulas excepcionales al régimen común, esto es, aquellas dispuestas en el art. 14 de la Ley 80 de 1993.

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

73. Contratación de urgencia (art. 7). Se establece una presunción a favor de las entidades estatales respecto de la existencia de urgencia manifiesta, con ocasión de la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, y en los términos del art. 42 de la Ley 80 de 1993, y se aplica respecto de la adquisición de bienes, la prestación de servicios o ejecución de obras en el inmediato futuro y con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia, así como para optimizar el flujo de recursos al interior del sistema de salud. Advierte que las actuaciones que se adelanten con fundamento en la urgencia manifiesta, como en el caso de contratación directa, estarán sujetas a la normatividad vigente. En los mismos términos, prevé esta causal de contratación directa respecto de las entidades que tienen regímenes especiales de contratación.

74. Adición y modificación de contratos (art. 8). Se habilita a las entidades estatales para adicionar, sin limitación al valor, y modificar todos los contratos que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Covid-19, durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada, por el Ministerio de Salud y Protección Social. Esta habilitación implica que debe existir una justificación previa a la adición sobre la necesidad y forma como los bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

75. Contratos del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores (art. 10). Se autoriza al Fondo Rotatorio para celebrar, durante la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social con ocasión de la pandemia derivada del Covid-19,

convenios interadministrativos y contratos que tengan por objeto “adquirir de las entidades públicas extranjeras, empresas privadas extranjeras o de otras organizaciones o personas extranjeras, bienes y servicios necesarios para mitigar la pandemia y sus efectos, sin aplicar la Ley 80 de 1993”. Y se señala que se deberá justificar previamente la conexidad entre los bienes adquiridos y la mitigación de la pandemia.

76. Finalmente, el DL 537 dispone que , “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” (art. 11). Cabe anotar que esa misma vigencia está incluida en cada uno de los artículos del mencionado decreto.

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

G. CASO CONCRETO. TRAS ANALIZAR LOS REQUISITOS FORMALES Y MATERIALES, LA CORTE CONSTITUCIONAL CONSIDERA QUE EL DECRETO LEGISLATIVO 537 DEL 12 DE ABRIL DE 2020 CUMPLE CON LOS MISMOS, Y POR CONSIGUIENTE SE AJUSTA AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL VIGENTE. APLICACIÓN DEL PRECEDENTE DE LA SENTENCIA C-162 DE 2020

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

79. En este orden de ideas, se procederá, en primer lugar, con el estudio de los requisitos formales del DL 537 sub examine:

Requisito

Cumplimiento

Consideraciones de la Sala Plena

SI

NO

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

X

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

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

X

El DL 537 fue expedido el 12 de abril de 2020 con sustento en el artículo 215 CP y en desarrollo del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual se declaró el estado de excepción por el término de 30 días.

3. Existencia de motivación

X

En su parte motiva, (i) invoca los fundamentos constitucionales y la normatividad estatutaria para la expedición de normas en el marco de los estados de emergencia económica, social y ecológica; (ii) expone la evidencia de la emergencia sanitaria que justificó la declaratoria del Estado de Emergencia, mediante el Decreto 417 de 2020; (iii) explica su relación con el decreto precitado; y (iv) señala las finalidades y propósitos que persigue, así como las medidas que considera necesarias para su materialización. El DL 537 enuncia en sus considerandos las razones que condujeron al Gobierno nacional a adoptar las medidas en materia de contratación estatal.

4. Determinó su ámbito territorial de aplicación

X

Aunque el Decreto no lo señala de manera expresa, dado que el Decreto 417 de 2020 declaró el estado de excepción en todo el territorio nacional, se deduce que el DL 537 de 2020 tiene esa misma cobertura espacial.

80. En consecuencia, la Corte evidencia que el DL 537 cumple los requisitos formales de constitucionalidad. Además, si bien no ostenta la calidad de requisito formal de validez de los decretos legislativos, se advierte que no resultaba necesario el envío del informe a los Secretarios Generales de la ONU y la OEA, por cuanto dicha normativa no contiene limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales. En tal sentido, a continuación, se procederá a realizar la verificación y estudio de los requisitos materiales.

81. De conformidad con lo previsto en la sección anterior, el estudio de los límites materiales específicos de los decretos legislativos expedidos en desarrollo de un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica implica el desarrollo de los siguientes juicios: (i) finalidad; (ii) conexidad material; (iii) motivación suficiente; (iv) ausencia de arbitrariedad; (v) intangibilidad; (vi) no contradicción específica; (vii) incompatibilidad; (viii) necesidad; (ix) proporcionalidad; y (x) no discriminación.

82. Como se indicó anteriormente, en el presente proceso, dada la considerable similitud entre los textos del DL 440 y 537 de 2020, expedidos ambos al amparo del Decreto 417 de 2020 que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en aras de guardar la coherencia en el razonamiento judicial y propiciar la predictibilidad de este, la Sala aplicará los mismos criterios señalados y que conforman la ratio decidendi de la sentencia C-162 de 2020, en cuanto se refiere a los juicios de finalidad, conexidad material, motivación suficiente, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, incompatibilidad y no discriminación.

83. Frente a los demás juicios, esto es, el de necesidad, no contradicción específica y proporcionalidad, la Sala estima pertinente establecer algunas precisiones que se sustentan

en la variación de la motivación y el término de vigencia de las medidas de excepción.

i. (i) Juicio de finalidad

84. Siguiendo el razonamiento de la decisión adoptada en la sentencia C-162 de 2020, las medidas adoptadas en el DL 537 buscan conjurar las causas de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica e impedir la extensión de sus efectos, en tanto “promueven el distanciamiento social como mecanismo para evitar la expansión del virus a través del uso de tecnologías y propenden a la mayor agilidad y eficiencia en los procedimientos de contratación para el abastecimiento de bienes y servicios relacionados con la atención y mitigación de la pandemia”. En consecuencia, las medidas contenidas en el DL 537 “están encaminadas específicamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión o agravación de sus efectos, con lo que se encuentra satisfecho el juicio de finalidad”.

(i) Juicio de conexidad material

85. Aun cuando en el DL 537 se incluyen varios considerandos que sustentan la expedición de las medidas de excepción, los cuales han sido descritos anteriormente, se estima pertinente aplicar los criterios expuestos en la sentencia C-162 de 2020. Esto por cuanto las motivaciones adicionales no contradicen, sino que refuerzan el mismo propósito de afrontar la crisis y mitigar la extensión de sus efectos. En consecuencia, las medidas del DL 537 cumplen el requisito de conexidad material, desde los puntos de vista interno y externo porque “guardan relación específica con los motivos que sustentan su expedición”.

86. “En efecto, además de aludir a los fundamentos normativos (el art. 215 CP, la LEEE y el DL 417 de 2020), en los considerandos se señala que la OMS hizo un llamado a los Estados para que adoptaran medidas urgentes de prevención y contención del Covid-19, y que, en esa línea, el Ministerio de Salud y Protección Social decretó la emergencia sanitaria. Se invoca expresamente la necesidad de prevenir la propagación del virus, a través del “distanciamiento social”, atendiendo la recomendación de la OMS, para lo cual se señaló que era necesario recurrir al uso de tecnologías de la información y las telecomunicaciones. También se indicó en la motivación, la necesidad de suspender procedimientos o de revocar ciertos actos, cuando no se pueda continuar de manera normal con los mismos. Y se señaló la importancia de facilitar la gestión contractual dada la urgencia de adquirir bienes, servicios y realizar obras para contener la expansión de virus y mitigar la propagación de la

pandemia”.

87. En tal contexto, las medidas adoptadas en el DL 537 “son coherentes con dicha motivación, pues se prevé el uso de los medios electrónicos para realizar audiencias; se establece la posibilidad de suspender procedimientos y revocar ciertos actos relacionados con la contratación estatal, y se señalan una serie de mecanismos dirigidos a agilizar la adquisición de bienes y servicios, como la contratación de urgencia, los mecanismos de agregación de demanda y la adición ilimitada de contratos, con el fin de atender y mitigar los efectos de la pandemia”.

88. En lo que se refiere a la conexidad externa, se evidencia que el DL 537 está relacionado, directa y específicamente con el Decreto 417 de 2020, “[p]or el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional”, en particular, con las siguientes motivaciones: “una de las principales medidas, recomendadas por la Organización Mundial de la Salud, es el distanciamiento social y aislamiento, para lo cual, las tecnologías de la información y las comunicaciones y los servicios de comunicaciones, en general, se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección la vida y la salud de los colombianos”; “se hace necesario por la urgencia y gravedad de la crisis y por la insuficiencia de los mecanismos jurídicos ofrecidos, entre otros, en la (...) Ley 80 de 1993, (...), recurrir a las facultades del Estado de Emergencia con el fin de dictar decretos con fuerza de ley que permitan conjurar la grave crisis generada por el nuevo Coronavirus Covid-19 debido a la propagación y mortalidad generado por el mismo, (...)”; “con el propósito de generar mecanismos ágiles que permitan atender eficientemente las necesidades de la población, afectada por la emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19, se autoriza al Gobierno nacional a acudir al procedimiento de contratación directa siguiendo los principios de transparencia y legalidad, de tal forma que la entidades competentes de los sectores de salud, prosperidad social, educación, defensa y todos aquellos sectores que requieran para prestar atención a la población afectada, adquieran el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia”.

89. En armonía con los citados fundamentos, el DL 537 -como también se previó en el DL 440- “habilita expresamente el uso de herramientas electrónicas para desarrollar las

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

90. En conclusión, las medidas del DL 537 cumplen el requisito de conexidad material, desde los puntos de vista interno y externo.

() Juicio de motivación suficiente

91. Además de haberse formulado una fundamentación suficiente en los considerandos del DL 537 el , durante el trámite de constitucionalidad se presentaron razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas. Así, dado que el DL 537 no contiene medida alguna que imponga limitación a derechos de carácter fundamental, su escrutinio resulta menos exigente, motivo por el cual la Sala Plena concluye que el DL 537 "no pretende limitar derechos fundamentales sino garantizarlos y verifica [de esta forma] el cumplimiento del requisito de motivación suficiente".

() Juicio de ausencia de arbitrariedad

92. Las medidas bajo estudio no suspenden, afectan ni vulneran derechos fundamentales, en tanto buscan propiciar el uso de herramientas tecnológicas y que, ante la urgencia, sea posible adquirir bienes y servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia, mediante la previsión de diferentes herramientas que, además de ser facultativas y prever una serie de límites a su ejercicio, de ninguna manera excluyen, debilitan o suspenden los controles propios a la actividad contractual, ni la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal. Tampoco afecta las funciones básicas de acusación y juzgamiento, ni se altera o interrumpe el normal funcionamiento de las ramas y órganos del poder público.

93. En particular, en lo que respecta al art. 7, que tiene por comprobado el hecho que da

lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia del Covid-19, debe resaltarse que los órganos correspondientes conservan todas las competencias dispuestas en el ordenamiento jurídico para controlar las contrataciones realizadas en virtud de esta medida. En otros términos, la disposición bajo estudio no implica, de ninguna manera, una facultad ilimitada y arbitraria. En tal sentido, el DL 537 supera el juicio de ausencia de arbitrariedad.

() Juicio de intangibilidad

() Juicio de no contradicción específica

95. No se evidencia contradicción específica entre el contenido del DL 537 y el ordenamiento constitucional. En primer lugar, cabe recordar que, en materia de contratación estatal, el inciso final del art. 150 de la Constitución Política atribuye al legislador un amplio margen de configuración, por lo que dicha amplitud también se predica del legislador de excepción..

96. Ahora bien, respecto de la “Utilización de los instrumentos de agregación de demanda” (art. 4), se tiene que dicha medida no afecta la autonomía de las entidades territoriales (arts. 1 y 287 de la Carta Política), porque (i) según lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, dicha autonomía admite limitaciones razonables; (ii) la preferencia por ese mecanismo de compra es también razonable, al considerar que, ante la situación de emergencia, es necesario adquirir dichos bienes y servicios con urgencia y eficiencia; (iii) preferir ese tipo de compras no implica que la adquisición de esos bienes y servicios deba hacerse -necesariamente- por ese mecanismo; por lo tanto, nada obsta para que las entidades territoriales usen, de manera motivada, otros mecanismos de compra; (iv) la “preferencia” señalada permite a las entidades territoriales definir autónomamente la destinación de sus recursos, en tanto se trata de una norma facultativa, no imperativa.

97. Por lo demás, ninguna norma superior prohíbe la implementación de mecanismos electrónicos para la realización de audiencias públicas o de trámites en la contratación estatal, ni limitan la posibilidad de adelantar procedimientos ágiles de contratación para la adquisición de determinados bienes y servicios que se requieran con urgencia. Tampoco se sobrepasan los límites establecidos en el artículo 215 Superior en materia de los derechos

sociales de los trabajadores y, el Congreso conserva su competencia legislativa para hacer las modificaciones que estime convenientes.

98. En cuanto a la cláusula de vigencia de las medidas, que se encuentra prevista no solo en el artículo 11, sino también en cada uno de los demás artículos del DL 537, y que consiste en que aquellas medidas regirán por el tiempo que dure la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus Covid-19, podría plantearse un eventual desconocimiento del artículo 215 de la Carta Política, en tanto la vigencia de las medidas (i) queda sometida a la voluntad del propio ejecutivo -pues remite a un acto administrativo-; y (ii) no está señalada de manera precisa en el decreto legislativo. De esta manera, según lo dispuesto en la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social “Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus”, la emergencia se extendía hasta el 30 de mayo de 2020, y luego, ella fue prorrogada mediante Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 de dicho Ministerio, hasta el 31 de agosto del presente año.

99. Este asunto fue analizado recientemente en la sentencia C-152 de 2020, fallo en el que la Sala concluyó que dicha remisión no desconocía el ordenamiento superior porque: (i) la vigencia de las medidas adoptadas al amparo del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, no se agota en el tiempo que la Constitución otorga al Presidente de la República para expedir decretos legislativos, en tanto que el límite temporal se refiere a la potestad de expedir la normatividad de tal naturaleza, “y no para definir la vigencia de las normas”; por ello, “es posible que una medida adoptada en el estado de emergencia pueda mantener vigencia por un término superior al del estado de excepción”; (ii) la alusión a la emergencia sanitaria constituye una medida prevista en la ley, dentro de las condiciones de crisis que se presentan con el brote del Covid-19, y “la definición del tiempo de la emergencia sanitaria está sometida al control de validez del Consejo de Estado, lo que permitiría ejercer una seria vigilancia al abuso de poder del Ejecutivo”; (iii) se trata de una cláusula de tiempo indeterminada pero determinable, y que, como se dijo, no está exenta de control; y (iv) en todo caso es claro que una vez desaparezcan las causas que le dieron origen, la declaratoria de emergencia sanitaria pierde su sustento fáctico y, por tanto, finaliza la vigencia de las disposiciones expedidas para atender dicha emergencia.

100. Finalmente, como se señaló en la citada providencia, no puede concluirse que con la expresión normativa “el Presidente mantiene la facultad de reformar una norma legal, por un tiempo superior al de la emergencia económica, puesto que la medida fue adoptada con las reglas objetivas determinables en el tiempo y sometidas al control de validez de la justicia contencioso administrativa. Es absolutamente razonable entender que el Presidente no podía fijar una fecha cierta y definitiva” respecto del momento en que la realización de reuniones que pueden aglomerar un número significativo de personas no impliquen un riesgo para la salubridad pública, “pues al momento de expedición del decreto legislativo no existía certeza del tiempo y las circunstancias en que el país entiende superada la pandemia”. Lo propio es también predicable de las medidas que establecen una mayor agilidad y eficiencia en los procedimientos de contratación para el abastecimiento de bienes y servicios relacionados con la atención y mitigación de la pandemia.

101. En consecuencia, la Sala concluye que, en el presente asunto, se supera el juicio de no contradicción específica.

() Juicio de incompatibilidad

102. Para este tribunal, la habilitación a las entidades estatales, durante la vigencia del Estado de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Covid-19, para adicionar el valor, de manera ilimitada, de todos los contratos que se relacionen con bienes, obras y servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia (art. 8), suspende la regla prevista en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pues esta disposición prohíbe adicionar los contratos en más del 50% de su valor inicial expresado en salarios mínimos legales mensuales. Por su parte, en los considerandos del DL 537 se indica expresamente que ante la urgencia de adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia, “inclusive se debe autorizar, entre otras medidas pertinentes, la adición ilimitada de los contratos vigentes que contribuyan a atender la epidemia”.

103. Asimismo, respecto de la autorización otorgada al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores para adquirir bienes y servicios necesarios para mitigar la pandemia y sus efectos sin aplicar la Ley 80, durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada

por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Covid-19 (art. 10), la misma resulta evidentemente incompatible con dicho régimen general. Por su parte, en los considerandos se expresan las razones por las cuales los mecanismos jurídicos ofrecidos, entre otros, en la Ley 80 de 1993 no son compatibles con la urgencia y gravedad de la emergencia y más específicamente para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia.

104. Finalmente, en cuanto a lo dispuesto en los arts. 8 y 10, ante la contradicción que presentan con la Ley 80, el Decreto Legislativo sub examine expuso las razones suficientes por las cuales sus disposiciones son irreconciliables con el contexto presente y, por ende, debe permitirse las adiciones (art. 8) y la autorización al Fondo Rotatorio (art. 10) para adelantar adquisiciones necesarias durante el término de vigencia de la referida emergencia, en aras de superar la crisis y mitigar la extensión de sus efectos. Por lo anterior la Sala, en lo que se refiere al juicio de incompatibilidad, lo encuentra superado.

() Juicio de necesidad

105. Como se explicó anteriormente, en este juicio se tendrán en cuenta los criterios expuestos en la sentencia C-162 de 2020, pero se señalarán argumentos puntuales que atañen a las novedades del DL 537 respecto del DL 440.

106. Sobre la necesidad fáctica o idoneidad, la Sala encuentra que existen razones suficientes que justifican las medidas adoptadas en el DL 537 relativas a la habilitación del uso de medios electrónicos en los procedimientos de contratación estatal (arts. 1, 2 y 9), a la autorización para suspender los procedimientos de selección de contratistas y de revocar actos administrativos de apertura (inc. 3º, art. 2 y art. 3), y las que permiten a las entidades adelantar procedimientos de contratación ágiles y expeditos (arts. 4, 5, 6, 7, 8 y 10). Primero, por la recomendación de distanciamiento social que hizo la OMS, como mecanismo efectivo para evitar el aumento exponencial de los contagios por Covid19. Segundo, por la gravedad, magnitud, dimensiones y naturaleza imprevisible de la crisis y sus efectos. En tal sentido, el DL 537 hace referencia a la forma como los contagios han venido creciendo vertiginosamente el país y en otros Estados, y se invoca la afectación que ello supone no solo para la vida y la salud sino también para la economía y en particular para el empleo, aludiendo a las recomendaciones de la OIT y al informe del FMI. Tercero, por la urgencia e

inminente reacción que exige de las autoridades estatales, procurar medios conducentes y pertinentes para afrontar de manera inmediata dicha situación excepcional, así como por la escasez de bienes y servicios útiles y necesarios para mitigar la pandemia o impedir la extensión de sus efectos.

107. En el Decreto 417 de 2020 el Gobierno nacional indicó que, por la urgencia y gravedad de la crisis, los requerimientos de distanciamiento social, y por la insuficiencia de los mecanismos jurídicos, era necesario recurrir a medidas extraordinarias que permitieran conjurar y mitigar la grave crisis generada por el Covid19.

108. En cuanto se refiere a la vigencia de las medidas hasta cuando dure la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social generada por la pandemia del Covid19, la Sala Plena encuentra que dicha previsión normativa tiene sustento en que (i) la situación de crisis -que además de lo propiamente sanitario, incorpora graves efectos económicos adversos- está asociada precisamente a esa enfermedad, la cual, como lo indicó el Gobierno y se evidencia de los datos empíricos, se caracteriza por un crecimiento exponencial de los contagios y un alto índice de mortalidad; y (ii) no existe certeza acerca de cuándo exactamente ella podrá ser controlada. En este sentido, las medidas adoptadas en el DL 537 son idóneas para superar la crisis y evitar la extensión de sus efectos.

109. En cuanto a la necesidad jurídica o juicio de subsidiariedad, en los considerandos del DL 537, se recuerda que el Gobierno nacional al declarar el estado de excepción señaló que eran insuficientes los mecanismos jurídicos de carácter ordinario, para atender una situación de extrema gravedad, como es la pandemia originada por el Covid19. Al respecto, tal como se señaló en la sentencia C-162 de 2020, existen en el ordenamiento jurídico ordinario algunos instrumentos que, aunque similares, no son suficientes ni idóneos para lograr los fines que se requieren en el marco de la emergencia. Por ello, las medidas adoptadas en el DL 537 resultan necesarias e indispensables, como se expone a continuación.

110. En primer lugar, la posibilidad de realizar audiencias por medios electrónicos está prevista en varias normas del ordenamiento (artículos 9 y 3 de la Ley 1150 de 2007 y las Leyes 527 de 1999, 1341 de 2009 y 1437 de 2011 (CPACA). No obstante, (i) se requiere dotar a los operadores de certeza y seguridad jurídica, con miras a facilitar el proceso de toma de decisiones durante la emergencia, lo que precisa de reglas claras, tanto para las entidades

como para los proponentes, sobre procedencia o no de la actuación, y el alcance de las referidas normas ordinarias al momento de adoptar una decisión de tal naturaleza; (ii) la medida del DL 537 se predica de las audiencias que deban realizarse en los procedimientos de selección en general, lo cual resultaba indispensable, pues la Ley 80 de 1993 (art. 30) y la Ley 1150 de 2007 (art. 9) se refieren a la audiencia pública de adjudicación de la licitación pública; (iii) la posibilidad de realizar audiencias por medios electrónicos, para los procesos de selección en curso, sin la expedición de adendas y con la mera información al público interesado, que promueve la continuidad del procedimiento, no existe en la legislación ordinaria; y (iv) aunque la medida es facultativa, la particular finalidad enunciada expresamente en las normas de excepción, esto es, el distanciamiento físico como mecanismo de contención de la pandemia-, muestra una indicación a los operadores jurídicos sobre la pertinencia, la importancia y el impacto que aquella adquiere en el contexto de la emergencia, y se convierte en un elemento de juicio adicional al momento de decidir sobre la utilización de los medios electrónicos.

111. Respecto de la habilitación para la realización de audiencias programadas de conformidad con el art. 86 de la Ley 1474 de 2011 a través de mecanismos electrónicos, si bien el CPACA prevé que los procedimientos administrativos se podrán adelantar por dichos medios, debe tomarse en cuenta que el procedimiento sancionatorio en materia contractual se rige principalmente por reglas especiales, y que la Corte en sentencia C-499 de 2015 señaló que se trataba de un procedimiento reglado. En tal sentido y, en el contexto de la emergencia, con el fin de dotar de seguridad jurídica a las entidades estatales, era indispensable expresar inequívocamente la posibilidad de realizar, por medios electrónicos y, en cualquier caso, respetando el debido proceso, las audiencias programadas de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 lo que, por lo demás, asegura el cumplimiento de los deberes de control y vigilancia sobre los contratos, esenciales para la obtención del interés general y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

112. En segundo lugar, en cuanto a las medidas de suspensión del procedimiento de contratación y la revocatoria del acto administrativo de apertura, debe anotarse que existe la posibilidad de suspender el procedimiento cuando se adviertan irregularidades en el contenido del Registro Único de Proponentes (art. 6, Ley 1150); pero no está prevista la causal de suspensión, “por razón del servicio y como consecuencias de la emergencia”.

113. En cuanto a la revocatoria del acto administrativo de apertura, tampoco dicha medida se encuentra contemplada en el ordenamiento, pues solo lo está para los actos administrativos de naturaleza contractual (parágrafo del artículo 68 de la Ley 80 de 1993). Asimismo, dicha revocatoria no cuenta con causales expresas salvo las definidas en el art. 93 del CPACA. La medida, por su parte, establece como causales que habilitan la competencia de la entidad estatal, las mismas previstas para la suspensión, “y en caso de requerirse recursos para atender las situaciones relacionadas con la emergencia”, lo cual no está contemplado por la legislación ordinaria.

114. En lo referente a la medida de suspensión de términos en los procedimientos sancionatorios de carácter contractual, debe indicarse que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece el procedimiento que deben seguir las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en materia sancionatoria, y que en su literal d) prevé la posibilidad de suspender la respectiva audiencia para los fines allí previstos, pero no con fundamento en la emergencia y en los requerimientos de aislamiento preventivo. De esta manera no existe una norma en el ordenamiento jurídico que corresponda a una medida como la contemplada en el inciso 3º del artículo 2 del DL 537 de 2020.

115. En tercer lugar, respecto de las medidas referentes a las reglas especiales de contratación más ágil y eficiente, las mismas también resultan necesarias, porque acudir a los procedimientos ordinarios de contratación, por los tiempos que ello implica, comporta no atender oportunamente las exigencias de la emergencia.

116. Sobre la medida relacionada con la contratación de urgencia (art. 7), se tiene que la “urgencia manifiesta” es una causal de la modalidad de selección de “contratación directa”, según lo prevé el literal a), numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y los arts. 42 y siguientes de la Ley 80 de 1993. Por su parte, el artículo 7 del DL 537 señala: “Artículo 7. Contratación de urgencia. Con ocasión de la declaratoria de estado de emergencia sanitaria declarado por el Ministerio de Salud y Protección Social y en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus

COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud. Las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se registrarán por la normatividad vigente (...)” (Resaltado fuera del texto).

117. Al respecto, como se dijo en la sentencia C-162 de 2020, si bien el ordenamiento jurídico ordinario prevé la contratación por “urgencia manifiesta”, y que esta existe “cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción”, ello no es suficiente para lograr los objetivos de la medida excepcional, por las razones que se pasan a señalar:

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

119. La disposición ordinaria (artículo 42, Ley 80 de 1993) establece que la “urgencia manifiesta” existe cuando se presenten hechos, situaciones o circunstancias relacionados con los estados de excepción y exige que la misma se declare mediante un acto administrativo motivado.

120. Por su parte, la medida de excepción prevista en el DL 537 señala que esos hechos, situaciones o circunstancias “se entiende[n] comprobado[s]”. Es decir, por disposición del legislador de excepción, el Decreto Legislativo bajo estudio establece la justificación, fundamento o motivación que el operador de la contratación requiere para estos efectos, relevando a las entidades estatales, en este específico punto, del deber de motivar la “situación relacionada con los estados de excepción” en el correspondiente acto administrativo que declara y justifica la urgencia manifiesta -y que este caso se refiere a la emergencia sanitaria, como uno de los fundamentos que sirvieron de soporte para la declaración del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica-.

121. Esto, en aras de adquirir bienes, servicios u obras en el inmediato futuro con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia. En otras palabras, la motivación que se exige en este preciso aspecto se entiende que ha operado por ministerio del DL 537, reduciendo así la carga de motivación que las entidades estatales deben realizar ante el contexto de la pandemia. Al respecto, es preciso resaltar que en la motivación del decreto

bajo estudio, se señala que “para generar la confianza institucional de cada uno de los ordenadores del gasto en una medida como la urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y el literal a) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se hace necesario considerar como probado el estado de emergencia sanitaria con ocasión de la pandemia Coronavirus COVID-19, que sirve como fundamento fáctico para implementar la modalidad de contratación directa de los bienes y servicios requeridos durante la emergencia sanitaria”.

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

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

124. Por su parte, la medida prevista en el artículo 4 “Utilización de los instrumentos de agregación de demanda”, prevé la priorización o preferencia por parte de las entidades territoriales por la compra por catálogo derivado de los AMP vigentes, disposición que, al impactar la autonomía de las entidades territoriales en los términos del artículo 287 de la Constitución Política, requiere de una norma de rango legal. En tal contexto, la legislación ordinaria no establece la preferencia o priorización de las entidades territoriales por los AMP dispuestos en la TVEC, previsión legal que, dadas las ventajas de eficiencia (valor por dinero) y las necesidades de agilidad y simplificación de las adquisiciones, se muestra como una medida necesaria -jurídicamente- para lograr los objetivos del DL 537.

125. Por último, las medidas tendientes a desarrollar procedimientos ágiles y expeditos, ante la urgencia que representa contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia, y mientras esté en vigencia la emergencia sanitaria con ocasión de la pandemia derivada del Covid-19, son necesarias para superar o mitigar los efectos de la crisis, tanto fáctica como jurídicamente.

(ix) Juicio de proporcionalidad

126. Respecto del juicio de proporcionalidad, la Corte evidencia que el DL 537 supera dicho examen porque, por un lado, las medidas adoptadas no limitan garantías constitucionales y, por otro, son proporcionales a la grave situación que se pretende atender. En efecto, ninguna de las medidas adoptadas en dicho Decreto Legislativo resulta excesiva en relación con la naturaleza de la crisis que se busca conjurar, así mismo contribuyen a la satisfacción de derechos no sólo de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública, sino de todos habitantes del territorio nacional; y están limitadas y restringidas a la finalidad que se busca alcanzar, esto es, la conjuración de la crisis y la mitigación de sus efectos.

127. Las medidas que habilitan expresamente el uso de mecanismos electrónicos para adelantar actividades contractuales y de selección, como mecanismo para promover el distanciamiento social requerido (primer grupo de medidas), no resultan excesivas ni desproporcionadas en relación con la crisis. Por el contrario, se trata de medidas razonables y justificadas, pues (i) garantizan la libertad de concurrencia y participación, al prever la garantía del acceso a los proponentes, entes de control y cualquier ciudadano interesado; (ii) promueven la transparencia y la publicidad de las actuaciones, pues disponen la necesidad de garantizar e indicar los mecanismos de registro, metodología, procedimientos y demás protocolos para el desarrollo de la audiencia; (iii) el artículo 273 de la Constitución Política señala que “[l]os casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley” (Resaltado fuera del texto original), por lo que dichas medidas no implican por sí mismas una extralimitación por parte del legislador de excepción; (iv) garantizan el debido proceso en los procedimientos sancionatorios así como el deber de control y vigilancia sobre los contratos; (v) reafirman, en particular el artículo 9 del DL 537, los arts. 6 y 123 de la Carta Política habida cuenta que los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad, que ejercerán sus funciones en la forma prevista en la

Constitución, la ley y el reglamento y que son responsables por la omisión o extralimitación en sus funciones, cuando no paguen a sus contratistas las correspondientes facturas o cuentas de cobro en los términos preestablecidos.

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

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

130. Ahora bien, al tratarse de la revocatoria de un acto administrativo de apertura en procedimientos en los que aun no se ha presentado oferta, la entidad no estaría obligada a abrir dicho procedimiento en otra oportunidad; lo que implicaría, de un lado, que la medida se torne permanente y, del otro, posibles consecuencias para los proponentes que incurrieron en gastos para la presentación de la oferta. En tal situación, es necesario tener en consideración que la magnitud de la emergencia y la incertidumbre sobre su duración, dificultan prever con exactitud si es posible continuar con el proceso de contratación, por lo que la revocatoria prevista en el DL 537, , como última ratio, se muestra razonable.

131. En efecto, como lo ha estimado la jurisprudencia, esta alternativa es razonable y otorga seguridad jurídica, siempre y cuando los interesados no hayan presentado sus ofertas en los

plazos establecidos para tal efecto. Finalmente, por tratarse de un acto de carácter general, el acto de apertura no es susceptible de recursos, pero es cuestionable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

132. Respecto del tercer grupo de medidas, este tribunal encuentra que su alcance está limitado a las finalidades que se pretenden alcanzar y no son exageradas o desproporcionadas de cara a la crisis. De hecho, en el informe remitido por la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República, se corrobora que estas medidas son proporcionales a partir de la urgencia de una reacción oportuna por parte de las entidades y su deber constitucional de proteger la vida y la salud de todos los habitantes del territorio nacional y que las potestades otorgadas en este tercer tipo de medidas son temporales —operan durante la Emergencia Sanitaria y su utilización se restringe únicamente al suministro de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras en el inmediato futuro con los ya mencionados objetivos.

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

134. En lo que atañe a los acuerdos marco de precios de excepción (artículo 5), a la adquisición en grandes superficies (artículo 6) y a la contratación de urgencia (artículo 7), este tribunal encuentra que estas medidas están debidamente limitadas y restringidas a la finalidad que se pretende alcanzar, esto es, contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia. Al respecto, este tribunal considera oportuno resaltar la obligación de las autoridades de ejercer sus competencias conforme al principio de legalidad

y exclusivamente para los fines previstos en el ordenamiento jurídico. Asimismo, la utilización de las diferentes herramientas (o medidas) que dispone el DL 537 y en general, la contratación con recursos públicos debe realizarse con plena observancia a los principios de la función administrativa —art. 209 superior— y de la gestión fiscal —art. 267 de la Carta Política— y están sujetas a controles de tipo fiscal, disciplinario y penal, entre otros.

135. Particularmente, en materia de urgencia manifiesta, debe esta Corte recordar que la sentencia C-949 de 2001 señaló lo siguiente: “[n]o encuentra la Corte reparo alguno de constitucionalidad a la declaración administrativa de urgencia manifiesta regulada en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, puesto que constituye una justificada excepción a los procedimientos reglados de selección objetiva si se tiene en cuenta que su aplicación se encuentra sujeta a la existencia de situaciones evidentes de calamidad pública o desastre que afecten de manera inminente la prestación de un servicio, que son circunstancias que por su propia naturaleza hacen imposible acudir al trámite de escogencia reglada del contratista. Los posibles excesos que genere la aplicación práctica de este instrumento-que de por sí son ajenos al juicio de constitucionalidad de las normas acusadas-, se ven morigerados por la exigencia de que la declaración de urgencia manifiesta conste en acto administrativo motivado y en la obligación consagrada en el artículo 43 ibidem, de enviar al funcionario u organismo que ejerza control fiscal en la respectiva entidad los contratos originados en la urgencia manifiesta y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes, las pruebas y los hechos, inmediatamente después de celebrados dichos contratos, sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento”.

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

137. Frente a la primera medida (artículo 8. Adición y modificación de contratos estatales), a partir de su contexto normativo y su finalidad, la Sala advierte lo siguiente: (i) la adición/modificación debe tener conexidad directa con el objeto previsto en contrato principal; (ii) en todos los casos, la adición debe surtir todas las formalidades requeridas por la ley para estos efectos (motivación de la necesidad, disponibilidad presupuestal, formalidad

escrita); y (iii) la habilitación impartida sobre los contratos que se celebren durante el término de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Covid-19, versa solamente sobre aquellos contratos suscritos que contribuirán a una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia. En este contexto, para la Corte, la excepción al monto máximo de las adiciones destinadas a contener la pandemia y mitigar la extensión de sus efectos, es razonable debido a la naturaleza y dimensiones de la crisis, por lo encuentra que la medida adoptada es proporcionada.

138. Respecto de la segunda medida (artículo 10. Contratos del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores), esta Corte ha aceptado que a través de decretos legislativos se establezcan excepciones a la aplicación del régimen general de contratación estatal, siempre y cuando (i) esas medidas estén exclusivamente dirigidas a atender las causas de la emergencia y a impedir la extensión de sus efectos; y (ii) resulten salvaguardados los principios de la función administrativa.

139. Particularmente, respecto del límite temporal de los regímenes de contratación en estados de emergencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que: “una medida de excepción que permite la ejecución de recursos públicos por fuera de los cauces ordinarios de la contratación estatal se justifica sólo en la atención estatal inicial y como una medida transitoria, pero no es constitucionalmente admisible por un tiempo prolongado en tanto desborda los límites directos de la emergencia y con ello incumple los requisitos de necesidad y proporcionalidad”.

140. Con base en lo expuesto, la medida adoptada en el artículo 10 se encuentra limitada a la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Covid-19 y a los contratos que tengan por objeto adquirir bienes y servicios de entidades públicas extranjeras, empresas privadas extranjeras o de otras organizaciones o personas extranjeras, necesarios para mitigar la pandemia y sus efectos, por lo que la misma se encuentra proporcionada. Asimismo, en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de esta corporación ha entendido que el desarrollo de un proceso de contratación a través de las reglas del derecho privado, de ninguna manera significa la inaplicación de los principios de la función administrativa previstos en el art. 209 CP, de la gestión fiscal que trata el art. 267 CP y el régimen de inhabilidades e

incompatibilidades, ni que dichos procesos se encuentren excluidos de los respectivos controles, por lo que se impone la aplicación de dichas disposiciones constitucionales. En consecuencia, esta Sala advierte que no se cumple con el supuesto necesario para adoptar un fallo de exequibilidad condicionada sobre este particular.

141. Finalmente, en cuanto al límite temporal del DL 537, esto es, mientras dure el Estado de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social con ocasión de la pandemia derivada del Covid-19 (artículo 11), cláusula de vigencia que además ha sido señalada expresamente en los demás textos de los artículos que componen el DL 537 (1 a 10), es necesario examinar si ello tiene un impacto en la proporcionalidad de las medidas.

142. En la sentencia C-162 de 2020, que analizó el DL 440, la Corte encontró que las medidas adoptadas eran proporcionales por el límite que suponía aplicarlas durante el tiempo en que duró el Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica declarado mediante el Decreto 417 de 2020. En el mismo sentido, la modificación que hace el DL 537 es razonable, porque como se indicó anteriormente (i) no se trata de un término indeterminado sino determinable, esto es, se entiende que las medidas dejan de regir tan pronto desaparezcan las causas que dieron origen a la emergencia sanitaria; (ii) se explica porque no es posible establecer con certeza cuánto durará la pandemia; (iii) además, se trata de medidas de protección a la vida, la salud y la consecución de bienes y servicios que se requieren con urgencia para atender la situación de crisis; y (vi) en todo caso, las actuaciones que se realicen en el marco de esas medidas, , se rigen por los principios de la función administrativa, cuyo contenido normativo se encuentra en la Constitución y están sometidas al escrutinio de los entes de control.

143. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el Congreso, cuando lo estime oportuno y conveniente, modifique las medidas adoptadas por el legislador de excepción (art. 215 CP).

(x) Juicio de no discriminación

144. Las medidas adoptadas no implican trato discriminatorio alguno, fundado en criterios sospechosos. Por el contrario, están dirigidas a la protección de derechos y a dotar a las entidades de mecanismos ágiles, expeditos y eficientes en materia de contratación.

145. Se resumen en el siguiente cuadro las conclusiones a las que la Corte llegó frente a los

requisitos materiales de validez del DL 537:

Juicio

Cumplimiento

Consideraciones de Sala Plena

SÍ

NO

Finalidad

X

Las medidas del DL 537 son idóneas y tienen por finalidad conjurar la crisis provocada por la pandemia y mitigar la extensión de sus efectos. Buscan que la actividad contractual del Estado y la ejecución del gasto se desarrolle de manera ágil y eficiente, acompasándose con el contexto de distanciamiento social, urgencia y gravedad de la crisis, de forma que las entidades puedan contar con herramientas legales claras y expresas que les permitan adquirir -oportunamente bienes y servicios necesarios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia

Conexidad material

X

Las medidas adoptadas en el DL 537 guardan relación específica con las invocadas motivaciones para su expedición, así como relación directa y específica con el Decreto 417 de 2020.

Motivación suficiente

X

Dado que el DL 537 no contiene medida alguna que imponga limitación a derechos de carácter fundamental, este escrutinio resulta menos exigente. Y el Decreto en todo caso expone las razones que fundamentan las medidas adoptadas.

Ausencia de arbitrariedad

X

La Corte no advierte que el DL 537 suspenda, afecte o, mucho menos, vulnere derechos fundamentales, pues busca adoptar medidas en materia de contratación estatal que fortalezcan el uso de herramientas tecnológicas para propiciar el distanciamiento físico entre las personas como mecanismo idóneo de contención de la pandemia. Asimismo, ante la urgencia, permite adquirir bienes y servicios de manera ágil y expedita, para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia, a través de diferentes herramientas que, además de ser dispositivas, prevén una serie de límites y no excluyen los controles propios de la actividad contractual.

Intangibilidad

X

El DL 537 no contiene medida alguna que afecte derechos a los que se refieren los artículos 93 y 214.2, el artículo 4 de la LEEE y 27.2 de la CADH, ni de los mecanismos que los garantizan.

No contradicción específica

X

Incompatibilidad

X

Aunque existe una clara incompatibilidad entre la medida adoptada en el art. 8 del DL 537 y el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, este Decreto expuso las razones por las cuales debe permitirse la adición de los contratos, en aras de superar la crisis y/o mitigar la extensión de sus efectos.

Necesidad

X

Desde el punto de vista de la necesidad fáctica, la Sala encuentra varias razones que justifican las medidas adoptadas en el DL 537. Primero, por los requerimientos de distanciamiento físico de la Organización Mundial de la Salud debido a número de contagios y crecimiento exponencial de propagación de la Pandemia. Segundo, por la gravedad, magnitud, dimensiones y naturaleza imprevisible de la crisis. Tercero, por la urgencia e inminente reacción que exige de las autoridades estatales, procurar medios conducentes y pertinentes para afrontar de manera inmediata y en el inmediato futuro la actual situación. Además, la cláusula que somete la vigencia de las medidas a la duración de la emergencia sanitaria se funda en que la crisis está atada al Covid-19, no existe certeza sobre la duración de pandemia.

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

se requiere.

Proporcionalidad

X

La Corte evidencia que el DL 537 supera dicho examen porque, por un lado, las medidas adoptadas no limitan garantías constitucionales y, por otro, son proporcionales con la crisis que se pretende atender. En efecto, ninguna de las medidas adoptadas en dicho Decreto resulta excesiva en relación con la naturaleza de la crisis que se busca conjurar, así mismo contribuyen a la satisfacción de derechos no solo de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública, sino de todos los ciudadanos; asimismo, están limitadas y restringidas a la finalidad que se busca alcanzar, esto es, la conjuración de la crisis y la mitigación de sus efectos. Y sobre ellas operan los respectivos controles. Además, la vigencia de las normas resulta acorde con la gravedad y la incertidumbre sobre la duración de la pandemia y de sus efectos, el acto que declara la emergencia sanitaria debe corresponder a causas objetivas y está sometido a control judicial. Y cuando desaparezcan las causas que le dieron origen a la emergencia sanitaria, la declaratoria de emergencia pierde su sustento fáctico y, por tanto, finaliza la vigencia de las disposiciones expedidas para atenderla. Todo ello hace que no puedan ser calificadas de desproporcionadas.

No discriminación

X

La Corte no advierte que las medidas adoptadas en el DL 537 impongan trato discriminatorio, y menos aun, fundado en criterios sospechosos.

146. En particular, frente a las solicitudes de condicionamiento formuladas por el Ministerio Público en relación con los arts. 4 y 10 del DL 537 esta Corte estimó que ello no era necesario toda vez que (i) la medida adoptada en el artículo 4 se interpreta a partir del contexto

normativo en el cual la misma se encuentra inmersa, por lo que consideró razonable comprender que el ejercicio de la preferencia por parte de las entidades territoriales versa sobre los acuerdos marco de precios vigentes directamente relacionados con la pandemia derivada del Covid-19, respondiendo con ello a la finalidad de contener la expansión del virus y atender la mitigación de la crisis; y (ii) según se desprende de la normatividad así como de lo señalado por la jurisprudencia constitucional, la aplicación de las reglas del régimen de derecho privado a la contratación de las entidades del Estado no significa que dicha actividad esté exenta de controles, ni de la perentoria aplicación de los principios de la función administrativa cuyo contenido se encuentra previsto en el artículo 209 de la Carta Política, de la gestión fiscal de que trata el artículo 267 superior y correspondiente régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

147. Así pues, la Corte concluye que el Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020, “Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” sí cumple con los requisitos formales y materiales, previstos en la Constitución, en la LEEE y desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

148. Ahora bien, en relación con las medidas de excepción objeto de estudio, y que están destinadas a dar una acelerada e idónea respuesta a la crisis generada por el Covid19, se estima oportuno hacer un especial llamado al Gobierno nacional y a los servidores públicos encargados de la gestión contractual y de la ordenación del gasto en las entidades estatales de todo orden para que, en aras de fortalecer la institucionalidad, en el ejercicio de tales facultades se garanticen los fines del Estado y se dé plena observancia a los principios que rigen la función administrativa, así como la necesidad de garantizar la transparencia y el desarrollo de las competencias constitucionales y legales de los organismos de control.

H. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

149. La Corte Constitucional, al ejercer el control automático, integral y definitivo de la constitucionalidad sobre el Decreto Legislativo 537 de 2020 “[p]or el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19”, verificó que este cumplió con todos los requisitos formales: (i) fue suscrito por el Presidente de la República y por todos

los Ministros; (ii) fue expedido en desarrollo y durante el término de vigencia del estado de excepción declarado mediante el Decreto 417 de 2020; (iii) se encuentra motivado; y (iv) su ámbito de aplicación comprende todo el territorial nacional.

150. En cuanto a los requisitos materiales, la Sala Plena estimó que la sentencia C-162 de 2020, mediante la cual se declaró exequible el Decreto Legislativo 440 de 2020, y que tiene un contenido normativo muy similar al Decreto Legislativo 537 de 2020, es un precedente relevante para resolver el presente asunto. La Corte encontró que el DL 537 (i) cumple el requisito de finalidad, puesto que las medidas están dirigidas a conjurar las causas que dieron origen a la declaratoria del estado de excepción y a impedir la extensión de sus efectos; (ii) existe conexidad material tanto interna como externa; (iii) se encuentra suficientemente motivado; (iv) no desconoce la prohibición de arbitrariedad durante los estados de excepción; (v) no afecta ninguno de los derechos fundamentales intangibles; (vi) su contenido no contradice ninguna norma constitucional; (vii) se fundamenta en debida forma la incompatibilidad con las normas legales que suspende o modifica transitoriamente, en particular, las medidas relacionada en los arts. 8 y 10 del DL 537; (viii) cumple con el requisito de necesidad, tanto fáctica como jurídica. Lo primero porque el Decreto busca hacer efectivos los requerimientos de distanciamiento físico según recomendación de la OMS, como mecanismo idóneo para controlar la expansión de la pandemia, por la gravedad, magnitud, dimensiones y naturaleza imprevisible de la crisis, y por la urgencia e inminente reacción que exige de las autoridades estatales, procurar medios conducentes y pertinentes para afrontar de manera inmediata y durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria. Y lo segundo porque, esta Corte identificó que el ordenamiento ordinario no cubría de manera suficiente y adecuada las exigencias de atención inmediata y urgente que precisa la pandemia, por lo que se requería de la expedición de normas con fuerza de ley de naturaleza temporal que permitieran conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos; (ix) las medidas son proporcionales frente a la crisis que se busca conjurar, están limitadas por esta finalidad, sometidas a los respectivos controles, y son de limitada duración, ya que están vigentes durante el tiempo que dure el Estado de Emergencia Sanitaria declarada con ocasión de la pandemia derivada del Covid-19; y (x) no establece ninguna medida discriminatoria.

151. Finalmente, la Corte estimó pertinente hacer un especial llamado al Gobierno nacional y a los servidores encargados de la gestión contractual y de la ordenación del gasto en las entidades estatales de todo orden para que, en aras de fortalecer la institucionalidad, en el

ejercicio de tales facultades se garanticen los fines del Estado y se dé plena observancia a los principios que rigen la función administrativa y que han sido reiterados a lo largo de esta sentencia. Del mismo modo, resaltó la particular importancia de garantizar, en el marco de la Emergencia, la transparencia y el desarrollo de las competencias constitucionales y legales de todos los organismos de control.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020, “Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General