

Sentencia C-244 de 2011

Sentencia C-244/11

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Medidas en materia de vivienda para atender a afectados por ola invernal guardan relación de conexidad, finalidad y especificidad con Estado de Excepción

Las medidas de emergencia adoptadas mediante el Decreto legislativo 4832 de 2010, encaminadas a fortalecer las funciones del Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA-, con miras a proveer una atención rápida y eficiente a las familias afectadas por la ola invernal, guardan una relación de causalidad inmediata con la situación fáctica que se trata de enfrentar, de lo que se colige una conexidad externa con el Decreto 4580 de 2010, en la medida que se persigue aumentar la oferta de vivienda en el corto, mediano, y largo plazo, con lo cual será posible atender el proceso de reconstrucción de las zonas afectadas, así como la reubicación de hogares asentados en zonas de alto riesgo y riesgo no mitigable, al igual que una conexidad interna con las motivaciones del Decreto.

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

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADOS DE EXCEPCION-Parámetros de constitucionalidad

La Corte ha señalado que únicamente dentro del respeto a los principios constitucionales es posible entender como legítima la utilización de los poderes excepcionales en cabeza del Ejecutivo, siendo sus límites fijados por: (i) el texto de la Constitución Política; (ii) la Ley estatutaria de los estados de excepción, y (iii) los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, en especial los que por su función prevalecen en el orden interno.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS LEGISLATIVOS-Pasos metodológicos en juicio de constitucionalidad de medidas excepcionales

DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA-Naturaleza prestacional y excepcionalidad de su carácter fundamental

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la vivienda digna constituye un derecho complejo, pues por un lado evidencia los rasgos típicos de los derechos prestacionales, por lo que debe ser progresivo, desarrollado por el legislador y promovido por el ejecutivo, caso en que su ejercicio demanda un desarrollo legal previo; y en ciertos casos se le ha reconocido a este derecho la entidad de derecho fundamental, a partir de su conexidad con el derecho a la dignidad humana, conexidad que se verifica cuando las condiciones de la vivienda pueden poner en riesgo la vida, por ejemplo, cuando aquella amenace ruina o por la peligrosidad del lugar en el cual se asienta debido a condiciones como la inestabilidad del terreno o por su ubicación en zonas de conflicto, circunstancias que impiden la realización plena de éste y otros derechos fundamentales.

DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA-Habitabilidad

VIVIENDA DE INTERES SOCIAL-Concepto

VIVIENDA DE INTERES SOCIAL-Competencias de la Nación y los Entes Territoriales

PROYECTOS INTEGRALES DE DESARROLLO URBANO PIDU-Definición/PROYECTOS INTEGRALES DE DESARROLLO URBANO PIDU-Competencias concurrentes/PROYECTOS INTEGRALES DE DESARROLLO URBANO PIDU-Contenido

Los proyectos integrales de desarrollo urbano PIDU son definidos como el conjunto de decisiones administrativas y de actuaciones urbanísticas necesarias para la ejecución de operaciones urbanas integrales que garanticen la habilitación de suelo para la ejecución de los proyectos de construcción de vivienda y reubicación de asentamientos humanos para atender la emergencia económica, social y ecológica nacional. Pueden ser promovidos, ejecutados y financiados por el Gobierno Nacional, de común acuerdo con las autoridades de planeación de los municipios y distritos en el ámbito de sus respectivas competencias y, también a iniciativa de particulares y de las mismas entidades territoriales.

FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA-Naturaleza jurídica/FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA-Objeto principal/FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA-Funciones/FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA-Patrimonio/FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA-Manejo y administración de recursos

El Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA fue creado como un fondo con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía presupuestal y financiera, pero sin estructura administrativa ni planta de personal propia; sometido a las normas presupuestales y fiscales del orden nacional y adscrito al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con el fin de consolidar el Sistema Nacional de Información de Vivienda, ejecutar las políticas del Gobierno Nacional en materia de vivienda de interés social urbana, en particular aquellas orientadas a la descentralización territorial de la inversión de los recursos destinados a vivienda de interés social, y financiar los precios de las viviendas de interés social o prioritario. Los recursos y patrimonio del Fondo están constituidos por: 1. Aportes del Presupuesto General de la Nación; 2. Recursos de crédito que contrate el Gobierno Nacional para el cumplimiento de los objetivos del Fondo; 3. Donaciones públicas o privadas, previa incorporación al Presupuesto General de la Nación, cuando se tratara de recursos en dinero; 4. Aportes de cualquier clase provenientes de la cooperación internacional; 5. Todos los bienes inmuebles con vocación de vivienda de interés social, que no hubiesen sido asignados con anterioridad a la expedición del decreto que ordenó la supresión y liquidación del Inurbe; 6. Los recursos de que trata el artículo 101 del Decreto 2620 de 2000 o aquellas normas que lo modifiquen o adicionen; 7. Los recursos originados en la comercialización de bases de datos e información así como las tarifas por la prestación de servicios. Para el manejo y administración de estos recursos, el Fondo cuenta con facultad para celebrar contratos de fiducia, encargo fiduciario, fondos fiduciarios, de mandato; convenios de administración y demás negocios jurídicos que fueran necesarios, cuyos costos de administración se atenderían con cargo a las respectivas apropiaciones de inversión.

FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA-Contratos sujetos a régimen de contratación estatal

En razón a que la naturaleza jurídica de FONVIVIENDA se asimila a la de un establecimiento público del orden nacional, los contratos que suscriba deben sujetarse al régimen de contratación estatal

FONDO NACIONAL DE VIVIENDA FONVIVIENDA-Procedimientos para la postulación, asignación y aplicación del subsidio familiar de vivienda en casos de desastre, calamidad pública o emergencia por eventos de origen natural

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA EN MATERIA DE VIVIENDA-Altera mecanismos ordinarios previstos para la distribución de recursos del presupuesto nacional con destino a vivienda de interés social

Si bien al Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA le corresponde la entrega de los recursos del subsidio familiar de vivienda de interés social, de acuerdo con un procedimiento y un modelo que permite la interacción de varios actores del orden territorial y nacional, las nuevas funciones que el decreto legislativo le asigna a FONVIVIENDA para efectos de atender la emergencia por la ola invernal, altera los mecanismos ordinarios previstos para la distribución de los subsidios, como la celebración de contratos de fiducia mercantil celebrados directamente, que se registrarán por normas del derecho privado y no sujetos ni a la Ley 80 de 1993 ni a la Ley 1150 de 2007, posibilitándose la creación de patrimonios autónomos a los cuales se podrán transferir recursos, entre ellos los correspondientes a subsidios familiares que se revoquen o que venzan previa incorporación de los mismos al presupuesto de Fonvivienda. Asimismo se podrán recibir donaciones o bienes inmuebles fiscales o la porción de ellos con vocación de construcción o desarrollo de vivienda de interés social, sin que tal transferencia otorgue a la entidad que las enajene la calidad de fideicomitente.

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Inviabilidad como mecanismo para proponer políticas públicas de largo plazo

La Sala analizando la posibilidad de aplicar las medidas con carácter de permanencia y ante el deber de proteger la intangibilidad de los principios de descentralización y autonomía territorial que se verían conculcados, concluyó que no puede usarse la emergencia como vía para proponer políticas públicas de largo plazo a modo de plan de desarrollo alternativo del Gobierno Nacional o como medio para subvertir el orden constitucional, pues en el largo plazo es posible asegurar una adecuada planeación de la Nación y de los entes territoriales por los causes ordinarios, así como la aplicación de los principios de concurrencia, subsidiariedad y coordinación, por lo que decidió limitar en el tiempo las medidas adoptadas con el decreto legislativo

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Funciones asignadas a FONVIVIENDA superan juicio de necesidad más no de

proporcionalidad

Si bien el mecanismo ordinario previsto para proveer vivienda en eventos de calamidad resulta inane frente a la magnitud de la crisis actual, dado lo exiguo de los ingresos propios y la limitada participación en los recursos de transferencia de la Nación de la mayoría de los municipios del país, no resultándoles posible actuar con la celeridad y eficacia requeridas para eventos de crisis, razón por la que las medidas señaladas en el artículo 1º del decreto 4832 de 2010, cumplen con el presupuesto de necesidad, para efectos de superar la situación coyuntural originada a causa de la ola invernal. Sin embargo, no por ello puede perderse de vista que existe un problema de orden “estructural” en materia de asignación de subsidios de vivienda y de planeación del desarrollo urbano que no es posible solucionar por la vía de medidas de emergencia, ya que tales distorsiones deben ser corregidas por vía del poder legislativo a través de las vías ordinarias, sobre todo en los que respecta a los municipios clasificados en la categoría 6. Es así como se advierte entonces, cómo a partir de tales mecanismos de concertación con los entes territoriales, el legislador extraordinario trató de corregir las deficiencias extrañadas por la Corte Constitucional en el sentido de asegurar la subordinación del Gobierno Nacional a los planes de ordenamiento territorial en el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social y la concurrencia de los entes territoriales en las decisiones que afecten su territorio y competencias en cuanto al desarrollo de proyectos integrales de desarrollo urbano, y si bien la norma autoriza la intromisión del nivel central en la órbita de competencias del nivel territorial, la Corte encuentra esta injerencia proporcional y admisible en circunstancias excepcionales como la actual, siempre y cuando ésta no se extienda de manera indefinida, estando en juego la intangibilidad de los principios de descentralización y autonomía territorial, que sin duda se verían conculcados de permitir que ese conjunto de medidas sean aplicadas con carácter de permanencia.

CONTRATO DE FIDUCIA PUBLICA Y CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL-Diferencias

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL-Excepcionalidad de celebración por FONVIVIENDA se ajusta al presupuesto de necesidad

La facultad prevista para que Fonvivienda pueda celebrar directamente contratos de fiducia mercantil sin acudir al proceso de licitación pública y a que tales contratos se rijan por las normas de derecho privado de forma que no estén sujetos a las disposiciones contenidas en

la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, se encuentra ajustada al presupuesto de necesidad, en tanto los tiempos que demandan los procesos de licitación pública para el desarrollo de proyectos de infraestructura no garantizan la inmediatez requerida para el inicio de las labores de diseño y ejecución de proyectos masivos de vivienda de interés social que permitan superar la escasez de vivienda y permitir el traslado de personas afectadas por la ola invernal, así como el traslado de las que todavía permanecen asentadas en zonas de alto riesgo y riesgo no mitigable; pero esta laxa facultad sólo se justifica en condiciones de emergencia, razón por la cual estima proporcionado que la exclusión de las normas de contratación pública en materia de licitaciones y de fiducia pública sólo se mantenga hasta el año 2014, fecha a partir de la cual no podrá hacerse ningún esguince a las normas de contratación estatal y, los recursos y bienes incorporados a los patrimonios autónomos que no se hayan ejecutado deberán revertirse al Fondo Nacional de Vivienda, así como modificarse los términos de las fiducias celebradas, en punto a que estas se rijan por fiducia pública.

PATRIMONIOS AUTONOMOS-Constitución en contratos de fiducia mercantil

PATRIMONIOS AUTONOMOS-Responsabilidad

PATRIMONIOS AUTONOMOS-Transferencia de recursos, bienes inmuebles fiscales y otros bienes sujetos a vigencia de contrato de fiducia mercantil con Fonvivienda

DOMINIO PRIVADO DEL ESTADO-Concepto

DOMINIO PUBLICO-Concepto

BIENES FISCALES-Definición

BIENES FISCALES-Transferencia con condicionamientos

DONACION-Concepto

INSINUACION-Requisito para la procedencia de la donación

INSINUACION-Objeto

INSINUACION-Trámite

INSINUACION EN MEDIDA DE DECRETO LEGISLATIVO DE EMERGENCIA-Prescindencia no constituye un problema de entidad constitucional sino legal

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Proporcionalidad y necesidad de medida que autoriza transferencia de recursos, inmuebles fiscales y otros bienes a los patrimonios autónomos que se constituyan con ocasión de los contratos de fiducia mercantil celebrados

La transferencia de recursos, bienes inmuebles fiscales y otros bienes a favor de los patrimonios autónomos que se deriven de los contratos de Fiducia Mercantil que se celebren, constituyen medidas que la Sala considera necesarias para el funcionamiento de este mecanismo de emergencia y proporcional a la finalidad perseguida, pero condicionado, en razón al principio de proporcionalidad, a un plazo razonable, esto es, hasta el año 2014.

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Procedencia/SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Limitación de aplicación temporal de facultades otorgadas a Fonvivienda y otras medidas de emergencia en materia de vivienda de interés social

Encuentra la Sala que autorizar las facultades que el Decreto Legislativo 4832 de 2010 le confiere al Fondo Nacional de Vivienda con carácter de permanencia resulta desproporcionado, por lo que considerando el estado de vulnerabilidad de la población afectada y el riesgo al que todavía se someten las familias asentadas en zonas de alto riesgo no mitigable, la Corte decidió declarar la exequibilidad bajo el entendido que las funciones asignadas a Fonvivienda y demás relacionadas sólo se mantendrán vigentes hasta el año 2014, término que resulta suficiente al considerar éste un término razonable para adoptar medidas de choque con la celeridad esperada y dar curso a las fases de rehabilitación y reconstrucción señalada por el Gobierno Nacional, pues las autoridades podrán usar los cauces ordinarios para la ejecución de obras y proyectos a largo plazo que no alcancen a ser iniciadas dentro del término prescrito a partir de un juicioso proceso de planeación que integre a los entes territoriales como eje central del desarrollo urbano e involucre los necesarios mecanismos de contratación estatal y suficiente para que el Ejecutivo, en caso de necesitarlo, proponga al Congreso el trámite de una ley ordinaria destinada a modificar las funciones radicadas en cabeza del Fonvivienda.

Referencia: expediente RE-192

Revisión de constitucionalidad del Decreto 4832 del 29 de diciembre de 2010 “Por el cual se dictan disposiciones en materia de vivienda para hacer frente a la emergencia económica, social y ecológica nacional”

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de abril de dos mil once (2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia con base en los siguientes,

I. ANTECEDENTES.

En cumplimiento de lo previsto en el párrafo del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el Presidente de la República, mediante oficio de treinta (30) de diciembre de 2010, recibido en la Secretaría General de esta Corporación el mismo día, remitió copia auténtica del decreto número 4832 de veintinueve (29) de diciembre de 2010 “ Por el cual se dictan disposiciones en materia de vivienda para hacer frente a la emergencia económica, social y ecológica nacional”, para efectos de su revisión constitucional de conformidad con lo previsto en el artículo 241 numeral 7° de la Carta Fundamental.

El veintiuno (21) de enero de dos mil once (2011) el magistrado ponente avocó conocimiento del mencionado decreto, ordenó fijar en lista el asunto de la referencia para que cualquier ciudadano pudiera intervenir con el fin de defender o impugnar la constitucionalidad del mismo y dispuso que una vez vencido el término de fijación en lista se remitiera al Procurador General de la Nación para que rindiera concepto. Adicionalmente, se ordenó comunicar al Presidente de la República la iniciación del proceso con el fin de que indicara las razones que justifican la constitucionalidad de la norma acusada.

Mediante auto del primero (1°) de febrero de dos mil once (2011), se resolvió proseguir el trámite señalado en el auto de 21 de enero del mismo año e invitar a participar en este proceso a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, a la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, a la Facultad de Derecho de la

Universidad Nacional, a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, a la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana y al Instituto de Derecho Procesal para que emitieran su opinión especializada sobre la disposición materia de estudio.

Agotados los trámites respectivos, procede la Corte a examinar la constitucionalidad del decreto sometido a su revisión.

II. TEXTO DEL DECRETO.

El siguiente es el texto del Decreto No. 4832 del 29 de diciembre de 2010, tal como aparece publicado en el Diario Oficial N° 47. 937 de la misma fecha:

“DECRETO 4832 DE 2010

Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010

MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL

Por el cual se dictan disposiciones en materia de vivienda para hacer frente a la emergencia económica social y ecológica nacional.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto por el Decreto 4580 de 2010,

CONSIDERANDO:

Que mediante el Decreto 4580 de 2010, se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por razón de grave calamidad pública.

Que el Fenómeno de La Niña 2010-2011, ha producido una considerable destrucción de inmuebles, se ha interrumpido la prestación de los servicios públicos esenciales, ha afectado las vías de comunicación y perjudicado gravemente la actividad económica y social en el territorio nacional.

Que numerosas familias que habitan en viviendas ubicadas en zonas de riesgo y alto riesgo no mitigable afectados por la ola invernal, en gran parte desplazadas, enfrentan una grave e inminente amenaza para sus vidas, por lo cual constituyen una población susceptible de reubicación prioritaria.

Que se hace necesario fortalecer al Fondo Nacional de Vivienda –Fonvivienda– para ejercer las acciones en materia de vivienda de interés prioritario, tendientes a la atención de los hogares afectados por la ola invernal, así como los ubicados en zonas de riesgo y de alto riesgo no mitigable.

Que para la ejecución en forma ágil y oportuna de las acciones a que se refiere el considerando anterior, se requiere facultar al Fondo Nacional de Vivienda –Fonvivienda– para la celebración de contratos de fiducia mercantil en forma directa, a través de los cuales se desarrollen las mismas bajo el régimen de derecho privado.

Que se hace necesario adoptar modificaciones en materia de subsidios de vivienda otorgados y por otorgar a personas afectadas por la ola invernal, con el fin de agilizar su aplicación en proyectos de vivienda de interés social, que se desarrollen para la atención del estado de emergencia económica social y ecológica, por razón de grave calamidad pública,

DECRETA:

CAPÍTULO I.

FACULTADES DE FONVIVIENDA Y EJERCICIO DE LAS MISMAS.

1. Contratar gerencias integrales para la ejecución de proyectos de vivienda de interés social y de Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano (PIDU) en sus componentes de preinversión, inversión, ejecución y evaluación.
2. Contratar la elaboración de estudios para la estructuración técnica, económica, financiera y jurídica de proyectos de vivienda de interés social y de Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano (PIDU).
3. Adquirir lotes de terreno a cualquier título para ser destinados al desarrollo de los proyectos de vivienda de interés social y de Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano

(PIDU).

4. Destinar los recursos necesarios para la adquisición de materiales para desarrollar las obras de urbanismo y la construcción de viviendas de interés social.

5. Construcción y adquisición de viviendas.

6. Asumir los gastos que se generen por los trámites de notariado y registro, en caso de que estos se causen.

ARTÍCULO 2o. CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL. Para el cumplimiento de las funciones asignadas al Fondo Nacional de Vivienda, Fonvivienda, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica, el Director Ejecutivo deberá en su calidad de Representante Legal, celebrar directamente contratos de Fiducia Mercantil con destino a ejecutar actividades en materia de vivienda de interés social destinadas a la atención de los hogares afectados por la ola invernal y aquellos ubicados en zonas de riesgo y de alto riesgo no mitigable.

Los contratos de Fiducia Mercantil a que se refiere este artículo, se registrarán por el derecho privado y no estarán sujetos a las disposiciones contenidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

PARÁGRAFO. Los costos en que se incurra para el manejo de los recursos serán atendidos con cargo a los recursos administrados. En todo caso, Fonvivienda velará porque el objeto del negocio fiduciario se desarrolle por parte de la sociedad fiduciaria en condiciones de transparencia, igualdad, moralidad, celeridad, imparcialidad, libre concurrencia, eficiencia, eficacia, economía y publicidad.

ARTÍCULO 3o. RECURSOS A TRANSFERIR. Autorízase a Fonvivienda, para trasladar recursos a favor de los patrimonios autónomos que se deriven de los contratos de Fiducia Mercantil a que se refiere el artículo segundo del presente decreto.

Los recursos correspondientes a subsidios familiares de vivienda que se revoquen o venzan conforme a la normatividad vigente, deberán ser transferidos a los patrimonios autónomos que se constituyan en aplicación de este decreto, previa incorporación de los mismos al presupuesto de Fonvivienda mediante acto administrativo por parte del Ministerio de

Hacienda y Crédito Público.

ARTÍCULO 4o. INMUEBLES A TRANSFERIR. Las entidades públicas del orden nacional y territorial de carácter no financiero que hagan parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como patrimonios autónomos en liquidación y órganos autónomos e independientes, podrán transferir a los patrimonios autónomos que se constituyan con ocasión de la celebración de los contratos de fiducia mercantil de que trata el presente decreto, bienes inmuebles fiscales o la porción de ellos con vocación para construcción o el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social. Estas transferencias se efectuarán a través de acto administrativo debidamente registrado, sin que tal transferencia le otorgue a la entidad que transfiere la calidad de fideicomitente.

PARÁGRAFO. Previamente a la transferencia de los inmuebles a los patrimonios autónomos, Fonvivienda, directamente o a través de terceros, deberá verificar la viabilidad para el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social de acuerdo con los usos del suelo permitidos para el predio.

ARTÍCULO 5o. TRANSFERENCIA DE OTROS BIENES. Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada u organismos internacionales de cooperación, podrán entregar bienes o transferir recursos, a los patrimonios autónomos que se constituyan en desarrollo del presente decreto, a título gratuito sin que se requiera para ello el requisito de insinuación. Estas transferencias no otorgan a quien transfiere la condición de fideicomitente.

ARTÍCULO 6o. IDENTIFICACIÓN DE HOGARES. Para la identificación y definición de los hogares, en gran parte desplazados, afectados con la ola invernal y a aquellos que habitan en viviendas ubicadas en zonas de riesgo o de alto riesgo no mitigable, que serán beneficiados de los programas que se ejecuten en materia de vivienda de interés social urbana en desarrollo del presente decreto, se tendrá en cuenta la información del censo a que se refiere el Decreto 4702 de 2010 y aquella información adicional que sobre el particular determinen las autoridades competentes.

Los recursos que destine Fonvivienda a los patrimonios autónomos originados en los contratos de fiducia mercantil de que trata este decreto, se individualizarán como subsidios familiares de vivienda a los hogares que se identifiquen como afectados por la ola invernal. Dentro de los factores que se tendrán en cuenta para la asignación de los subsidios en lo

relativo a priorización y monto de los mismos se incluirá la condición de propietario u ocupante que tenía el afectado. El Gobierno Nacional reglamentará los montos, términos y condiciones en que se asignarán dichos subsidios.

CAPÍTULO II.

SUBSIDIOS FAMILIARES DE VIVIENDA.

ARTÍCULO 7o. RÉGIMEN ESPECIAL. Los hogares que con anterioridad a la entrada en vigencia del presente decreto hayan sido beneficiados con el subsidio familiar de vivienda en cualquiera de sus modalidades, cuyas viviendas resultaren afectadas por la ola invernal, debidamente reconocidas por las autoridades competentes, tendrán derecho a acceder nuevamente al subsidio familiar de vivienda.

ARTÍCULO 8o. ALTERNATIVAS DE APLICACIÓN DE SUBSIDIOS FAMILIARES DE VIVIENDA ASIGNADOS. Aquellos hogares con subsidio familiar de vivienda otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4580 de 2010, cuyos recursos se encuentran depositados en cuentas de ahorro programado y aquellos cobrados anticipadamente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 59 del Decreto 2190 de 2009, respecto de los cuales no se haya efectuado ningún desembolso al oferente, que hayan sido afectados por la ola invernal, debidamente identificados conforme a lo dispuesto en el artículo sexto del presente decreto, podrán ser aplicados en cualquier proyecto de vivienda de interés social o prioritario.

ARTÍCULO 9o. VIGENCIA. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.”

III. INTERVENCIONES RECIBIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Presidencia de la República.

Dentro del término legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República mediante escrito del 27 de enero de 2011, intervino en este trámite para solicitar la exequibilidad de la totalidad del Decreto Legislativo No. 4832 del 29 de diciembre de 2010 “por el cual se dictan disposiciones en materia de vivienda para hacer frente a la emergencia económica, social y ecológica nacional”.

1.1 Argumentó la interviniente que “el Decreto 4832 de 2010 respetó fielmente los requisitos constitucionales y jurisprudenciales de carácter formal: i) fue expedido por el Presidente de la República, en cumplimiento de sus facultades constitucionales y legales; ii) cuenta con la firma de todos los Ministros; iii) está debidamente motivado; iv) fue dictado durante el límite temporal establecido en el artículo 1° del Decreto 4580 de 2010; y v) fue remitido oportunamente a la Corte Constitucional para su revisión” con lo cual se acreditan los presupuestos de competencia y temporalidad.

1.2 Consideró que “de conformidad con la Constitución, los tratados internacionales y la ley, el Decreto 4832 de 2010 se adecua a los presupuestos materiales exigibles a los decretos legislativos que desarrollan el estado de emergencia económica, social y ecológica declarada en el territorio nacional”. Así argumentó que:

“a. Su finalidad es conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

b. Las disposiciones del decreto guardan una relación y conexión directa y específica con la declaratoria de emergencia: establece herramientas concretas para que puedan ejecutarse acciones en materia de vivienda, para atender a los hogares afectados por la ola invernal. Dichas herramientas son: (1) de carácter operativo, en el sentido de dar a Fonvivienda facultades precisas para contratar la gerencia de proyectos y para construir o adquirir directamente viviendas y lotes de terreno, (2) de carácter financiero, en cuando diseña mecanismos para garantizar económicamente la viabilidad de los proyectos, a través de mecanismo ágiles como la celebración de fiducias mercantiles.

c. El decreto supera también el análisis de: i) suficiencia, pues se encamina a conjurar directa y específicamente la grave perturbación por calamidad pública: su objetivo consiste en atender a los hogares afectados y que actualmente perdieron sus viviendas o están en riesgo de perderlas; ii) necesidad, pues las disposiciones consagradas son herramientas indispensables para la ejecución de proyectos de vivienda, que permitan reubicar a las familias afectadas. iii) proporcionalidad, pues tiene una finalidad constitucionalmente legítima, como es la protección de la vivienda digna (artículo 51 Superior) sin que exista una restricción de derechos constitucionales.

d. El Decreto 4832 no afecta la prevalencia de los tratados internacionales, respeta el ámbito intangible de los derechos y libertades, y no restringe el funcionamiento de las ramas del

poder público ni modifica los organismos y funciones básicas de acusación. En ese orden de ideas, la norma sometida a control de la Corte Constitucional resulta ajustada al texto superior. De ese modo, debe ser declarada su constitucionalidad”. (Subrayado del texto)

1.3 Frente a la conexidad de la medida señaló la Presidencia de la República, que es de público conocimiento que el fenómeno de La Niña 2010-2011, produjo una considerable destrucción de inmuebles y, que se interrumpió la prestación de los servicios públicos esenciales en el territorio nacional. Debido a ello, numerosas familias pobres colombianas que se encontraban ubicadas en zona de alto riesgo y de riesgo no mitigable fueron afectadas por la ola invernal, en gran parte desplazadas, por lo cual constituyen una población susceptible de reubicación prioritaria, todo lo cual hace evidente la necesidad de adoptar medidas que permitan fortalecer al Fondo Nacional de Vivienda -Fonvivienda-, para poder actuar de forma inmediata en los casos de vivienda de interés prioritaria. Indica la representante de la Presidencia que existen más de dos millones de personas afectadas, de las cuales, gran parte han visto afectado su derecho a la vivienda digna, ya sea por su destrucción o por encontrarse en zonas de alto riesgo o de alto riesgo no mitigable.

1.4. En relación con la finalidad y justificación de la medida agregó la presidencia que mediante la expedición del Decreto 4832 del 29 de diciembre de 2010, se otorgan al Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA, facultades para:

1.4.1 “contratar gerencias integrales para la ejecución de proyectos de vivienda de interés social y de proyectos generales de desarrollo urbano (PIDU), en sus componentes de preinversión, inversión, ejecución y evaluación. El propósito de esta medida es permitir que Fonvivienda, previa identificación y postulación de la población afectada, asigne subsidios e inmediatamente los gire a los proyectos para agilizar la financiación de las construcciones y obras correspondientes.”

1.4.2 “Contratar la elaboración de estudios para la construcción técnica, económica, financiera y jurídica de proyectos de vivienda e interés social y de proyectos integrales de desarrollo urbano (PIDU). La finalidad de esta disposición es prestar apoyo a las entidades territoriales en el componente previo de preinversión y definición de proyectos de vivienda de interés social, así como de proyectos integrales de desarrollo urbano (PIDU)”.

1.4.3 “Adquirir lotes de terreno a cualquier título para ser destinados al desarrollo de los

proyectos de vivienda de interés social y de proyectos integrales de desarrollo urbano (PIDU). Ante la imposibilidad de destinar bienes fiscales o la ausencia de transferencia de terrenos aptos para vivienda y con el fin de dar celeridad a la reubicación y construcción de nuevas soluciones, Fonvivienda o la estructura fiduciaria ejecutora de los proyectos pueden considerar y decidir más ágilmente la adquisición de lotes de terreno con las especificaciones necesarias para desarrollar proyectos VIS, prioritaria, y PIDU.”

1.4.4 “Destinar los recursos necesarios para la adquisición de materiales para desarrollar obras de urbanismo y la construcción de viviendas de interés social. La finalidad y propósito de esta norma es apoyar el cierre financiero del proyecto, de tal forma que cuando se cuente con terrenos aptos para el desarrollo y ejecución de proyectos de vivienda, se ejecuten las obras de urbanismo necesarias y la construcción de vivienda, que permita dar solución eficaz en materia de vivienda a los afectados.”

1. “Construcción y adquisición de viviendas. Con esta facultad otorgada a Fonvivienda, se consagra una alternativa adicional y extraordinaria, para que Fonvivienda o la estructura fiduciaria ejecutora de los proyectos puedan evaluar y decidir sobre la adquisición de viviendas ya construidas que permitan reubicar un número determinado de afectados tratándose de municipios que no requieran el desarrollo de proyectos de vivienda a gran escala o en los casos en que no exista disponibilidad inmediata de lotes para el desarrollo de proyectos VIS, prioritaria y PIDU.”

1. “Asumir los gastos que se generaron por los trámites de notariado y registro, en caso de que estos se causen. Esta norma permite que no se imponga una carga económica a los hogares afectados, permitiendo que Fonvivienda contribuya a los gastos que se deriven como producto de la legalización de la transferencia de los inmuebles a los hogares afectados, facilitando el proceso de tradición efectiva de los inmuebles.”

Finalmente, la disposición en estudio señaló dos puntos importantes: i. Autorizar a aquellos que con anterioridad habían obtenido el subsidio de vivienda de interés social, pero que fueron afectados por la ola invernal, a acceder a un nuevo subsidio, con el objetivo de

garantizar a este grupo de personas su derecho a la vivienda y; ii. que quien hubiese obtenido el derecho al subsidio y, no lo hubiese utilizado, tuviese acceso a los proyectos de Fonvivienda, con el propósito de garantizar el derecho a la vivienda en su condición de víctima del invierno entre el año 2010-2011.

En esos términos, la Presidencia estima que se demuestra que la medida está dirigida a la reparación, reconstrucción y reubicación de personas afectadas por la ola invernal “a fin de proporcionar soluciones habitacionales de manera efectiva”.

1.5 Respecto del requisito material de necesidad, la Presidencia presenta cifras estadísticas, en las que se refleja que más de la mitad de la afectación de vivienda de los últimos siete años tiene origen en los efectos de la ola invernal a nivel nacional, que afectó en especial a las regiones Andina, Caribe y Pacífico, con el fin de precisar que la situación de calamidad pública originada en el fenómeno de “La Niña” hace necesaria la construcción y reconstrucción de viviendas, pues de no hacerse, la respuesta a esta crisis sería lenta y poco progresiva, y no correspondería a la necesidad de la emergencia y la situación de muchas familias en Colombia, siendo en la actualidad el presupuesto y funciones preestablecidas a Fonvivienda insuficientes para cubrir la declaración de emergencia, con lo cual se dejarían desamparados los derechos constitucionales de las 340.736 familias que perdieron su vivienda.

Se indica que desde la creación del Fondo Nacional de Vivienda, cada año se asignan subsidios de vivienda familiar para aquellas familias afectadas por situación de desastre natural, calamidad pública o emergencias de origen natural, en cumplimiento del Decreto 2480 de 2005, pero los mismos están sujetos a la oferta de vivienda de cada municipio, de manera que en la actualidad diferentes subsidios no han sido asignados ni desembolsados, por ausencia de oferta de vivienda. Esta situación originó una modificación al esquema mediante el Decreto 4587 de 2008, por el cual se solicitó como requisito al beneficiario presentar un proyecto que garantizara condiciones óptimas desde el punto de vista técnico, jurídico y financiero para reducir el margen entre la oferta y la demanda. Sin embargo, este mecanismo resulta ineficaz para garantizar protección a las familias afectadas por la emergencia.

1.6 En cuanto al criterio de proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Decreto 4832

de 2010, la Presidencia señala que estas son proporcionales a la finalidad constitucional establecida en el artículo 51 de la Constitución Política de Colombia, frente a la protección de una vivienda digna y el deber del Estado de colaborar con el desarrollo de proyectos encaminados para la obtención de ésta. De no implementarse este esquema, la respuesta a la emergencia sería muy lenta y poco eficaz. No niega la Presidencia que a través de los decretos 2480 de 2005 y 4587 de 2008 se haya prestado ayuda a los diferentes damnificados de catástrofes ambientales, pero no es posible cubrir los daños causados por la ola invernal. Por las cifras arrojadas se logra demostrar que sólo con esta crisis se afectó el 55% de las viviendas del país.

Por todo lo anterior, la Presidencia de la República solicita se declare la exequibilidad del Decreto 4832 de 2010 por la Corte Constitucional.

2. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial señaló que el Decreto Legislativo 4832 del 29 de diciembre de 2010 “por el cual se dictan disposiciones en materia de vivienda para hacer frente a la emergencia económica, social y ecológica nacional” cumple con los requisitos formales y materiales exigidos por la Constitución y la Ley, por lo cual solicita se declare exequible. El interviniente argumentó lo siguiente:

2.1 El decreto legislativo cumple en su integridad con los presupuestos constitucionales y legales de contenido formal, por cuanto: a) está suscrito por el Presidente de la República y por todos sus ministros (suscripción); b) se expidió dentro del límite temporal establecido en el artículo segundo del Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010 que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública (oportunidad); c) contiene una parte considerativa que explica las razones de las medidas allí adoptadas (motivación); d) no limita ni restringe el ejercicio de derechos constitucionales (vigencia de derechos) y e) no suspende en su totalidad leyes vigentes (motivación de incompatibilidad).

2.2 El decreto legislativo analizado cumple a cabalidad con el requisito material, en razón a que satisface los presupuestos que ha establecido la jurisprudencia constitucional de conexidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad.

2.2.1 El decreto analizado cumple con los requisitos de conexidad externa e interna.

La conexidad interna se cumple, pues las medidas adoptadas en el Decreto 4832 del 2010 se relacionan de manera directa y específica con las consideraciones contenidas en el mismo. Así, se motivó el decreto en razón a que el fenómeno de La Niña 2010-2011 destruyó inmuebles, interrumpió la prestación de servicios públicos esenciales; que numerosas familias habitan viviendas ubicadas en zonas de riesgo y alto riesgo no mitigable afectados por la ola invernal enfrentan una grave e inminente amenaza para sus vidas, por lo cual constituye una población susceptible de reubicación prioritaria; que se hace necesario fortalecer a Fonvivienda para ejercer las acciones en materia de vivienda de interés prioritario, tendientes a la atención de hogares afectados por la ola invernal, así como los ubicados en zonas de riesgo y de alto riesgo no mitigable; que se requiere facultar a Fonvivienda para constituir una fiducia mercantil y que los subsidios otorgados o por otorgar se agilicen en proyectos de vivienda de interés social que se desarrollen para la atención del estado de emergencia económica, social y ecológica.

Las motivaciones aducidas en el Decreto 4580 y 4832 de 2010 tienen relación con las nuevas funciones de Fonvivienda, la asignación de un nuevo subsidio de vivienda y la aplicación de subsidios asignados y no desembolsados con anterioridad a la emergencia.

2.2.2 Por el Decreto 4832 de 2010 se dotó a Fonvivienda de mecanismos para administrar y destinar recursos con celeridad. Así, puede: a) contratar gerencias para la ejecución de proyectos de vivienda de interés social y proyectos integrales de desarrollo urbano, de esta manera asigna subsidios e inmediatamente los gira a los proyectos; b) contratar la elaboración de estudios para la estructuración técnica, económica, financiera y jurídica de los mencionados proyectos, a fin de apoyar a las entidades territoriales en el competente de preinversión y definición de los mencionados proyectos; c) adquirir lotes de terreno a cualquier título para ser destinados al desarrollo de los mencionados proyectos, lo anterior ante la imposibilidad de destinar bienes fiscales o la ausencia de transferencia de terrenos aptos para vivienda; d) destinar recursos para la adquisición de materiales, con el fin de apoyar el cierre financiero al proyecto y se ejecuten las obras de urbanismo necesarias y la construcción de vivienda; e) construcción y adquisición de viviendas ya construidas que permitan reubicar un número de afectados de municipios que no requieran el desarrollo de proyectos a gran escala y f) asumir los gastos que se generen por trámites de notariado y

registro, con el fin de contribuir a los gastos de los hogares afectados.

Este decreto también establece mecanismos ágiles para la incorporación de bienes y recursos para la reconstrucción en materia de vivienda. Así, se faculta a Fonvivienda a celebrar contratos de fiducia mercantil conforme a las normas de derecho privado; se permite la transferencia de bienes fiscales y de particulares con vocación de construcción y se habilita la transferencia de recursos a los patrimonios autónomos por concepto de subsidios familiares de vivienda que se revocan o venzan.

El decreto permite que los hogares afectados que habían sido beneficiarios de un subsidio familiar de vivienda con anterioridad, puedan volver a acceder al aporte en aras de superar la situación de crisis. Al igual que permite que los hogares afectados por la emergencia que se beneficiaron con anterioridad a la expedición del decreto con un subsidio que no fue utilizado, aplicarlo a cualquier forma de vivienda prioritaria.

2.2.3 Las medidas adoptadas por el Decreto 4832 del 2010 son necesarias, “en tanto el modelo ordinario resulta ser insuficiente para hacer frente a las circunstancias excepcionales e inminentes que sustentan la emergencia” además “guardan coherencia con los principios de concurrencia, subsidiariedad y coordinación que rigen la autonomía de las entidades territoriales”.

Se hace necesario establecer mecanismos ágiles para incorporar bienes y recursos para la reconstrucción en materia de vivienda, para lo cual: se otorgó a Fonvivienda la facultad de adquirir a cualquier título bienes para el desarrollo de soluciones habitacionales, con el único propósito de conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos; se adoptó una medida para que los recursos correspondientes a subsidios de vivienda que venzan o revocan y, que de otra manera deberían regresar al tesoro nacional sin la posibilidad de ser reinvertidos, retornen a Fonvivienda con el fin de invertirlos en proyectos de vivienda en beneficio de los hogares afectados por la emergencia; y se permite a las familias que perdieron su solución habitacional subsidiada, recibir apoyo económico mediante el otorgamiento de un nuevo subsidio.

2.2.4 Las medidas adoptadas en el Decreto 4832 del 2010 son proporcionales frente a la gravedad de los hechos que se pretenden conjurar.

El Fondo Nacional de Vivienda en cumplimiento del Decreto 2480 de 2005¹ ha realizado asignaciones de subsidios familiares de vivienda para las familias afectadas por situación de desastre, calamidad pública o emergencias de origen natural, exigiendo como único requisito la presentación del censo refrendado por la Dirección de Gestión del Riesgo del Ministerio del Interior y la declaratoria de desastre natural o calamidad pública, en este supuesto los hogares afectados, para aplicar al subsidio, dependían de la oferta que encontraran en los municipios. El Decreto 4587 de 2008² que modificó el Decreto 2480 de 2005, para la asignación de subsidios familiares de vivienda creó el requisito adicional que consiste en la presentación de un proyecto que garantice condiciones óptimas desde el punto de vista técnico, jurídico y financiero.

Para el año 2010 el monto de los recursos destinados para atender a la población afectada por situaciones de desastre natural o calamidad pública ascendió a 25.848 millones de pesos. La previsión de estos recursos resultó insuficiente para atender la cantidad de viviendas destruidas y afectadas las cuales al 20 de enero de 2011 ascienden a 340.736 (ver cuadro).

Año

Viviendas Destruídas

Viviendas Avariadas

Total Viviendas

Afectadas

2003

2.116

16.812

18.928

2.206

49.068

51.274

2005

12.724

50.475

63.199

2006

3.291

53.999

57.290

2007

3.750

39.317

43.067

2008

7.158

142.531

149.689

2009

3.147

60.725

63.872

2010 / 2011

5.325

335.411

340.736

TOTAL

39.717

748.338

788.055

El ciudadano Hernando Robles Villa intervino en este proceso de constitucionalidad. Expuso que “algunas perspectivas interrelacionadas entre el medio ambiente y hechos acaecidos (...) pueden o están siendo afectados o agravados por una normatividad incompleta, mal concebida o mal aplicada, lo (sic) cual amerita ser revisada (...), para que como resultado de ello, surjan los ajustes legales o las recomendaciones pertinentes ante quienes corresponda”.

Agregó el interviniente “son de la materia general los siguientes conceptos, los cuales me permito transmitirlos a continuación: 1. Maximizar la gobernabilidad ambiental (...). 2. Imponer la idoneidad técnica sobre la materia, calificada y saturada (...). 3. Aplicar el concepto de autoridad de cuenca diferenciándola de la autoridad ambiental (...). 4. Precisar los caudales ecológicos mínimos de las corrientes fluviales del territorio, de manera que las

aguas residuales llegadas a ellas no precipiten impactos negativos, severos ni caóticos. 5. Afianzar el dominio público de las aguas (...). 6. Imponer el concepto de Cuenca Hidrográfica Compartida (...). 7. Mantener Invulnerable a la autoridad ambiental de la captura por los regulados. 8. Eliminar la ambigüedad de las normas sobre la calidad, uso y procedimientos regulatorios, haciéndolas claras y precisas. 9. Tutelar la calidad de recurso hídrico preferenciando el consumo humano y el desarrollo ecológico e la cuenca servida; (...) 10. Establecer metas de desarrollo sostenible (...). 11. Ampliar la importancia y el manejo correcto de las obras hidráulicas (...) 12. Ampliar la importancia del uso, conservación y preservación de las aguas (...) 13. Extremar el rigor de la Administración de las Aguas y Cauces dentro de las facultades que se le ha entregado al gobierno en el Decreto legislativo 2811-74 (...), 14. Incluir dentro de la dirección de las CARs las asociaciones de usuarios de aguas (...) 15. Extremar las sanciones con la visión ya precisada en los Art. 163 y 339 del Decreto legislativo 2811-74”.

IV. MINISTERIO PÚBLICO.

El Procurador General de la Nación rindió en término el concepto de su competencia, mediante el cual solicitó declarar EXEQUIBLE el Decreto Legislativo 4832 de 2010.

Advirtió que en el “concepto 5080 rendido en el trámite del expediente RE- 171 se solicitó a la Corte declarar exequible el Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010 ‘por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por razón de grave calamidad pública’. Por tanto, los decretos dictados dentro de este caso de emergencia, como el que ahora se examina, serán objeto de análisis tanto en su proceso de formación como en su contenido por el Ministerio Público, en los términos establecidos en la carta”.

Señaló que no se advierten vicios de forma, por cuanto “el Decreto 4832 del 21 (sic) de diciembre de 2010, está suscrito por el Presidente de la República y todos los ministros (...), se dictó en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 215 Superior, en desarrollo del estado de emergencia declarado en el Decreto 4580 de 2010, con el fin de adoptar medidas tendientes a conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos” y “ las motivaciones del decreto bajo examen están encaminadas a permitir a las familias afectadas por el desastre acceder a una vivienda segura y digna, que es un elemento esencial para poder desarrollar sus planes o proyectos de vida (...). Por lo tanto se cumple con el requisito

de motivación suficiente, al tenor de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 137 de 1994 (...).”.

Manifestó en lo que respecta al contenido material que las “medidas adoptadas en el decreto bajo estudio (...) buscan adecuar al Fondo Nacional de Vivienda –FONVIVIENDA- para brindar a la población afectada, de manera pronta y eficaz, la ayuda que requieren con urgencia”.

Agregó que “el examen puntual del Decreto 4702 de 2010 revela que esta normatividad armoniza con algunas motivaciones invocadas en el Decreto 4580 de 2010, en especial con las contenidas en los considerandos 1.1, 1.4, 1.6, 2, 3.1 a 3.5, 3.7, 3.9, 3.12 a 3.16, 3.18 y 3.19. Por ello, se advierte conexidad formal entre el decreto examinado y las circunstancias que motivan la declaratoria de la emergencia, conforme lo precisa la Corte en las Sentencias C-179 de 1994 y C- 216 de 1996”.

Finalmente, consideró que “del contenido del Decreto 4832 de 2010, vale la pena destacar la facultad que en el inciso segundo del ARTÍCULO SEXTO se atribuye al Gobierno Nacional, para reglamentar los montos, términos y condiciones para asignar a los damnificados los subsidios de vivienda. Y vale la pena hacerlo, porque el acceso a los damnificados por el desastre a los programas de vivienda y, en último término, a la vivienda misma, queda supeditado a la existencia de dicho reglamento. Por ello, no sobra advertir que al momento de citar este reglamento, el Gobierno Nacional y, en especial, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, debe aplicar los principios de igualdad, eficacia y celeridad, previstos en el artículo 13 y 209 superiores”.

Por lo demás, el Ministerio Público no efectuó ninguna otra observación.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Competencia.

1. El Decreto 4832 de 29 diciembre de 2010, fue dictado por el Gobierno Nacional en desarrollo del Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010 por el cual se decretó el estado de emergencia con fundamento en las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, razón por la cual la Corte Constitucional es competente para efectuar la revisión automática y forzosa de su constitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 241 numeral 7 de la Carta Política y, por el artículo 36 del Decreto 2067 de 1991.

Declaratoria de exequibilidad del Decreto 4580 de diciembre de 2010.

2. Mediante la sentencia C-156 de 2011, la Corte Constitucional encontró exequible el Decreto 4580 de 2010 por el cual se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y ecológica con el fin de conjurar la grave situación de calamidad pública ocurrida en el país por la ola invernal que se viene presentando a causa del fenómeno de “La Niña”.

Confirmó la Corte Constitucional que con ocasión de este fenómeno natural, si bien predecible en cuanto a su ocurrencia, imprevisible e irresistible en cuanto a su duración e intensidad, se presentaron consecuencias desastrosas a nivel social, económico y ecológico, a partir del mes de noviembre de 2010, las cuales fueron conocidas por todo el país y documentadas por todos los medios de comunicación, circunstancias sin lugar a dudas constitutivas de una grave calamidad pública. Para el efecto, el Gobierno Nacional hizo uso de todos los recursos a su alcance para conjurar la crisis producida, al declarar la situación de desastre de que trata el Decreto 919 de 1989. No obstante, el volumen de las precipitaciones, la exacerbación súbita del fenómeno y las dimensiones inconmensurables de las secuelas sufridas, hicieron insuficientes y exiguas las medidas ordinarias -presupuestales, institucionales y normativas.

En esos términos, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4580 de 2010, por el cual se fijó un marco de necesidades urgentes e inmediatas a acometer, de allí que los decretos legislativos que se expidan con ocasión de aquel deben sujetarse no sólo a la Constitución sino a dichos parámetros.

En consecuencia, al ser expedido el Decreto 4832 de 29 de diciembre de 2010, en ejercicio de las competencias derivadas de aquel decreto, la Corte Constitucional pasa a adelantar el control material de sus disposiciones.

Requisitos Formales.

3. El Decreto 4832 del 2010, cumple las exigencias formales establecidas por el artículo 215 de la Constitución Política: i) Fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales; ii.) dentro del límite temporal de treinta (30) días

establecido en el artículo 1º del Decreto 4580 de 2010, por el cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica originado en la grave situación de calamidad pública derivada de la ola invernal causada por el “Fenómeno de la Niña”; iii) cuenta con la firma del Presidente de la República y todos sus Ministros; iv) fue oportunamente remitido a la Corte Constitucional para su revisión, ya que fue expedido y publicado en el Diario Oficial N° 47. 937 el día 29 de diciembre de 2010 y radicado en la Secretaría de esta Corporación el día 30 de diciembre del mismo año.

Aspectos Materiales.

Problema jurídico.

4. El Decreto 4832 del 29 de diciembre de 2010, radica una serie de competencias en cabeza del Fondo Nacional de Vivienda como: i. “contratar gerencias integrales para la ejecución de proyectos de vivienda de interés social y de proyectos generales de desarrollo urbano (PIDU), en sus componentes de preinversión, inversión, ejecución y evaluación”, ii. “Contratar la elaboración de estudios para la construcción técnica, económica, financiera y jurídica de proyectos de vivienda de interés social y de proyectos integrales de desarrollo urbano (PIDU)”, iii. “Adquirir lotes de terreno a cualquier título para ser destinados al desarrollo de los proyectos de vivienda de interés social y de proyectos integrales de desarrollo urbano (PIDU), iv. “Destinar los recursos necesarios para la adquisición de materiales para desarrollar obras de urbanismo y la construcción de viviendas de interés social.”. v. “Construcción y adquisición de viviendas”. vi. “Asumir los gastos que se generen por los trámites de notariado y registro, en caso de que estos se causen” y, vii. Autorizar a aquellos que con anterioridad habían obtenido el subsidio de vivienda de interés social, pero que fueron afectados por la ola invernal, a acceder a un nuevo subsidio y, a quienes hubiesen obtenido el derecho al subsidio y no lo hubiesen utilizado, acceder a los proyectos de Fonvivienda, en su condición de víctima del invierno entre los años 2010 y 2011.

5. En esos términos, corresponde a esta Corporación resolver si las disposiciones contenidas en el Decreto 4832 de 2010, promulgado por el Presidente de la República en virtud de la emergencia social, económica y ecológica declarada por medio del Decreto 4580 de 2010, se ajustan a la Constitución y a la Ley estatutaria que regula los estados de excepción (Ley 137 de 1994).

En efecto, considera la Corte de la mayor importancia antes de adentrarse en el examen formal y material de las medidas previstas en el Decreto 4832 de 2010, recordar el concepto de “vivienda digna” y la posición que sobre el mismo ha desarrollado esta corporación, entender el alcance del concepto de “vivienda de interés social” y cómo éste esquema opera en condiciones de normalidad tanto en el nivel central a través del Fondo Nacional de Vivienda, como en el orden territorial a partir de las competencias radicadas en municipios y distritos, para finalmente revisar el mecanismo de reubicación de asentamientos humanos y vivienda de interés social en condiciones de crisis, calamidad y emergencia que ofrece la ley ordinaria, todo ello con el fin de contar con todos los elementos de juicio necesarios para calificar la constitucionalidad de las medidas que este decreto ofrece para conjurar la crisis que en materia de vivienda produjo la ola invernal causada por el fenómeno de La Niña en todo el territorio nacional.

Control de constitucionalidad sobre los decretos legislativos que se expiden por parte del Gobierno durante el estado de emergencia económica, social o ecológica. Reiteración de jurisprudencia.

7. Como reiteradamente lo ha señalado la Corte, únicamente dentro del respeto a los principios constitucionales es posible entender como legítima la utilización de los poderes excepcionales en cabeza del Ejecutivo. Los límites constitucionales en este caso tienen origen en varias fuentes, a saber: (i) el texto de la Constitución Política; (ii) la Ley estatutaria de los estados de excepción, y (iii) los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, en especial los que por su función prevalecen en el orden interno en virtud del artículo 93 de la Carta³. De esta forma en varias providencias, entre ellas, las sentencias C-149 de 2003 y C-225 de 2009, se sistematizan los pasos metodológicos que han de realizarse en un juicio de constitucionalidad de medidas excepcionales:

“2.2.1. El juicio de conexidad material, que estudia si las medidas adoptadas se refieren a la misma materia de las causas que justificaron la declaratoria del estado de excepción. Este juicio lo establece expresamente el artículo 215 de la Carta y ha sido desarrollado por la Ley Estatutaria de Estados de Excepción.

Específicamente respecto de las medidas concebidas en un estado de emergencia económica y social, la conexidad puede ser definida de acuerdo a dos elementos:

(i) las medidas han de estar dirigidas exclusivamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. De esta manera, el objetivo de las medidas únicamente ha de ser el de superar la emergencia por la que se declaró la excepción. No es admisible una medida que tenga otras finalidades.

(ii) En cuanto a la materia sobre la cual tratan las medidas adoptadas, ésta ha de tener una relación directa y específica con los temas de que trata la crisis que se intenta afrontar. No son aceptables las medidas sobre temas que no tienen una correspondencia de causalidad inmediata (en términos causales) y concreta con el asunto pro el cual se declaró la emergencia.

2.2.2. Un juicio de ausencia de arbitrariedad, consistente en establecer si la medida adoptada desconoce alguna de las prohibiciones expresamente establecidas en la Constitución para el ejercicio de las facultades excepcionales.

2.2.3. Un juicio de intangibilidad,[16] orientado a verificar si la medida adoptada respeta los derechos intangibles cuyo núcleo esencial es intocable, según lo dispuesto en la Constitución, los tratados internacionales y la Ley estatutaria de los estados de excepción.

2.2.4. Un juicio de no contradicción específica, de acuerdo al cual se analiza si las medidas del Ejecutivo están dentro de los demás límites que establecen la Constitución y los tratados internacionales durante la vigencia de un estado de excepción. Específicamente respecto de las situaciones de emergencia económica, social o ecológica, el gobierno tiene las facultades enunciadas en los artículos 47 y 49 de la Ley 137 de 1994[17]. A su vez, la constitucionalidad del ejercicio de tales facultades depende de que no exista una contradicción específica con la Constitución y los tratados internacionales. Ello se aprecia en cada caso teniendo en cuenta que un estado de excepción permite excepciones a las reglas generales siempre que no se afecten los límites anteriormente señalados.

Tras cumplir los requisitos anteriores, que “versan únicamente sobre violaciones groseras de la Constitución”, los decretos de facultades legislativas excepcionales han de ajustarse a las condiciones establecidas en los artículos 8, y 10 a 14 de la Ley estatutaria de estados de excepción. Estas corresponden a los siguientes juicios:

2.2.5. El juicio de finalidad, dirigido a verificar que cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos esté “directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos” (artículo 10 de la Ley 137 de 1994).

2.2.6. El juicio de motivación suficiente, dirigido a constatar que el gobierno haya apreciado “los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales” y expresado razones suficientes para justificar tales limitaciones (artículo 8 de la Ley 137 de 1994).

2.2.7. El juicio de necesidad, según el cual las medidas adoptadas han de ser “necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción” (artículo 11 de la Ley 137 de 1994). Según lo ha establecido la Corte, “este juicio versa sobre la relación de necesidad entre el fin buscado y el medio empleado para alcanzarlo. [...] [C]omprende dos partes en las cuales se juzga si el Presidente [...] incurrió en un error manifiesto de apreciación acerca de la necesidad de la medida: a) el juicio de necesidad fáctica, orientado a examinar si las medidas adoptadas [...] son necesarias para superar las causas de la crisis [...] o impedir la extensión de sus efectos; y b) el juicio de necesidad jurídica, o juicio de subsidiariedad, dirigido a establecer si existen normas que regulen situaciones similares en tiempos de normalidad y, en caso afirmativo, si estas medidas ordinarias preexistentes son idóneas para enfrentar la situación excepcional.[20]”

2.2.8. Un juicio de incompatibilidad, mediante el cual se verifica si el Gobierno Nacional ha expresado “las razones” por las cuales las normas ordinarias suspendidas “son incompatibles con el correspondiente estado de excepción” (artículo 12 de la Ley 137 de 1994).

2.2.9. Un juicio de proporcionalidad, dirigido a examinar si las medidas adoptadas durante el estado de excepción son excesivas. Las medidas han de “guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar” y a las limitaciones que se impongan al ejercicio de los derechos y libertades “sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad” (artículo 13 de la Ley 137 de 1994). A su vez, de acuerdo a la norma citada, el análisis de proporcionalidad cuenta con dos juicios diferentes. El primero de ellos, consiste en estudiar la relación entre los costos de la medida adoptada en términos de limitaciones de intereses constitucionales y la gravedad de los hechos que busca conjurar. Por ejemplo, no sería aceptable la creación de un

instrumento excepcional que restringe drásticamente los derechos constitucionales con el fin de contrarrestar marginalmente la crisis. El segundo juicio verifica que no existe una restricción innecesaria de los derechos, dado que esta limitación “sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad.” Por ejemplo, si existen un medio exceptivo menos lesivo en cuanto a las limitaciones a los derechos, y a la vez, igual o más efectivo que la medida escogida, ésta última sería desproporcionada y por ende inexecutable. La Corte ha establecido que el principio de proporcionalidad “es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. (...)”

2.2.10. Un juicio de no discriminación, que estudia que las medidas no son discriminatorias por razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica (artículo 14 de la Ley 137 de 1994). Así, el derecho a la igualdad mantiene su vigencia durante un estado de excepción.”

8. Ahora bien, la jurisprudencia ha establecido que “cuando una disposición contraviene prima facie algunos de los límites mencionados, es decir, cuando a primera vista no pasa uno de los juicios enunciados, la Corte, sin seguir necesariamente cada uno de los pasos metodológicos sintetizados anteriormente, declara la inexecutable de la norma correspondiente”⁴.

Efectuadas estas precisiones pasa la Corte a reiterar el concepto de vivienda digna, a revisar el concepto de “vivienda de interés social” y lo que se entiende por “proyectos integrales de desarrollo urbano”, así como a revisar las funciones actuales y operativas del Fondo Nacional de Vivienda y las competencias nacionales y territoriales en materia de vivienda, de manera previa al análisis formal y material del Decreto 4832 de 2010.

El derecho a la vivienda digna.

9. La Constitución Política estableció en su artículo 51 Superior que “todos los colombianos tiene derecho a una vivienda digna”. En los mismos términos, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a toda su familia, la salud y el bienestar, y

en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (subrayado fuera de texto).

10. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la vivienda digna constituye un derecho complejo, pues por un lado evidencia los rasgos típicos de los derechos prestacionales y, por otro, comporta las características propias de un derecho fundamental. En relación con su carácter prestacional, el derecho a la vivienda digna debe ser progresivo, es decir que sólo puede producir efectos una vez se reúnan las condiciones objetivas que lo hagan posible. En ese orden, debe ser desarrollado por el legislador y promovido por el Ejecutivo a través de los entes asociativos creados para el efecto⁵.

11. De allí que al Estado se le imponga el deber de organizar, de acuerdo con sus posibilidades fiscales y de gestión, los sistemas y procedimientos específicos para atender la demanda de vivienda⁶. En esos términos, el ejercicio de este derecho demanda un desarrollo legal previo, de forma que la Administración facilite la adquisición de vivienda, especialmente a sectores inferiores y medios de la sociedad, en los que aparezca un déficit de este servicio a partir de la imposición de cargas recíprocas, según las cuales, a los particulares les corresponderá cumplir con una serie de requisitos para ser beneficiarios de un subsidio⁷.

12. No obstante, en ciertos casos la Corte Constitucional ha reconocido a este derecho la entidad de derecho fundamental, a partir de su conexidad con el derecho a la dignidad humana⁸. Es posible verificar esta conexidad cuando las condiciones de la vivienda pueden poner en riesgo la vida, por ejemplo, cuando aquella amenace ruina⁹ o por la peligrosidad del lugar en el cual se asienta debido a condiciones como la inestabilidad del terreno o por su ubicación en zonas de conflicto, circunstancias que impiden la realización plena de éste y otros derechos fundamentales¹⁰.

13. La sentencia C-936 de 2003, señaló que es necesario asegurar condiciones de habitabilidad, es decir, garantizar que la vivienda corresponda a un lugar en que las personas puedan guarecerse de las inclemencias ambientales y proyectar su vida en sociedad, lo cual impone unas condiciones mínimas de espacio, calidad de la construcción, acceso a servicios públicos, para lo cual, deben darse las garantías de goce, mediante las cuales el Estado debe crear sistemas adecuados que permitan la adquisición de vivienda a precios razonables acordes con el nivel de ingresos de la población y procurar una oferta adecuada de vivienda

frente a grupos en estado de vulnerabilidad. Por tal razón, la sentencia T-585 de 2006 señaló que los contenidos conceptuales del concepto de vivienda digna están relacionados con: i. aspectos materiales para disfrutarla y ii garantías de goce.

Concepto de vivienda de interés social. Competencias nacionales y territoriales.

14. Por lo expuesto y, en desarrollo del artículo 51 de la Carta, se estableció una novedosa modalidad dirigida a que la población con menos capacidad de pago tuviese acceso a una vivienda digna a partir del concepto de “vivienda de interés social”, esto es, vivienda dirigida a los estratos 1 y 2 –principalmente-, a partir de un subsidio promovido por el Estado. En esos términos, la Ley 338 de 1997 en su artículo 91 prescribió que “se entiende por viviendas de interés social aquellas que se desarrollen para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos”.

15. A propósito de esta categoría de vivienda, es en el Plan Nacional de Desarrollo en donde se debe precisar los tipos de vivienda a subsidiar y sus precios, teniendo en cuenta factores como el déficit habitacional, la oferta, el acceso a crédito, los fondos estatales destinados a vivienda y la atención a población más pobre. Igualmente se indicó que en los planes de desarrollo de las entidades territoriales se deberán concretar estas políticas generales.

Al respecto, ha de recordarse que las entidades territoriales tienen autonomía para la planeación de su desarrollo económico, social, urbano y ambiental en el marco de las responsabilidades y competencias que señala la Constitución y la Ley. Así, de acuerdo con la ley orgánica 715 de 2001 a los municipios y distritos les corresponde en materia de vivienda, según el artículo 76.2 participar en el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, promover y apoyar programas o proyectos de vivienda de interés social otorgando subsidios de acuerdo con los criterios de focalización nacional y con la cofinanciación de la Nación y los departamentos, adecuar áreas urbanas y rurales, evitar asentamientos en zonas de alto riesgo y planificar la reubicación de estos asentamientos -artículo 76.9-.

Por ello, en términos del artículo 339 de la Carta los planes de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y por un plan de inversiones a corto y mediano plazo. En la parte general del plan, se establecen las políticas nacionales y sectoriales a mediano y largo plazo y el señalamiento de las formas, medios e instrumentos para vincular la planeación nacional con la planeación municipal y, en el plan de inversiones,

se señala la proyección de los recursos financieros disponibles para su ejecución (artículos 5 y 6 de la Ley orgánica 154 de 1994).

16. Por su parte, en los planes de ordenamiento territorial y municipal se definen los objetivos de corto y mediano plazo y estrategias e instrumentos para solucionar el déficit de habitación en el respectivo territorio, así como el porcentaje de suelos de expansión y programas de renovación urbana destinados a viviendas de interés social. Para efectos de los desarrollos urbanísticos, el plan de ordenamiento territorial es determinante en cuanto a la posibilidad de obtener licencias de construcción, urbanismo y ambientales que sean necesarias (artículo 9º de la Ley 388 de 1997).

Los proyectos integrales de desarrollo urbano a que hace mención el Decreto 4832 de 2010.

17. Ahora bien, los denominados proyectos integrales de desarrollo urbano corresponden a una figura que introduce el decreto de emergencia 4821 de 2010 y, que no son otra cosa que una réplica -con algunas diferencias- de los denominados “macroproyectos” que fueron objeto del artículo 79 de la Ley 1151 de 2007, declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-149 de 2010, respecto de la cual se hará alusión en párrafos posteriores.

18. Por ahora y, para efectos ilustrativos se indicará que los proyectos integrales de desarrollo urbano se definen como “...el conjunto de decisiones administrativas y de actuaciones urbanísticas necesarias para la ejecución de operaciones urbanas integrales que garanticen la habilitación de suelo para la ejecución de los proyectos de construcción de vivienda y reubicación de asentamientos humanos para atender la emergencia económica, social y ecológica nacional, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 4580 de 2010”, los cuales podrán ser promovidos, ejecutados y financiados por el Gobierno Nacional, de común acuerdo con las autoridades de planeación de los municipios y distritos en el ámbito de sus respectivas competencias y, también a iniciativa de particulares y de las mismas entidades territoriales.

En estos Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano se definirán las condiciones para la construcción y reubicación de viviendas, el desarrollo de otros usos, la extensión o ampliación de la infraestructura para el sistema vial, y de servicios públicos domiciliarios, y la ejecución de espacios públicos y equipamientos colectivos, ya sea que se trate de predios urbanos, rurales o de expansión urbana. Para el desarrollo de dichos planes se celebrarán convenios con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y, si es necesaria la modificación del plan de ordenamiento territorial, se requerirá de la ratificación previa del Concejo municipal o distrital tal como se indica en el Decreto 4821 de 2010 antes enunciado.

El Fondo Nacional de Vivienda.

19. Precisamente, para efectos de financiar los precios de las viviendas de interés social o prioritario, el Presidente de la República en ejercicio de la Ley 790 de 2002, por la cual se le otorgaron facultades extraordinarias para adelantar el programa de renovación de la Administración Pública, expidió el Decreto 555 de 2003 por el cual se creó el Fondo Nacional de Vivienda, como un fondo con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía presupuestal y financiera, pero sin estructura administrativa ni planta de personal propia; sometido a las normas presupuestales y fiscales del orden nacional y adscrito al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

El principal objetivo de creación del Fondo fue el de consolidar el Sistema Nacional de Información de Vivienda y ejecutar las políticas del Gobierno Nacional en materia de vivienda de interés social urbana, en particular aquellas orientadas a la descentralización territorial de la inversión de los recursos destinados a vivienda de interés social.

20. En el decreto de creación, adicionado por la Ley 1151 de 2007, se enlistaron como funciones del Fondo, las siguientes:

20.1. Administrar sus recursos con criterios de descentralización territorial y en función de las necesidades habitacionales de la población.

20.2 Canalizar recursos provenientes del subsidio familiar de vivienda en aquellos programas adelantados con participación de las entidades territoriales o a través de alianzas estratégicas y orientados a la provisión de soluciones de vivienda de interés social urbana a

las poblaciones definidas por la política del Gobierno Nacional, en otras palabras, determinar los proyectos de vivienda “elegibles”.

20.3 Coordinar acciones con las entidades del Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, en especial, con el Banco Agrario, para adelantar planes de vivienda rural o con entidades que ejercieran esta misma función;

20.4 Coordinar sus actividades con las entidades del Sector Vivienda para la consolidación del Sistema Nacional de Información de Vivienda.

20.5 Apoyar al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en la formulación de las políticas de vivienda a través del Sistema Nacional de Información de Vivienda.

1. Transferir bienes, directamente o a través de entidades públicas o privadas, a título de subsidio en especie, o por cualquier otro mecanismo de inversión social, de conformidad con las diferentes modalidades que establezca y reglamente el Gobierno Nacional.

1. Diseñar, administrar, mantener, actualizar y custodiar el Sistema Nacional de Información de Vivienda.

1. Asignar subsidios de vivienda de interés social bajo las diferentes modalidades. Para el efecto, presta la atención de la postulación de hogares para el subsidio familiar de vivienda a través de contratos de encargo de gestión u otros mecanismos, coordina a las entidades encargadas de otorgar la elegibilidad de los proyectos de vivienda de interés de social, realiza interventorías, supervisiones y auditorías para verificar la correcta ejecución de los subsidios familiares de vivienda.

1. Adelantar las investigaciones e imponer las sanciones por incumplimiento de las condiciones de inversión de recursos de vivienda de interés social, de conformidad con el reglamento;

1. Ejecutar los recursos y desarrollar las actividades necesarias para la habilitación de suelos urbanizados y el desarrollo de Macroproyectos de Interés Nacional de que trata el artículo 79 de la Ley 1151.

21. Sobre esta última competencia, tal como se mencionó en párrafos anteriores, vale la pena mencionar que el artículo 79 de la Ley 1151 de 2007¹¹, por el cual se facultaba a Fonvivienda para desarrollar actividades de macroproyectos, específicamente, viviendas de interés social, fue declarado inexecutable por la sentencia C-149 de 2010.

21.1 En esta providencia se expresó que la norma declarada inexecutable partía del presupuesto de la insuficiencia de los mecanismos ordinarios, en particular los previstos en la Ley 388 de 1997, para dar respuesta adecuada al objetivo de habilitar el suelo para la realización de operaciones que contribuyeran al desarrollo territorial en materia de vivienda. Sin embargo, a juicio de la Corte, esta disposición resultaba demasiado amplia para justificar la alteración en la articulación ordinaria de las competencias de los entes territoriales y de la Nación.

21.2 Se indicó en esta sentencia que con dicha norma se pretendía habilitar un instrumento de intervención de alto impacto en el ámbito urbano. Prueba de ello era el Decreto 4260 de 2007 que la reglamentó, por el cual se prescribió que tales proyectos podían ser ejecutados por el Gobierno y constituían determinantes de ordenamiento territorial de superior jerarquía para los municipios y distritos en los términos del artículo 10 de la Ley 388 de 1997, razón por la cual, debían ser incorporados en sus planes de ordenamiento territorial.

21.3 Sobre este punto, la Corte concluyó que el artículo 79 de la Ley 1151 de 2007, implicaba una intervención del Gobierno Nacional en el campo de la autonomía constitucionalmente reconocida a las entidades territoriales, toda vez que la norma concedía atribuciones a las autoridades nacionales para definir, formular, adoptar, ejecutar y financiar los macroproyectos de interés social nacional, entre ellos proyectos de vivienda. De esta forma,

se vaciaban las competencias de los entes territoriales por la intromisión de las autoridades nacionales.

21.4 Se indicó que dicha norma desconocía el principio de autonomía de las entidades territoriales y de manera específica vulneraba lo dispuesto en los artículos 1º, 311 y 313.1.7 de la Constitución Política. El artículo 1º, en cuanto garantiza la autonomía de los entes territoriales; el artículo 311, mediante el cual se define al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, asignándole competencia para ordenar el desarrollo de su territorio; y el artículo 311-1, según el cual corresponde a los concejos la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio, como también el numeral 7 del mismo precepto, según el cual a estas corporaciones administrativas les corresponde reglamentar los usos del suelo.

En conclusión, la Corte consideró que con estos macroproyectos se desplazaban las competencias constitucionalmente asignadas a los concejos municipales o distritales en materia de adopción, elaboración, revisión y ejecución de los POTs, en asuntos de alto impacto para el desarrollo de los municipios o distritos, además de que el precepto no establecía fórmulas para asegurar la coordinación en el ejercicio de tales atribuciones, sino que establecía una estructura jurídica de supra-subordinación con prevalencia del nivel central sobre las autoridades locales; desconocía el principio de subsidiariedad al inobservar que existe un imperativo constitucional en virtud del cual la intervención debe llevarse a cabo en primer lugar en el nivel más próximo al ciudadano y sólo subsidiariamente en los niveles superiores.

22. De otra parte, el decreto de creación del Fondo señaló que sus recursos y patrimonio estaba constituido por: 22.1. Aportes del Presupuesto General de la Nación. 22.2 Recursos de crédito que contrate el Gobierno Nacional para el cumplimiento de los objetivos del Fondo. 22.3 Donaciones públicas o privadas, previa incorporación al Presupuesto General de la Nación, cuando se tratara de recursos en dinero. 22.4 Aportes de cualquier clase provenientes de la cooperación internacional; 22.5 Todos los bienes inmuebles con vocación de vivienda de interés social, que no hubiesen sido asignados con anterioridad a la expedición del decreto que ordenó la supresión y liquidación del Inurbe; 22.6. Los recursos de que trata el artículo 101 del Decreto 2620 de 2000 o aquellas normas que lo modifiquen o adicionen. 22.7 Los recursos originados en la comercialización de bases de datos e

información así como las tarifas por la prestación de servicios.

Para el manejo y administración de estos recursos, se le otorgó al Fondo la facultad de celebrar contratos de fiducia, encargo fiduciario, fondos fiduciarios, de mandato; convenios de administración y demás negocios jurídicos que fueran necesarios, cuyos costos de administración se atenderían con cargo a las respectivas apropiaciones de inversión. Así, al asimilarse a un establecimiento público del orden nacional los contratos de Fonvivienda se encuentran sujetos al régimen de contratación estatal.

23. Al Fondo Nacional de Vivienda le corresponde la entrega de los subsidios de vivienda, con cargo al presupuesto nacional, a la población más pobre, dentro de la cual se encuentran personas no vinculadas al sistema formal de trabajo¹². La entrega de estos subsidios está atada a que exista disponibilidad de proyectos de vivienda o a que la entidad territorial cuente con un lote urbanizable y un proyecto de urbanización. No obstante, a este proceso concurren también:

23.1 oferentes de planes de vivienda personas naturales o jurídicas, entidades territoriales, o patrimonios autónomos administrados por una sociedad fiduciaria, legalmente habilitados para ofrecer soluciones de vivienda.

23.2 El esfuerzo territorial cuando el municipio o departamento aporte recursos complementarios para facilitar el acceso a una solución habitacional para las familias de más bajos ingresos. Los municipios o distritos de un mismo departamento compiten por la asignación de los subsidios.

23.3 Otorgantes de crédito. Entidades que proveen recursos adicionales o complementarios al subsidio.

23.4 Banco de Proyectos Habitacionales. Es un registro a cargo de Findeter e integrado por los municipios y departamentos o por sus gestores u operadores, como candidatos a concursar por los recursos destinados al denominado “Concurso de Esfuerzo Territorial”.

23.5 Recursos complementarios al subsidio Son los recursos del hogar postulante que sumados al subsidio, permiten darle viabilidad a la solución de vivienda. Estos recursos pueden estar representados en ahorro, en crédito, aportes económicos solidarios representados en dinero y/o en trabajo comunitario, aportes del orden departamental o municipal o en donaciones.

23.6 Organizaciones populares de vivienda. Son aquellas que han sido constituidas y reconocidas como entidades sin ánimo de lucro y que tienen por objeto el desarrollo de programas de vivienda para sus afiliados por sistemas de autogestión o participación comunitaria.

24. Para cumplir con la distribución nacional de los recursos del Presupuesto Nacional

destinados al subsidio familiar de vivienda urbana, se requiere identificar las regiones con mayor atraso relativo generado por hacinamiento habitacional y calidad de la vivienda, al igual que aquellas que concentran la mayor cantidad de población. En desarrollo de estos criterios técnicos se señalan los coeficientes porcentuales para la distribución nacional de recursos del subsidio familiar de vivienda de interés social. De estos recursos, se conforma la denominada Bolsa Ordinaria, que a su turno se distribuye en cada departamento entre los hogares postulantes de todos los municipios, independientemente de la categoría que les corresponda según la ley. Los subsidios que se asignen con cargo a los recursos de la Bolsa Ordinaria podrán destinarse a planes de vivienda presentados a través del Concurso de Esfuerzo Territorial.

Este modelo como se verá más adelante, que permite la interacción de varios actores del orden territorial y nacional para efectos de distribuir los recursos de vivienda con cargo al presupuesto nacional, es alterado a partir de las nuevas funciones que el decreto en estudio asigna al Fondo Nacional de Vivienda para efectos de atender la emergencia de la ola invernal, en la medida que concentra en el Fondo muchas de las funciones que normalmente vienen ejecutando otros entes.

A continuación se describirá de manera breve el mecanismo ordinario que prevé la ley para la asignación de subsidios de vivienda en casos de desastre con el fin de contar con elementos de juicio para establecer la necesidad de establecer o no medidas alternas de emergencia.

El papel del Fondo Nacional de Vivienda en caso de desastre, calamidad pública o emergencia. Instrumentos ordinarios.

25. Los Decretos 2480 de 2005 y 4587 de 2008 expedidos en desarrollo del Decreto – ley 919 de 1989 y la Ley 3 de 1991, establecieron las condiciones de postulación, asignación y aplicación del subsidio familiar de vivienda urbana y rural que se otorga por el Fondo Nacional de Vivienda en casos de desastre, calamidad pública o emergencias que se presenten o puedan acaecer por eventos de origen natural.

26. Estas normas aplican para la pérdida de la totalidad de la vivienda o los daños sufridos por ella como consecuencia de la emergencia, caso en el cual los afectados deben estar debidamente incluidos en los censos oficiales que con ocasión de los hechos de desastre

emita el Comité Local de Prevención y Atención de Desastres, avalados por el Comité Regional de Prevención y Atención de Desastres y refrendados por la Dirección de Prevención y Atención de Desastres del Ministerio del Interior y de Justicia.

En los casos en que la situación de desastre, calamidad pública o emergencia haya sido declarada como medida preventiva por encontrarse las familias ubicadas en zona de alto riesgo no mitigable, se entenderá que esta situación debe dar lugar a programas de reubicación que adelantarán las entidades territoriales para gestionar recursos del subsidio familiar de vivienda a través de las bolsas concursables establecidas por la normatividad vigente, en cumplimiento de su obligación de reubicar a las familias asentadas en zonas de alto riesgo no mitigable y de evitar nuevas ocupaciones en estas zonas¹³.

27. Para la asignación de subsidios familiares de vivienda en estos casos, la entidad territorial o el oferente de programa de vivienda, una vez declarada la situación de emergencia, calamidad o desastre, debe presentar al Fondo Nacional de Vivienda o al Banco Agrario de Colombia S.A., según corresponda, su manifestación formal de adelantar el proyecto en las modalidades de mejoramiento, construcción en sitio propio o adquisición de vivienda nueva o usada, para lo cual tendrá el término de un año, contado a partir de la fecha de declaratoria de emergencia, calamidad o desastre.

28. Igualmente, en este período el oferente del programa de vivienda deberá comunicar al Fondo Nacional de Vivienda o al Banco Agrario de Colombia S.A., según corresponda, con qué recursos complementarios cuenta para desarrollar el proyecto de vivienda, si tiene el lote correspondiente y la disponibilidad presupuestal para las obras de urbanismo, incluidos los servicios públicos. En todo caso, si al vencimiento del plazo de un año, la entidad territorial o el oferente no demuestran contar con estos componentes, se entenderá que se desiste de la solicitud de adelantar el proyecto de vivienda.

Los terrenos en los cuales se desarrollen los proyectos podrán ser de propiedad de la entidad territorial o de particulares vinculados jurídicamente con el municipio para tal fin.

29. En caso de desastre, entonces, existe un programa de reubicación urbano y otro rural en el mismo municipio de ser posible u otro distinto, bien a través de la adquisición de vivienda nueva en planes de vivienda existentes en el municipio o bien a través de vivienda usada. En aquellos casos, en que el municipio no cuente con oferta de vivienda, la entidad territorial

debe formular planes de vivienda de interés social y los subsidios familiares de vivienda que otorgue el Fondo Nacional de Vivienda deben ser orientados a estos proyectos. También es posible aplicar al subsidio para la construcción de vivienda en un lote de propiedad del afectado.

30. Para la reubicación de los hogares se señala que el Gobierno Nacional debe promover la formulación de planes de vivienda de interés social por parte de las entidades territoriales. Cuando se trate de programas de reubicación, se deberá presentar ante el Fondo Nacional de Vivienda o su operador autorizado, certificado de cofinanciación de la entidad territorial para la ejecución del plan de vivienda.

31. Para aquellos planes de vivienda urbanos que atiendan a población afectada por situaciones de desastre o situación de calamidad pública o emergencia, que se encuentre incluida en los censos oficiales, la elegibilidad se entenderá dada por la licencia de construcción en los planes de vivienda formulados por las entidades territoriales o los oferentes, presentados en las modalidades de adquisición de vivienda nueva, construcción en sitio propio o mejoramiento, sin importar la categoría que ostente el municipio. Todos los aspectos legales, técnicos y financieros que garanticen la viabilidad para la ejecución del plan de vivienda deben estar debidamente certificados por la entidad territorial.

32. Después de la explicación de cómo funciona el Fondo Nacional de Vivienda y la forma en que opera el mecanismo de emergencia vigente en materia de vivienda para casos de desastre, calamidad pública o emergencia, pasa la Corte a verificar los requisitos materiales de las disposiciones que integran la norma bajo estudio.

La conexidad, finalidad y especificidad del Decreto 4832 de 2010.

33. La parte considerativa del Decreto 4832 de 2010, señala que numerosas familias que habitan en vivienda ubicadas en zonas de riesgo y alto riesgo no mitigable fueron afectadas gravemente por la ola invernal, lo cual las convierte en población susceptible de reubicación prioritaria. Se indica que esta situación hizo necesario, a través de las medidas de emergencia, fortalecer las funciones del Fondo Nacional de Vivienda -FONVIVIENDA-, con miras a proveer una atención rápida y eficiente a estos hogares.

34. Dentro de tales medidas se faculta al Fondo para: (i) celebrar contratos de fiducia

mercantil en forma directa (ii) con el fin de ejecutar proyectos de vivienda de interés social y proyectos integrales de desarrollo urbano –elaboración de estudios para la estructuración técnica y económica, preinversión, inversión y ejecución –construcción- (iii) regidos bajo las normas del derecho privado, (iv) para ejercer a través de patrimonios autónomos o directamente, atribuciones que tienen como propósito acelerar la aplicación de subsidios, de forma que los giros entren directamente a financiar la ejecución de obras y construcciones, agilizar el proceso de elección y adquisición de terrenos de carácter prioritario para el interés social, así como de los materiales de construcción y con tal fin (v) se autoriza a las entidades públicas para trasladar bienes fiscales y recursos a los citados patrimonios autónomos.

35. Sobre el punto, la intervención de la Presidencia de la República señala que el IDEAM indicó que “...los quince primeros días del mes de noviembre llovió mas de lo que llueve en todo el mes. El nivel superó los rangos históricos de precipitaciones para el mes de noviembre”, lo cual conllevó “niveles nunca antes registrados en la historia de la hidrología colombiana”, con un grave impacto en materia de vivienda. La afectación de vivienda actual corresponde a un 45% de la sumatoria de todas las afectaciones sufridas en los últimos siete (7) años, es decir, casi la mitad de las viviendas afectadas, lo fueron exclusivamente en esta temporada invernal¹⁴. Esta situación, ocurrió principalmente en las regiones Pacífica, Andina y Caribe para un total de 2049 viviendas destruidas y 275.569 viviendas averiadas en 654 municipios del país.

No obstante, para fechas posteriores al desastre se registra un incremento progresivo de las afectaciones para un total de 5.157 viviendas destruidas y 325.379 viviendas averiadas en 717 municipios, lo que demuestra la grave afectación del sector vivienda y como las medidas a que hace referencia el Decreto 4832 de 2010 tienen relación directa con la situación fáctica que se registra a partir de estas cifras y, por tanto, también con los hechos que dieron origen a la declaratoria de emergencia social, económica y ecológica registrada mediante el Decreto 4580 de 2010, mas aún si se tiene en cuenta que en la actualidad el DANE señala que existen 1.3 millones de hogares en asentamientos precarios, de los cuales alrededor de 543.000 habitan en viviendas localizadas en zonas de alto riesgo.

36. En esa medida, lo que se persigue con las medidas en estudio es que el Fondo Nacional de Vivienda ejecute en forma ágil y oportuna acciones en materia de vivienda de interés prioritario, para atender estos hogares afectados por la ola invernal, aún aquellos ubicados en zonas de alto riesgo y riesgo no mitigable, precisamente con el fin de evitar la extensión de los efectos negativos de la ola invernal. En ese orden, el artículo 1º lo faculta para: i. contratar gerencias integrales para la ejecución de proyectos de vivienda de interés social y proyectos integrales de desarrollo urbano en sus componentes de preinversión, inversión, ejecución y evaluación. ii. contratar estudios para la estructuración técnica, económica, financiera y jurídica de proyectos de vivienda e interés social y proyectos integrales de desarrollo urbano. iii. Adquirir lotes de terreno a cualquier título para ser destinados al desarrollo de proyectos de vivienda de interés social y proyectos integrales de desarrollo urbano. iv. Destinar recursos necesarios para la adquisición de materiales para desarrollar obras de urbanismo y construcción de viviendas de interés social. v. Construcción y adquisición de viviendas, y vi. Asumir los gastos que generen los trámites de notariado y registro.

37. Estas funciones las podrá adelantar Fonvivienda a través de contratos de fiducia mercantil celebrados directamente, los cuales se regirán por normas del derecho privado y no estarán sujetos ni a la Ley 80 de 1993 ni a la Ley 1150 de 2007 –según lo prescribe el Decreto-. Así, se crearán patrimonios autónomos a los cuales se podrán transferir recursos, entre ellos los correspondientes a subsidios familiares que se revoken o que venzan previa incorporación de los mismos al presupuesto de Fonvivienda. De igual manera, podrá recibir donaciones o bienes inmuebles fiscales o la porción de ellos con vocación de construcción o desarrollo de vivienda de interés social, sin que tal transferencia otorgue a la entidad que las enajene la calidad de fideicomitente.

Se verifica entonces, una causalidad inmediata de las medidas citadas con la situación fáctica que se trata de enfrentar para superar la crisis, con independencia de juicios como los de necesidad, proporcionalidad o suficiencia que se realicen a propósito de cada una de las medidas en concreto. Existe pues una conexidad externa con el Decreto 4580 de 2010 en la medida que se persigue aumentar la oferta de vivienda en el corto, mediano, y largo plazo, con lo cual será posible atender el proceso de reconstrucción de las zonas afectadas, así

como la reubicación de hogares asentados en zonas de alto riesgo y riesgo no mitigable, así como una conexidad interna con las motivaciones que se presentan en el Decreto 4832 de 2010, tal como se dejó precisado.

Análisis material sobre las medidas adoptadas.

El artículo 1º del Decreto 4832 de 2010.

39. El artículo 1º del Decreto 4832 de 2010, prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. EL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA. Para atender a los hogares, en gran parte desplazados, afectados por la ola invernal y aquellos que habitan en viviendas ubicadas en zonas de alto riesgo y alto riesgo no mitigable, el Fondo Nacional de Vivienda –Fonvivienda– adicionalmente a las funciones asignadas por la ley, estará facultado para:

1. Contratar gerencias integrales para la ejecución de proyectos de vivienda de interés social y de Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano (PIDU) en sus componentes de preinversión, inversión, ejecución y evaluación.
2. Contratar la elaboración de estudios para la estructuración técnica, económica, financiera y jurídica de proyectos de vivienda de interés social y de Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano (PIDU).
3. Adquirir lotes de terreno a cualquier título para ser destinados al desarrollo de los proyectos de vivienda de interés social y de Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano (PIDU).
4. Destinar los recursos necesarios para la adquisición de materiales para desarrollar las obras de urbanismo y la construcción de viviendas de interés social.
5. Construcción y adquisición de viviendas.
6. Asumir los gastos que se generen por los trámites de notariado y registro, en caso de que estos se causen.”

40. En cuanto al juicio de necesidad y proporcionalidad de las medidas que se señalan en los

numerales 1 al 6 del artículo 1º, se reitera como bien se señaló en apartes anteriores de esta providencia -numerales 25 a 32-, que los Decretos 2480 de 2005 y 4587 de 2008, expedidos en desarrollo del Decreto-ley 919 de 1989 y la Ley 3 de 1991, establecen un mecanismo ordinario de postulación, asignación y aplicación de subsidio familiar de vivienda urbana y rural a otorgar por el Fondo Nacional de Vivienda en casos de desastre, calamidad pública o emergencias que se presenten o puedan acaecer por eventos de origen natural.

41. Este procedimiento ordinario de emergencia parte del supuesto de que en el municipio afectado por el desastre existe “oferta” o “disponibilidad” de vivienda y, de no existir se conmina al ente territorial a adelantar un proyecto de vivienda de interés social, para el cual debe demostrar en el término de un (1) año que cuenta con: i. El lote de terreno; ii. Disponibilidad presupuestal para adelantar las obras urbanísticas incluidos los servicios públicos básicos y, iii. Fuentes suficientes de cofinanciación, de forma que vencido este plazo sin acreditar tales requisitos el proyecto se entiende desistido, aspecto que afecta de manera directa a los destinatarios del subsidio en condición de vulnerabilidad, quienes no pueden en términos prácticos acceder a una solución de vivienda.

42. Lo anterior, demuestra de manera incuestionable que el mecanismo ordinario para proveer vivienda en eventos de calamidad resulta inane frente a la magnitud de la crisis actual, pues la mayoría de municipios del país ni cuentan con oferta de vivienda ni están en posición de acreditar los requisitos señalados en el numeral anterior. Al respecto, conviene recordar que aproximadamente el 87%¹⁵ de los 1.101 municipios del país se clasifican en categoría 616 -es decir son municipios pobres-, lo cual significa que con sus exiguos ingresos propios y su limitada participación en los recursos de transferencia de la Nación, no les es posible actuar con la celeridad y eficacia requerida para eventos de crisis.

43. Así, la Sala encuentra que las medidas señaladas en el artículo 1º del decreto 4832 de 2010, cumplen con el presupuesto de necesidad, para efectos de superar la situación coyuntural originada a causa de la ola invernal, con criterios de celeridad y eficacia en cuanto a la provisión de viviendas y al inmediato traslado de asentamientos humanos que actualmente ocupan zonas de alto riesgo no mitigable, pues como se dejó en evidencia en párrafos anteriores, el mecanismo ordinario está lejos de ofrecer tales condiciones.

Sin embargo, no por ello puede perderse de vista que existe un problema de orden “estructural” en materia de asignación de subsidios de vivienda y de planeación del desarrollo urbano que no es posible solucionar por la vía de medidas de emergencia, ya que tales distorsiones deben ser corregidas por vía del poder legislativo a través de las vías ordinarias, sobre todo en los que respecta a los municipios clasificados en la categoría 6.

44. Pasa la Sala a verificar si los instrumentos en estudio se encuentran proporcionales. Al respecto, se pregunta la Corte ¿si es posible autorizar al Gobierno Nacional para que concentre, con vocación de permanencia, competencias que en condiciones normales se encuentran radicadas en cabeza de los entes territoriales, más aún cuando medidas similares, a propósito del desarrollo de macroproyectos por parte del Gobierno Nacional, fueron declaradas inexequibles por la Sentencia C-149 de 2010?

45. Pues bien, para despejar este interrogante, debe observarse que los numerales 1º y 2º del artículo 1º del Decreto 4832 de 2010 facultan al Fondo Nacional de Vivienda para contratar gerencias integrales para la ejecución de proyectos de vivienda de interés social y Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano -PIDU-17, en sus componentes de preinversión, inversión, ejecución, así como para la elaboración de estudios para la estructuración técnica, económica, financiera y jurídica de los mismos. Por su parte, los numerales 3 y 4 del mismo artículo lo habilitan para adquirir los terrenos y materiales destinados a estos proyectos y el numeral 5º para la construcción directa y adquisición de vivienda, competencias todas que en condiciones normales se radican en el nivel territorial, tal como se indicó en los numerales 14 a 16 de esta providencia.

46. Sobre el punto, sea lo primero señalar que la sentencia C-149 de 2010 opera como precedente del decreto que por esta vía se examina, sin que puede predicarse en estricto rigor la existencia de “cosa juzgada material”, entre otras razones, porque el presente decreto se expidió en un estado de emergencia social, económico y ecológico, es decir por fuera del marco de normalidad, lo que hace que en la práctica se rompa el contexto fáctico existente al momento en que la Corte hizo su pronunciamiento en relación con el desarrollo de megaproyectos urbanísticos por parte del Gobierno Nacional y, porque si bien el legislador extraordinario persigue un propósito similar al del precepto declarado inexequible, la nueva disposición limita las circunstancias en que estas facultades pueden ejercerse a la finalidad de superar la emergencia producida por la ola invernal, así como impone nuevas reglas para

asegurar la concurrencia del ente territorial.

47. Así, respecto de la ejecución de programas de vivienda de interés social el parágrafo del artículo cuarto del mismo Decreto 4832 de 2010, señala que los predios destinados por otras entidades a estos proyectos que sean transferidos a Fonvivienda deben estar acordes con los planes de ordenamiento territorial. De manera que, en principio la interpretación constitucional de este artículo no puede ser otra que, los proyectos de vivienda o de los planes integrales de desarrollo urbano que se desarrollen con fundamento en este decreto, deben encontrarse acordes con los planes de ordenamiento territorial.

En lo que concierne a los proyectos integrales de desarrollo urbano, el Decreto de emergencia 4821 de 2010 indica que estos deben ser concertados con los municipios o distritos¹⁸ a través de la suscripción de convenios, al punto que deben estar acordes con los planes de ordenamiento territorial y, en caso de que este se modifique, los cambios deberán ser aprobados por los concejos respectivos. No obstante, pese a incluir estos mecanismos de concertación, la realidad indica que el radio de acción de estos proyectos es tan amplio que exceden, por mucho, las necesidades apremiantes que en principio deben ser atendidas con carácter de urgencia, en tanto se ocupan de aspectos como la planeación del espacio público y el desarrollo de otros usos distintos de los de vivienda con los cuales, en apariencia, no existe relación alguna de conexidad o de necesidad con las causas que originaron la declaratoria de emergencia. Sin embargo, una mirada cuidadosa del tema debe llevar a concluir que el concepto de vivienda no puede sustraerse a otros temas igualmente urgentes como el acceso a servicios públicos básicos, el desarrollo de vías y, demás condiciones urbanísticas que eviten la tugurización y aseguren condiciones dignas de habitabilidad.

48. Se advierte entonces, cómo a partir de tales mecanismos de concertación con los entes territoriales, el legislador extraordinario trató de corregir las deficiencias extrañadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-149 de 2010 proferida a propósito de las facultades otorgadas a Fonvivienda por el artículo 79 de la Ley 1151 de 2007, en el sentido de asegurar la subordinación del Gobierno Nacional a los planes de ordenamiento territorial en el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social y la concurrencia de los entes territoriales en las decisiones que afecten su territorio y competencias en cuanto al desarrollo de proyectos integrales de desarrollo urbano. Aunque lo expuesto no es óbice para afirmar que en efecto la norma en estudio autoriza la intromisión del nivel central en la órbita de

competencias del nivel territorial, la Corte encuentra esta injerencia proporcional y admisible en circunstancias excepcionales como la actual, siempre y cuando ésta no se extienda de manera indefinida.

50. Así, para efectos de dar solución racional a la necesidad de limitar en el tiempo las medidas de que trata el artículo primero del Decreto 4832, la Corte acudirá al anexo H que forma parte del cuaderno principal del expediente 4580 de 2010 –por el cual fue declarada la emergencia económica, social y ecológica-, esto es, al Oficio DG-20111000002521 de 6 de enero de 2011 del Departamento Nacional de Planeación¹⁹, según el cual “Se ha estimado en forma preliminar que para atender los daños de la ola invernal, se requieren recursos cercanos a los \$30,1 billones. Tal monto se distribuye en tres fases de la siguiente forma: De tal monto, el 9% (\$2,7 billones) se destinará a la fase 1 “Atención Humanitaria de Emergencia” a ser ejecutado en el 2011, el 20% (\$6 billones) a la fase 2 “Rehabilitación” a ser ejecutado entre el 2011 y el 2014 y el 71% (\$21,4 billones) a la fase 3 “Reconstrucción y Mitigación de Riesgos”, a ser ejecutado en el largo plazo con la posibilidad de extenderse hasta el 2018”.

En este documento se indica que la intervención en materia de vivienda se encuentra prevista para las fases de Rehabilitación y Reconstrucción, de esta manera “se estima que cerca de 64.345 viviendas urbanas deben ser reubicadas, y el restante 75% (244.034) se pueden reparar en sitio. De las 64.345 viviendas urbanas a reconstruir o reubicar, el 50%, es decir 32.172, se realizarán en la fase II y el resto en la fase III. Esto considerando la capacidad de ejecución que tiene el sector, así como las condiciones de oferta del suelo entre otras.”

51. Considerando estas proyecciones, el estado de vulnerabilidad de la población afectada y el riesgo al que todavía se someten las familias asentadas en zonas de alto riesgo no mitigable, los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo primero serán declarados exequibles bajo el entendido que las funciones allí asignadas a Fonvivienda sólo se mantendrán vigentes hasta el año 2014, al considerar éste un término razonable para adoptar medidas de choque con la celeridad esperada y dar curso a las fases de rehabilitación y reconstrucción señalada por el Gobierno Nacional, pues se reitera que las autoridades podrán usar los cauces ordinarios para la ejecución de obras y proyectos a largo plazo que no alcancen a ser iniciadas dentro del término prescrito a partir de un juicioso proceso de planeación que

integre a los entes territoriales como eje central del desarrollo urbano e involucre los necesarios mecanismos de contratación estatal.

52. Adicionalmente, porque el término citado resulta suficiente para que el Ejecutivo, en caso de necesitarlo, proponga al Congreso el trámite de una ley ordinaria destinada a modificar las funciones radicadas en cabeza del Fondo Nacional de Vivienda.

El artículo segundo del Decreto 4832 de 2010.

53. El artículo 2º del Decreto 4832 de 2010, prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 2o. CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL. Para el cumplimiento de las funciones asignadas al Fondo Nacional de Vivienda, Fonvivienda, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica, el Director Ejecutivo deberá en su calidad de Representante Legal, celebrar directamente contratos de Fiducia Mercantil con destino a ejecutar actividades en materia de vivienda de interés social destinadas a la atención de los hogares afectados por la ola invernal y aquellos ubicados en zonas de riesgo y de alto riesgo no mitigable.

Los contratos de Fiducia Mercantil a que se refiere este artículo, se registrarán por el derecho privado y no estarán sujetos a las disposiciones contenidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

PARÁGRAFO. Los costos en que se incurra para el manejo de los recursos serán atendidos con cargo a los recursos administrados. En todo caso, Fonvivienda velará porque el objeto del negocio fiduciario se desarrolle por parte de la sociedad fiduciaria en condiciones de transparencia, igualdad, moralidad, celeridad, imparcialidad, libre concurrencia, eficiencia, eficacia, economía y publicidad.”

54. Por virtud de este artículo se faculta a Fonvivienda para celebrar directamente contratos de fiducia mercantil sin acudir al proceso de licitación pública y a que tales contratos se rijan por las normas de derecho privado de forma que no estén sujetos a las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

55. En lo que tiene que ver con la posibilidad de que el negocio fiduciario se rija exclusivamente por normas del derecho privado, vale la pena señalar las características

propias de la fiducia pública en punto a entender por qué su exclusión del régimen estatal se encuentra necesaria frente a la emergencia causada por la ola invernal.

55.1 En términos generales, la fiducia mercantil ha sido un contrato utilizado de antaño por la Administración Pública. Así, la Ley 222 de 1983 permitía el uso de este negocio jurídico como contrato privado de la Administración, modalidad que paulatinamente se fue transformando en una forma velada de omitir el régimen de licitación pública para la adquisición de bienes y servicios, así como para la ejecución de obras.

55.2 De esta forma, la Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007, marcó una serie de diferencias respecto del tratamiento que las entidades estatales deberían otorgar al contrato de fiducia, a pesar de señalar expresamente que este contrato se regiría por las normas comerciales en la medida que fuesen compatibles con la Ley 80. Tales diferencias, significativas para este estudio, son las siguientes:

i. Al celebrar un contrato de fiducia pública, la entidad estatal no transfiere el dominio sobre los bienes involucrados en el mandato que se otorga, de manera que no se constituye un patrimonio autónomo separable del patrimonio de aquella –numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80-.

Se exceptúan los procesos de titularización de activos e inversiones, la realización de operaciones conexas con las operaciones de crédito público o que tengan por objeto la realización de operaciones conexas de deuda pública y aquellos que tienen por objeto el pago de pasivos laborales, entre otros, ya que respecto de éstos es posible constituir un verdadero negocio de fiducia mercantil a partir de la constitución de un patrimonio autónomo separado del ente público –artículo 41 de la Ley 80-.

ii. El numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece la prohibición para las entidades públicas de delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que resulte necesario celebrar en desarrollo de la fiducia pública.

iii. Los contratos de fiducia pública deben celebrarse con un objeto y plazo determinados.

iv. Además de la vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias ejerce la Superintendencia

Financiera, la Contraloría General de la República, así como las contralorías departamentales, distritales y municipales, deben ejercer control sobre la actuación de la fiduciaria en relación con la ejecución de recursos públicos.

56. Sobre el punto y, en consideración de las diferencias expuestas, la Sala estima que dicha facultad se encuentra ajustada al presupuesto de necesidad, en tanto los tiempos que demandan los procesos de licitación pública para el desarrollo de proyectos de infraestructura no garantizan la inmediatez requerida para el inicio de las labores de diseño y ejecución de proyectos masivos de vivienda de interés social que permitan superar la escasez de vivienda y permitir el traslado de personas afectadas por la ola invernal, así como el traslado de las que todavía permanecen asentadas en zonas de alto riesgo y riesgo no mitigable.

Las inundaciones, la afectación de viviendas y la inminencia de nuevos deslizamientos en zonas de alto riesgo, no dejan duda de la necesidad de acudir a mecanismos, si se quiere más expeditos, de administración y ejecución de recursos como los que ofrece la figura de la fiducia mercantil a partir de la constitución de patrimonios autónomos regidos en su integridad por normas mercantiles, en la medida que permite la concentración de activos y recursos en diferentes frentes de trabajo en aras de obtener, en tiempo real, el desarrollo simultáneo de proyectos en diferentes regiones del país, realidad que en las actuales circunstancias debe ser privilegiada, frente a lo que implicaría que el Fondo Nacional de Vivienda contratara directamente por medio de licitación pública tanto los contratos de fiducia como los diferentes contratos requeridos por éstas para la ejecución de estudios, diseños y obras para todo el territorio afectado por la ola invernal, sin contar, como en efecto ocurre, con que dicho Fondo carece de personal o infraestructura técnica o administrativa que posibilite su ejecución directa.

Lo señalado autoriza a concluir la necesidad de usar mecanismos legales disponibles que garanticen celeridad, con total apego y confianza en que las instrucciones dadas por el Fondo, en calidad de fideicomitente, deben ser claras e inequívocas en relación con la destinación de los bienes y recursos transferidos, así como en cuanto a las actividades y obras a ejecutar. De igual manera, Fonvienda deberá garantizar la solvencia e idoneidad de las personas a quienes entregue bienes y recursos de origen público para el desarrollo del negocio fiduciario, en punto a evitar que la decisión de inversión quede al arbitrio de la

sociedad fiduciaria.

57. Ahora bien, en lo que respecta al principio de proporcionalidad de las medidas de emergencia, este debe encontrarse acorde con lo señalado en el numeral 51 de esta providencia, no sólo porque según el condicionamiento de esta Corte las funciones del Fondo expirarán en el año 2014, sino porque se encuentra excesivo que los patrimonios autónomos creados con ocasión de aquellas puedan seguir recibiendo recursos y bienes públicos de forma permanente, sin más control que el que realiza la Superintendencia Financiera frente a las operaciones de la sociedad fiduciaria. Sobre el punto, la Corte reitera que esta laxa facultad sólo se justifica en condiciones de emergencia, razón por la cual estima proporcionado que la exclusión de las normas de contratación pública en materia de licitaciones y de fiducia pública sólo se mantenga hasta el año 2014, fecha a partir de la cual no podrá hacerse ningún esguince a las normas de contratación estatal y, los recursos y bienes incorporados a los patrimonios autónomos que no se hayan ejecutado deberán revertirse al Fondo Nacional de Vivienda, así como modificarse los términos de las fiducias celebradas, en punto a que estas se rijan por fiducia pública.

Al margen de lo expuesto, también encuentra desproporcionado la Sala que el representante legal de Fonvivienda no asuma a largo plazo responsabilidad alguna por la adjudicación de contratos que comprometen la ejecución de recursos del erario, ni que sobre éstos la Contraloría General de la República pueda ejercer sus funciones de control. Sin contar con los sobrecostos, también innecesarios, que representaría a largo plazo el pago, por ejemplo, del impuesto de renta que se causaría sobre los bienes inmuebles radicados en cabeza de los patrimonios autónomos, pues no se estableció ninguna exención en este caso, la cual es clara en materia de fiducia pública.

De tal forma, el artículo segundo del Decreto 4832 de 2010 será declarado exequible bajo el entendido que las facultades allí previstas sólo se mantendrán hasta el año 2014.

Artículo tercero del Decreto 4832 de 2010.

58. El artículo tercero del Decreto 4832 de 2010, indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 3o. RECURSOS A TRANSFERIR. Autorízase a Fonvivienda, para trasladar recursos a favor de los patrimonios autónomos que se deriven de los contratos de Fiducia Mercantil a

que se refiere el artículo segundo del presente decreto.

Los recursos correspondientes a subsidios familiares de vivienda que se revoquen o venzan conforme a la normatividad vigente, deberán ser transferidos a los patrimonios autónomos que se constituyan en aplicación de este decreto, previa incorporación de los mismos al presupuesto de Fonvivienda mediante acto administrativo por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.”

59. En relación con el inciso primero del artículo tercero, según el cual, se autoriza a Fonvivienda “... para trasladar recursos a favor de los patrimonios autónomos que se deriven de los contratos de Fiducia Mercantil a que se refiere el artículo segundo del presente decreto”, vale la pena advertir que esta facultad en conformidad con lo expuesto en párrafos precedentes se mantendrá hasta el año 2014, con el fin de asegurar el flujo de recursos requeridos por los patrimonios autónomos constituidos con ocasión del ejercicio de las funciones previstas en el artículo primero del decreto en estudio.

En ese orden, aunque dicha medida se considera por la Sala necesaria para el funcionamiento de este mecanismo de emergencia y proporcional a la finalidad perseguida, se debe advertir que el hecho de que el patrimonio autónomo que se constituya carezca de personalidad jurídica no significa que frente a éste no se encuentre una persona que intervenga y afronte justamente las relaciones jurídicas que demanda el cumplimiento de la finalidad prevista por el Estado en su condición de constituyente o fideicomitente. De allí que Fonvivienda será en todo caso responsable frente a los entes de control por el contenido del contrato fiduciario respecto de sus límites, alcances, reservas y ejecución por el solo hecho de encontrarse involucrados recursos públicos y en tanto es a la Administración a quien compete que se realicen los actos comprometidos en la fiducia mercantil.

60. En lo concerniente el principio de proporcionalidad se reitera lo señalado en párrafos precedentes, en el sentido de condicionar la exequibilidad de este artículo a un plazo razonable, esto es, hasta el año 2014. La anterior decisión también encuentra respaldo en la prohibición contenida en el artículo 355 Superior, según el cual ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar donaciones –enajenación de bienes a título gratuito- a favor de personas jurídicas de derecho privado, salvo que se celebren contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro con el fin de impulsar actividades de interés

público acordes con el plan nacional de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, condiciones que en estricto sentido no se cumplen en este caso particular, pero que deben ser sometidas a un escrutinio flexible por parte de la Corte en razón de las especiales circunstancias de calamidad pública que vive el país originadas en la ocurrencia de un fenómeno natural todavía latente, que en todo caso pone de presente que los recursos públicos serán destinados a la atención de necesidades urgentes de utilidad pública y, que por lo mismo se justifican en el corto y mediano plazo, pero de ninguna forma encuentran justificación en el largo plazo.

61. En lo que respecta al inciso segundo del artículo Tercero, por el cual se prescribe que “Los recursos correspondientes a subsidios familiares de vivienda que se revoquen o venzan conforme a la normatividad vigente, deberán ser transferidos a los patrimonios autónomos que se constituyan en aplicación de este decreto, previa incorporación de los mismos al presupuesto de Fonvivienda mediante acto administrativo por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.”, se debe aplicar en rigor el mismo juicio aplicado en párrafos precedentes. En consecuencia y al encontrar necesario y proporcional que los recursos vencidos y revocados por concepto de subsidios que deban retornar a la tesorería de la Nación puedan reincorporarse al presupuesto de Fonvivienda para su debida aplicación en estos proyectos, la Corte no encuentra reparos a su exequibilidad.

62. En los anteriores términos la Corte declarará exequible el artículo tercero del Decreto 4832 de 2010 bajo el entendido que dicha medida sólo estará vigente hasta el año 2014, para efectos de adelantar las etapas de asistencia, rehabilitación y mitigación que sea posible adelantar en dicho período.

Artículo 4º del Decreto 4832 de 2010.

63. El texto del artículo 4º del Decreto legislativo 4832 de 2010, es el siguiente:

“ARTÍCULO 4o. INMUEBLES A TRANSFERIR. Las entidades públicas del orden nacional y territorial de carácter no financiero que hagan parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como patrimonios autónomos en liquidación y órganos autónomos e independientes, podrán transferir a los patrimonios autónomos que se constituyan con ocasión de la celebración de los contratos de fiducia mercantil de que trata el presente decreto, bienes inmuebles fiscales o la porción de ellos con vocación para construcción o el

desarrollo de proyectos de vivienda de interés social. Estas transferencias se efectuarán a través de acto administrativo debidamente registrado, sin que tal transferencia le otorgue a la entidad que transfiere la calidad de fideicomitente.

PARÁGRAFO. Previamente a la transferencia de los inmuebles a los patrimonios autónomos, Fonvivienda, directamente o a través de terceros, deberá verificar la viabilidad para el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social de acuerdo con los usos del suelo permitidos para el predio.”

64. El dominio privado del Estado está compuesto por todos aquellos bienes que pertenecen a las personas públicas y que no reúnen las condiciones para hacer parte del dominio público. El dominio sobre bienes denominados fiscales consiste en que la propiedad que ejercen las personas públicas sobre él, es parecida a la propiedad de los particulares sobre sus propios bienes.

Esta modalidad de bienes tiene origen en el artículo 674 del Código Civil, según el cual son bienes fiscales “los bienes de la unión cuyo uso no pertenecen generalmente a los habitantes”, así éstos se definen por exclusión de los bienes de uso público. Conviene recordar una sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia que al referirse a la exequibilidad de una norma del Código de procedimiento Civil, señaló:

“Bienes de uso público y bienes fiscales conforman el dominio público del Estado, como resulta de la declaración del artículo 674 del Código Civil. La distinción entre “bienes fiscales” y “bienes de uso público”, ambos pertenecientes al patrimonio del Estado, esto es, a la hacienda pública, hecha por las leyes, no se funda pues en una distinta naturaleza sino en cuanto a su destinación y régimen.

Los segundos están al servicio de los habitantes del país, de modo general, de acuerdo con la utilización que corresponda a sus calidades, y los primeros constituyen los instrumentos materiales para la operación de los servicios estatales o son reservas patrimoniales aplicables en el futuro a los mismos fines o a la satisfacción de otros intereses sociales. Es decir que, a la larga, unos y otros bienes del Estado tienen objetivos idénticos, en función de servicio público, concepto equivalente pero no igual al de “función social”, que se refiere exclusivamente al dominio privado.

“Esto es, que ambas clases de bienes estatales forman parte del mismo patrimonio y sólo tienen algunas diferencias de régimen legal, en razón del distinto modo de utilización. Pero, a la postre, por ser bienes de la hacienda pública, tienen un régimen de derecho público, aunque tengan modos especiales de administración. El Código Fiscal, Ley 110 de 1912, establece precisamente el régimen de derecho público para la administración de los bienes fiscales nacionales. Régimen especial, separado y autónomo de la reglamentación del dominio privado.

No se ve, por eso, por qué están unos amparados con el privilegio estatal de la imprescriptibilidad y los otros no, siendo unos mismos su dueño e igual su destinación final, que es el del servicio de los habitantes del país. Su afectación, así no sea inmediata sino potencial, al servicio público, debe excluirlos de la acción de pertenencia, para hacer prevalecer el interés público o social sobre el particular.” (Corte Suprema de Justicia, sentencia de noviembre 16 de 1978, Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Sáchica, Gaceta Judicial, tomo CLVII, número 2397, pág. 263)”.

65. El artículo 4° del Código Fiscal Nacional (ley 110 de 1912), haciendo referencia a la Constitución de 1886, enumeró los principales bienes fiscales: a. Las fincas, rentas, valores y derechos que pertenecen a la unión; los baldíos, minas y salinas. b. las minas de cobre. c. Minas de carbón, azufre, hierro y petróleo. d. Depósitos de guano descubiertos en terrenos baldíos, cuyo régimen jurídico se asimila a los reglamentos del derecho privado.

66. No obstante, en la actualidad la administración y transferencia del dominio de bienes fiscales no se regula por un régimen unificado. Así, se tiene el Código Fiscal que establece algunas normas generales, pero cuyo contenido ha sido progresivamente derogado o modificado en virtud de reglamentaciones especiales para diferentes clases de bienes fiscales según su destinación o afectación a un servicio público.

67. En ese sentido, en materia de vivienda, la Ley 708 de 2001 en su artículo 1º autorizó a las entidades públicas del orden nacional, de carácter no financiero, que hicieran parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como los órganos autónomos e independientes, para transferir a título gratuito al entonces Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -Inurbe- “los bienes inmuebles fiscales de su propiedad, o la porción de ellos con vocación para la construcción o el desarrollo de proyectos de vivienda de

interés social de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional, y sin perjuicio de lo establecido en los planes de ordenamiento territorial”.

68. En el caso bajo estudio, la norma de emergencia autoriza la transferencia de bienes inmuebles fiscales o la porción de ellos con vocación para construcción o desarrollo de proyectos de vivienda de interés social, directamente y a título gratuito a favor de “... los patrimonios autónomos que se constituyan con ocasión de la celebración de los contratos de fiducia mercantil de que trata el presente decreto”. En ese orden, la norma no da cuenta del traslado de inmuebles fiscales entre entidades de naturaleza pública, es decir, en favor del Fondo Nacional de Vivienda, sino del traslado de un bien fiscal, a título gratuito de una entidad pública distinta de éste a un patrimonio autónomo cuya administración corresponde a una sociedad fiduciaria a través de un acto administrativo debidamente registrado.

69. Al respecto, la Corte encuentra que no puede negarse la escasez de suelo disponible y adecuado para el desarrollo de proyectos de vivienda, de manera que encuentra necesario que las diferentes entidades públicas que cuenten con inmuebles disponibles para la ejecución de los mismos los aporten a los diferentes patrimonios autónomos en aras de superar la crisis habitacional generada por el fenómeno de La Niña, traslado que en circunstancias de normalidad se encontraría contrario al ya citado artículo 355 de la Constitución Política, pero que en razón a las especiales circunstancias debe ceder en favor del interés general. También se encuentra necesaria la transferencia inmediata de tales bienes por medios expeditos, como mediante la expedición de un acto administrativo, el cual sobra advertir deberá encontrarse debidamente motivado, indicando con meridiana claridad y suficiencia las razones que justifican la enajenación, así como el destino puntual que ha de darse al determinado bien y, siempre que la entidad pública que transfiere el bien condicione la enajenación a la reversión o devolución de aquellos inmuebles o bienes que no sean empleados por los patrimonios autónomos para la finalidad expresamente prevista en los contratos de fiducia mercantil, de forma que retornen a las entidades aportantes, en la medida que éstos no actúan como fideicomitentes.

70. Respecto del criterio de proporcionalidad, se aplicará la misma limitación prevista en párrafos anteriores, de manera que esta posibilidad solo procederá hasta el año 2014, pues de otra forma no se encuentra razón admisible para exceptuar caros principios y valores constitucionales como el previsto en el artículo 355 Superior.

71. En consecuencia, el artículo será declarado exequible bajo el entendido que la medida allí prevista sólo podrá ejercerse hasta el año 2014.

Artículo 5º del Decreto 4832 de 2010.

72. El texto del artículo 5º del Decreto legislativo 4832 de 2010, prescribe:

“ARTÍCULO 5o. TRANSFERENCIA DE OTROS BIENES.

Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada u organismos internacionales de cooperación, podrán entregar bienes o transferir recursos, a los patrimonios autónomos que se constituyan en desarrollo del presente decreto, a título gratuito sin que se requiera para ello el requisito de insinuación. Estas transferencias no otorgan a quien transfiere la condición de fideicomitente.”

73. La norma transcrita señala que las personas naturales y jurídicas privadas, los organismos internacionales de cooperación y, las entidades públicas, podrán entregar bienes o transferir recursos a título gratuito a los patrimonios autónomos que se constituyan con ocasión del decreto sin que sea necesario el requisito de insinuación.

Sobre este precepto deberá reiterar la Sala que al permitir transitoriamente la constitución de patrimonios autónomos, es necesario en consecuencia autorizar el señalado flujo de recursos y bienes con destino a éstos en punto a evitar cualquier traumatismo en el desarrollo de los programas de contingencia, rehabilitación o reconstrucción que puedan ser realizados a través de la fiducia mercantil hasta el año 2014. Así, podrá admitirse como necesario y proporcional que cualquier donación o transferencia a título gratuito pueda realizarse directamente a Fonvivienda por parte de entidades públicas, siempre que estas incluyan los debidos condicionamientos en los actos de enajenación, de manera que en caso de incumplirse la finalidad a la cual estos bienes o recursos fueron vinculados sea posible su reversión directamente de los patrimonios autónomos a las entidades que los trasladaron.

74. Ahora bien, no existe de parte de la Sala ninguna objeción de carácter constitucional respecto de que personas naturales o jurídicas privadas transfieran bienes o recursos a título gratuito a Fonvivienda. Tampoco encuentra necesario condicionar esta posibilidad en el tiempo, de manera que esta transferencia será posible en tanto estén vigentes los contratos

de fiducia celebrados por dicha entidad, de forma que los bienes y recursos puedan ser aprovechados para superar la emergencia en proyectos de interés social o planes integrales de desarrollo urbano de que trata este decreto.

75. En cuanto a prescindir de la insinuación para efectos de la transferencia de bienes o recursos a título gratuito, se recuerda que ésta la exige el artículo 1458 del Código Civil cuando se trata de donaciones de más de cincuenta salarios mínimos mensuales vigentes, caso en el cual donante y donatario concurren conjuntamente ante notario público para manifestar su voluntad de donar y de aceptar dicha donación, respectivamente. Ello con el fin de materializar la aceptación del donatario, por un lado, y para proteger el patrimonio del donante, de forma que no se trate de una donación lesiva con la cual se afecte su propia subsistencia o se genere una insolvencia que impida atender acreencias, asignaciones forzosas o herencias.

La donación más que un acto jurídico, es un contrato solemne a partir del cual se habilita la transferencia, a título gratuito, del dominio de un bien. En ese orden, el Código Civil señala que la donación será nula en caso de no ser insinuada.

El que el decreto en estudio no exija insinuación en este caso particular, no revela para la Corte un problema de entidad constitucional, sino meramente legal, pues en tal caso la falta de insinuación solo producirá efectos hasta tanto el acto sea demandado por el donante, que es el único facultado para hacerlo con el fin de obtener la devolución de lo trasferido por falta de esta solemnidad y, que el juez produzca la decisión de nulidad. Así, mientras la donación no sea declarada nula conserva sus efectos y nadie podrá desconocer su existencia.

Por otra lado, tampoco tiene impacto en materia tributaria para los donantes ni con ello se viola ninguno de sus derechos, ya que las deducciones por donación de que tratan los artículos 125-1 y siguientes del Estatuto Tributario no están sujetas al trámite de la insinuación, luego el derecho a la deducción existe por el sólo hecho de verificarse la transferencia de bienes o recursos.

En consecuencia, no se encuentra reparo constitucional alguno en prescindir de esta formalidad legal.

76. Tampoco encuentra reparo la Sala respecto de donaciones provenientes de organismo internacionales de cooperación.

77. En lo que respecta a la transferencias de recursos o bienes distintos a inmuebles por parte de personas de naturaleza pública, para la Sala resulta claro que ello sólo será posible en la medida en que se cumpla con las normas de que trata el Estatuto Orgánico de Presupuesto, esto es, siempre que exista la correspondiente apropiación presupuestal y ésta cumpla con el criterio de especialidad, es decir, que la partida se encuentre expresamente destinada a subsidios de vivienda de interés social y desarrollo de proyectos integrales de desarrollo urbano, en términos del plan de inversiones y los respectivos planes de desarrollo.

Por tal razón, el artículo será declarado exequible bajo el entendido que esta facultad estará vigente hasta el año 2014 y que las transferencias de recursos entre entidades públicas cumplan con las normas generales de presupuesto, es decir, se encuentren debidamente presupuestadas y apropiadas y hayan sido previstas en los respectivos planes de desarrollo e inversiones según la naturaleza de la entidad.

Artículo 6º del Decreto 4832 de 2010.

78. El texto del artículo 6º del Decreto legislativo 4832 de 2010, indica:

“ARTÍCULO 6o. IDENTIFICACIÓN DE HOGARES. Para la identificación y definición de los hogares, en gran parte desplazados, afectados con la ola invernal y a aquellos que habitan en viviendas ubicadas en zonas de riesgo o de alto riesgo no mitigable, que serán beneficiados de los programas que se ejecuten en materia de vivienda de interés social urbana en desarrollo del presente decreto, se tendrá en cuenta la información del censo a que se refiere el Decreto 4702 de 2010 y aquella información adicional que sobre el particular determinen las autoridades competentes.

Los recursos que destine Fonvivienda a los patrimonios autónomos originados en los contratos de fiducia mercantil de que trata este decreto, se individualizarán como subsidios familiares de vivienda a los hogares que se identifiquen como afectados por la ola invernal. Dentro de los factores que se tendrán en cuenta para la asignación de los subsidios en lo relativo a priorización y monto de los mismos se incluirá la condición de propietario u

ocupante que tenía el afectado. El Gobierno Nacional reglamentará los montos, términos y condiciones en que se asignarán dichos subsidios.

79. La Sala no encuentra observación de carácter constitucional en relación con el citado artículo, por considerar que cumple con los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

Artículo 7º del Decreto 4832 de 2010.

80. El texto del artículo 7º del Decreto legislativo 4832 de 2010, indica:

“CAPÍTULO II.

SUBSIDIOS FAMILIARES DE VIVIENDA.

ARTÍCULO 7o. RÉGIMEN ESPECIAL. Los hogares que con anterioridad a la entrada en vigencia del presente decreto hayan sido beneficiados con el subsidio familiar de vivienda en cualquiera de sus modalidades, cuyas viviendas resultaren afectadas por la ola invernal, debidamente reconocidas por las autoridades competentes, tendrán derecho a acceder nuevamente al subsidio familiar de vivienda.

81. En relación con esta disposición la Sala no tiene objeción alguna en atención a que cumple con los criterios de necesidad y proporcionalidad, en la medida que si bien sólo se puede ser beneficiario del subsidio de vivienda por una sola vez, la condición de vulnerabilidad derivada de la ola invernal, habilita a quien fue directamente afectado por la ola invernal ser nuevamente destinatario del mismo, siempre que así lo reconozcan las autoridades pertinentes.

Artículo 8º del Decreto 4832 de 2010.

82. El texto del artículo 8º del Decreto legislativo 4832 de 2010, establece:

“ARTÍCULO 8o. ALTERNATIVAS DE APLICACIÓN DE SUBSIDIOS FAMILIARES DE VIVIENDA ASIGNADOS. Aquellos hogares con subsidio familiar de vivienda otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4580 de 2010, cuyos recursos se encuentran depositados en cuentas de ahorro programado y aquellos cobrados anticipadamente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 59 del Decreto 2190 de 2009, respecto de los cuales no se haya

efectuado ningún desembolso al oferente, que hayan sido afectados por la ola invernal, debidamente identificados conforme a lo dispuesto en el artículo sexto del presente decreto, podrán ser aplicados en cualquier proyecto de vivienda de interés social o prioritario.

VI. DECISIÓN

Previas las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional -Sala Plena-, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo PRIMERO del Decreto 4832 de 2010, bajo el entendido que las funciones señaladas a Fonvivienda en los numerales 1 a 6, sólo tendrán vigencia hasta el año 2014, para la ejecución de todas las fases concebidas por el Gobierno Nacional.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo SEGUNDO del Decreto 4832 de 2010, bajo el entendido que lo allí establecido sólo se mantendrá hasta el año 2014.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo TERCERO del Decreto 4832 de 2010, bajo el entendido que la autorización allí prevista sólo se mantendrá hasta el año 2014.

Cuarto.- Declarar EXEQUIBLE el artículo CUARTO del Decreto 4832 de 2010, bajo el entendido que las transferencias de bienes fiscales allí previstas, sólo podrán efectuarse hasta el año 2014.

Quinto.- Declarar EXEQUIBLE el artículo QUINTO del Decreto 4832 de 2010, bajo el entendido que las transferencias allí previstas sólo podrán realizarse hasta el año 2014.

Sexto.- Declarar EXEQUIBLE el artículo SEXTO del Decreto 4832 de 2010.

Séptimo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo SÉPTIMO del Decreto 4832 de 2010.

Octavo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo OCTAVO del Decreto 4832 de 2010.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-244/11

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA DE DECRETO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Improcedencia en relación con la aplicación temporal de facultades de Fonvivienda (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente RE-192

Magistrado Ponente:

Juan Carlos Henao Pérez

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito exponer las razones de mi inconformidad parcial con la decisión adoptada en la sentencia C-244 de 2011.

En mi criterio, los condicionamientos con respecto a los artículos 1º numerales 1 al 6; 2º; 3º; 4º; y 5º; relativos a que las disposiciones contenidas en estas normas sólo tendrían vigencia o se mantendrían hasta el año 2014, en este caso resultaban innecesarios. El gobierno entendió que debía cambiar, temporalmente, el marco legal, de acuerdo con una regla de carácter general.

Cuando el gobierno actúa como legislador, tiene que hacerlo como tal. El condicionamiento propuesto envía el mensaje de que es posible sacar leyes de contenido particular, por ello las medidas adoptadas debieron sujetarse a las fases I y II y no a una fecha de carácter determinada.

Fecha ut supra,

1 Por el cual se establecen las condiciones de postulación, asignación y aplicación del subsidio familiar de vivienda urbana y rural que se otorga por el Fondo Nacional de Vivienda y el Banco Agrario de Colombia S. A., a hogares afectados por situación de desastre, situación de calamidad pública o emergencias que se presenten o puedan acaecer por eventos de origen natural y se dictan otras disposiciones en materia de subsidio familiar de vivienda.

2 El cual se modifican los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 7° del Decreto 2480 de 2005, 2° y 4° del Decreto 1694 de 2007 y se dictan otras disposiciones.

3 Sentencias C-004 de 1992, C-179 de 1994, C-136 de 1996, C-802 de 2002, C-876 de 2002, C-939 de 2002, C-940 de 2002, C-947 de 2002 y C-1024 de 2002.

4 Sentencia C-149 de 2003. Por ejemplo, en la sentencia C-1024 de 2002, la Corte declaró la inexecutable del artículo 3 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002, que consagraba la posibilidad de capturar personas sospechosas, sin que mediara autorización judicial, por ser claramente contraria al artículo 28 constitucional.

6 Sentencia T-499 de 1995.

7 Sentencia T-363 de 2004.

8 Sentencia T-859 de 2003.

9 Sentencia T-325 de 2002.

10 Sentencias SU-1150 de 2000, T-025 de 2004.

11 ARTÍCULO 79. MACRO PROYECTOS DE INTERÉS SOCIAL NACIONAL. El Gobierno Nacional en desarrollo de la presente ley podrá definir, formular, adoptar, ejecutar y financiar los macroproyectos de interés social nacional, y señalar las condiciones para su participación y

desarrollo, con el fin de promover la disponibilidad del suelo para la ejecución de programas, proyectos u obras de utilidad pública o interés social.

Los macroproyectos de interés social nacional son el conjunto de decisiones administrativas y actuaciones urbanísticas adoptadas por el Gobierno Nacional, en los que se vinculan instrumentos de planeación, financiación y gestión del suelo para ejecutar una operación de gran escala que contribuya al desarrollo territorial, de determinados municipios, distritos o regiones del país.

Los macroproyectos de interés social nacional constituyen determinantes de ordenamiento de superior jerarquía para los municipios y distritos en los términos del artículo 10 de la Ley 388 de 1997 y se entienden incorporados en sus planes de ordenamiento territorial. Para el efecto, las acciones urbanísticas de los municipios y distritos que se adopten en las áreas que hagan parte de macroproyectos de interés social nacional, serán concertadas con el Gobierno Nacional. En todo caso, las licencias y/o planes parciales para el desarrollo de los macroproyectos de interés social nacional se otorgarán con sujeción a las normas adoptadas en estos últimos.

Se declaran de utilidad pública e interés social la totalidad de los inmuebles ubicados en suelo urbano, de expansión urbana o rural, en donde el Gobierno Nacional adelante o participe en macroproyectos de interés social nacional para el desarrollo de los programas, obras y proyectos de que trata el artículo 58 de la Ley 388 de 1997.

Facúltese a las entidades del orden nacional para adquirir, mediante enajenación voluntaria, inmuebles de propiedad privada o del patrimonio de entidades de derecho público y para adelantar procesos de expropiación por la vía judicial o administrativa que estén destinados al desarrollo de los macroproyectos de interés social nacional.

Para la ejecución de los macroproyectos de interés social nacional las autoridades nacionales y territoriales podrán celebrar contratos de fiducia mercantil en los que las entidades del sector central y descentralizado por servicios del nivel nacional y territorial participantes, podrán ser fideicomitentes. Las entidades y particulares aportantes, podrán percibir derechos de participación del fideicomiso. El Gobierno Nacional definirá las condiciones generales de tales contratos.

El Gobierno Nacional realizará los ajustes pertinentes a la estructura administrativa del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para la adecuada ejecución de estos macroproyectos, sin que ello implique incremento en las apropiaciones presupuestales”.

12 Decreto ley 975 de 2004, Ley 812 de 2003, Ley 789 de 2002, Ley 546 de 1999, Ley 388 de 1997.

13 Artículo 56 de la Ley 9ª de 1989.

14 Folio 32 del expediente principal.

15 Datos DANE 2008 a 2009.

16 En términos de la Ley 617 de 2000, los municipios categoría 6 cuentan con una población igual o inferior a diez mil (10.000) habitantes e ingresos corrientes de libre destinación anuales no superiores a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales.

17 Artículo 1° del Decreto 4821 de 2010. “Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano (PIDU). El Gobierno Nacional podrá promover, ejecutar y financiar Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano (PIDU) en los que se definan, de común acuerdo con las autoridades de planeación de los municipios y distritos en el ámbito de sus respectivas competencias, el conjunto de decisiones administrativas y de actuaciones urbanísticas necesarias para la ejecución de operaciones urbanas integrales que garanticen la habilitación de suelo para la ejecución de los proyectos de construcción de vivienda y reubicación de asentamientos humanos para atender la emergencia económica, social y ecológica nacional, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 4580 de 2010.

En los Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano se definirán las condiciones para la construcción y reubicación de viviendas, el desarrollo de otros usos, la extensión o ampliación de la infraestructura para el sistema vial, y de servicios públicos domiciliarios, y la ejecución de espacios públicos y equipamientos colectivos, ya sea que se trate de predios urbanos, rurales o de expansión urbana.”

Parágrafo. Cuando los Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano se localicen en suelos rurales deberán apoyar el desarrollo compacto de la ciudad.

18 Ibídem. “ Artículo 2°. Categorías. Los Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano (PIDU) serán adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y se clasificarán, de la siguiente forma:

1. PIDU Categoría 1, para la definición de los términos y las condiciones de gestión y ejecución de los contenidos, actuaciones o normas urbanísticas del plan de ordenamiento territorial vigente, sobre la base de un convenio suscrito entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Alcalde del respectivo municipio o distrito. Con la adopción de estos Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano, en ningún caso, podrán modificarse las disposiciones del respectivo plan de ordenamiento territorial.

2. PIDU Categoría 2, para la definición, además de lo previsto en el numeral anterior, de las posibles modificaciones de las normas urbanísticas que regulan el uso y aprovechamiento del suelo del plan de ordenamiento territorial vigente, cuando ello resulte necesario para asegurar la viabilidad de la operación urbana que se adopta con el Proyecto Integral de Desarrollo Urbano.

En estos casos, la adopción del PIDU implicará la ratificación previa del concejo municipal o distrital de la modificación de dichas normas, sobre la base del convenio suscrito entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Alcalde del respectivo municipio o distrito. “

19 Página 4 del anexo H remitido por el Departamento Nacional de Planeación.

{p}