Sentencia C-246/11

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA/MEDIDAS DE CONTROL DE RECURSOS CON DESTINO A LA EMERGENCIA

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA-Concepto

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA-Configuración

Referencia: expediente RE- 209.

Revisión de constitucionalidad del decreto legislativo 146 del 21 de enero de 2011, "Por medio del cual se establecen medidas de eficiencia y control en el manejo y protección de los recursos públicos destinados a la atención de la emergencia económica, social y ecológica y se dictan otras disposiciones".

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

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

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente sentencia.

I. ANTECEDENTES.

El Presidente de la República remitió a esta Corporación copia auténtica del decreto legislativo 146 del 21 de enero de 2011, "Por medio del cual se establecen medidas de eficiencia y control en el manejo y protección de los recursos públicos destinados a la atención de la emergencia económica, social y ecológica y se dictan otras disposiciones".

Por reparto de la Sala Plena de esta Corporación, el asunto ingresó al Despacho el veintisiete (27) de enero del presente año, para el trámite de rigor. Ese mismo día el Despacho avocó conocimiento del asunto y ordenó impartirle el correspondiente trámite.

II. TEXTO DEL DECRETO.

Se transcribe a continuación el texto del decreto legislativo 146 de 2011, "por medio del cual se establecen medidas de eficiencia y control en el manejo y protección de los recursos públicos destinados a la atención de la emergencia económica, social y ecológica y se dictan otras disposiciones", tal y como aparece publicado en el Diario Oficial núm. 47.959 del 21 de enero de 2011, pág. 1:

"DECRETO NÚMERO 146 DE 2011

(enero 21)

por medio del cual se establecen medidas de eficiencia y control en el manejo y protección de los recursos públicos destinados a la atención de la emergencia económica, social y ecológica y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 020 de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que como consecuencia del Fenómeno de La Niña se han presentado en el país problemas de desabastecimiento de agua potable y alimentaria, pérdida de viviendas, riesgos de fragmentación familiar originados en el desplazamiento de la población afectada por la ola invernal, inestabilidad, deforestación y fenómenos geológicos que han afectado de manera grave la infraestructura vial nacional, como inundaciones, derrumbes, pérdida de zonas agrícolas, de viviendas, centros educativos, acueductos, hospitales, e infraestructura de servicios públicos, que exigen actuaciones inmediatas del Estado e inversión de importantes recursos que aseguren la atención de las necesidades de la población afectada.

Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, declaró mediante Decreto número 020 de 2011, el estado de emergencia económica, social y ecológica del país o que constituyen grave calamidad pública.

Que igualmente se hace necesario dictar una serie de medidas y establecer controles a las mismas para asegurar el cumplimiento de las disposiciones especiales decretadas para conjurar el estado de emergencia, social, económica y ecológica.

Que es del interés de los Organismos de Control, contar con disposiciones que les permitan garantizar el buen uso de los recursos públicos, evitar el daño al patrimonio del Estado y velar por que los dineros dispuestos para la atención de la emergencia sean invertidos para contrarrestar los efectos de la misma.

Que conforme a lo dispuesto en el artículo 215 de la Constitución Política, una vez declarado el estado de emergencia, el Presidente con la firma de todos los Ministros, podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Que según los estimativos realizados por el Gobierno Nacional, se requerirán para la atención de la emergencia cerca de diez billones de pesos del presupuesto nacional, lo que implicará la necesidad de que la Contraloría General de la República realice la vigilancia y control fiscal sobre estos recursos.

Que de conformidad con las normas legales vigentes, los recursos destinados para atender la emergencia en caso de desastres, están sujetos a un régimen legal de derecho privado, razón por la que se hace necesario adoptar medidas de control fiscal oportunas, eficientes y efectivas, por parte de la Contraloría General de la República y otros organismos de control, ante la situación excepcional que se está presentando en el país.

DECRETA:

Artículo 1°. Revocatoria de urgencias manifiestas irregulares. Cuando las entidades del Estado decreten la urgencia manifiesta con ocasión de la declaratoria de Estado de Emergencia Social, Económica y Ecológica y, en desarrollo de esta contratación, se adviertan graves irregularidades en el uso de los recursos que pueda afectar el patrimonio público, la Contraloría General de la República en desarrollo de sus procesos auditores y en ejercicio del control posterior a la medida de urgencia manifiesta podrá ordenar al representante legal de la entidad que se suspenda revoque el acto administrativo que ordenó esta medida que se abstenga de celebrar nuevos contratos que estén en trámite hasta que la autoridad judicial competente decida sobre su legalidad.

Parágrafo. Cuando la Contraloría General de la República en desarrollo de sus procesos auditores advierta que han cesado los efectos de las situaciones excepcionales que generaron la declaratoria del Estado de Emergencia Social, Económica y Ecológica, podrá hacer uso de las facultades establecidas en el inciso anterior.

Artículo 2°. Procedimiento y control en donaciones. A partir de la expedición del presente decreto, las donaciones que se reciban para atender la emergencia económica, social y ecológica serán objeto de control fiscal, por parte de la Contraloría General de la República, para lo cual las entidades remitirán toda la información requerida por el ente de control.

Artículo 3°. Régimen contractual de la emergencia. Modifíquese el artículo 25 del Decreto 919 de 1989, modificado por el artículo 3° del Decreto 4702 de 2010, el cual quedará así:

Artículo 25. Medidas especiales de contratación. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Calamidades o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.

Artículo 4°. En aquellos proyectos o contratos en los que se denuncien o evidencien posible irregularidades de mal uso de los recursos públicos, la Contraloría General de la República ejercerá una función de vigilancia especial inmediata con el único propósito de advertir o prever graves riesgos que puedan comprometer el patrimonio público. Las advertencias que se formulen en desarrollo de esta vigilancia especial no tendrán efectos de obligatoriedad para la administración o los contratistas. Esta función especial de vigilancia se ejercerá sin perjuicio de las atribuciones de control fiscal previstas en la Ley 42 de 1993.

Como consecuencia de sus procesos auditores y en ejercicio del control posterior a que se refiere la citada ley, la Contraloría General de la República podrá solicitar se suspenda provisionalmente un contrato cuando exista mérito para presentar alguna de las siguientes acciones judiciales: Demanda de nulidad absoluta, acción popular en defensa de la moralidad administrativa o el patrimonio público o denuncia penal por algún delito contra la administración pública. La suspensión se levantará si la autoridad judicial desestima las

pretensiones de la Contraloría.

Artículo 5°. Apoyo técnico de universidades. Las universidades podrán conformar laboratorios u observatorios orientados a ejercer el control social técnico, en tiempo real, de la planeación, ejecución y liquidación de los proyectos de infraestructura con el fin de verificar, desde el punto de vista técnico y presupuestal, que las obras cumplen con la calidad contratada. Para estos efectos, los grupos universitarios debidamente avalados se inscribirán en el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería – COPNIA. El Estado y los contratistas tendrán la obligación de facilitar el acceso razonable a las obras para la cabal realización de funciones docentes, académicas y de veeduría social de las obras.

Artículo 6°. Tipificación penal especial. El servidor público que dé uso o aplicación diferente a los recursos o bienes destinados a la atención del presente estado de Emergencia Social, Económica y Ecológica incurrirá a título de culpa, en el delito de peculado por aplicación oficial diferente, contenido en el artículo 399 del Código Penal sancionable con prisión de 3 a 5 años y en falta disciplinaria de destitución, previo adelantamiento del mismo procedimiento breve establecido en el artículo 53 de la Ley 137 de 1994.

Artículo 7°. Determinación de la responsabilidad conjunta en procesos judiciales por calamidad. Para efectos del ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades estatales o diversas entidades estatales, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada uno de ellos, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño. La obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2.344 del Código Civil.

En los procesos de responsabilidad fiscal derivados de la actividad contractual del Estado que generen demandas por las situaciones que ocasionaron la calamidad o por la atención de la misma, el juez deberá al momento de emitir el fallo determinar la responsabilidad correspondiente teniendo en cuenta el grado de cumplimiento de las obligaciones de las partes, así como la distribución de los riesgos contractuales, de acuerdo con la valoración que haga con las pruebas aportadas al proceso que se adelante. Para el efecto, el juez deberá estudiar y decidir de oficio la excepción de fondo de contrato no cumplido o una excepción especial de adjudicación fraudulenta y en caso de encontrar probado que el contratista dejó de cumplir lo pactado en el respectivo contrato o no se allanó a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, procederá a desestimar las pretensiones indemnizatorias correspondientes.

Artículo 8°. Regulación de precios y Banco de Proponentes. Con ocasión de la Emergencia Social, Económica y Ecológica y durante el período que para el efecto se indique, el Gobierno Nacional estará facultado para congelar, regular los precios o establecer marcos de referencia de los arrendamientos urbanos y rurales o de compras de muebles e inmuebles para posibilitar la implementación de políticas de reasentamiento y relocalización de personas afectadas por la emergencia y otras medidas. Facúltase al Contralor General de la República para suspender en forma total o parcialmente el Sistema de Información para la

Vigilancia de la Contratación Estatal “SICE”.

Créase un Banco de Proponentes para asegurar su idoneidad, capacidad financiera y técnica para la ejecución de los contratos.

Artículo 9°. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese, publíquese, y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 21 de enero de 2011.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro del Interior y de Justicia,

Germán Vargas Lleras.

La Viceministra de Relaciones Exteriores, encargada de las funciones del Despacho de la Ministra de Relaciones Exteriores,

Mónica Lanzetta Mutis.

El Viceministro General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público,

William Bruce Mac Master Rojas.

El Ministro de Defensa Nacional,

Rodrigo Rivera Salazar.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

Juan Camilo Restrepo Salazar.

El Ministro de la Protección Social,

Mauricio Santa María Salamanca.

El Ministro de Minas y Energía,

Carlos Enrique Rodado Noriega.

El Viceministro de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Comercio, Industria y Turismo,

Carlos Andrés de Hart Pinto.

La Ministra de Educación Nacional,

María Fernanda Campo Saavedra.

La Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,

Beatriz Elena Uribe Botero.

El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones,

Diego Ernesto Molano Vega.

La Viceministra de Transporte, encargada de las funciones del Despacho del Ministro de Transporte,

La Ministra de Cultura,

Mariana Garcés Córdoba.

III. INTERVENCIONES CIUDADANAS.

1. Olga Raquel Pardo Ramos.

La ciudadana Olga Raquel Pardo Ramos interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte que declare inexequible la expresión "en forma total" de la parte final del artículo 8 del decreto legislativo 146 de 2011 o, en su defecto, se declare la constitucionalidad condicionada de la misma disposición, en el sentido de que la competencia otorgada a la Contraloría para suspender parcialmente el funcionamiento del SICE, es única y exclusivamente en relación con la contratación dirigida a conjurar la emergencia económica, social y ecológica.

Al respecto, señala que el SICE tiene por finalidad la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan recursos públicos, como lo señala el artículo 1 de la Ley 598 de 2000, constituyéndose en una herramienta de gran importancia para que los organismos de control, y en especial la Contraloría, puedan asegurar el cumplimiento de parámetros básicos para la contratación de bienes y servicios.

Agrega que el SICE se ha convertido en un sistema de información que permite la autorregulación, el control institucional y garantiza el principio de publicidad en los procesos de contratación estatal en el aspecto más sensible que no es otro que el valor pecuniario en que se estima el bien o servicio, es decir, el precio del futuro contrato con cargo al presupuesto nacional.

Insiste en que el Gobierno Nacional violó el principio de unidad de materia, por cuanto la disposición cuya declaratoria de inexequibilidad se solicita, no guarda relación alguna con el tema central del decreto. Además, "la suspensión total del SICE tendrá efectos no sólo en los procesos de contratación estatal de bienes y servicios destinados a conjurar la crisis invernal sino en TODA la contratación administrativa del Estado".

2. María Alexandra Enciso Novoa.

La ciudadana María Alexandra Enciso Novoa interviene en el proceso de la referencia, para solicitarle a la Corte declare exequible el decreto legislativo 146 de 2011.

En cuanto a las funciones atribuidas a la Contraloría, afirma que es de público conocimiento la dilapidación y saqueo que se hace en Colombia de los dineros que conforman los ingresos y el patrimonio del estado, al punto del enriquecimiento ilícito y la malversación de fondos resultan ser una constante. De allí la necesidad de contar con garantes de rectitud, como lo es la Contraloría.

Por último, sostiene que el texto normativo sometido al control de la Corte cumple con los requisitos de finalidad, necesidad, motivación, proporcionalidad, no discriminación y trato igualitario.

3. Universidad Santo Tomás de Bogotá.

Los ciudadanos Carlos Rodríguez Mejía y Ginna González Cortés, actuando en nombre de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, intervienen en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible el decreto legislativo 146 de 2011.

Al respecto, sostienen los intervinientes que el texto normativo cumple con todos los requisitos formales, por cuanto fue suscrito por el Presidente de la República y todos sus Ministros. De igual manera, fue adoptado durante la vigencia del estado de emergencia económica, social y ecológica.

A su vez, en cuanto a los requisitos materiales, argumentan que las disposiciones contenidas en el decreto se ajustan a la Constitución por cuanto "la decisión del Gobierno Nacional es absolutamente necesaria para conjurar la crisis actual, dado que el presente decreto constituye una medida de control para asegurar el cumplimiento de las disposiciones especiales establecidas ante la situación excepcional que se presenta actualmente y que a su vez al determinar el sometimiento de los recursos destinados a atender la emergencia social a un régimen legal de derecho privado, se hace necesario adoptar medidas de control eficaces y oportunas que garanticen el buen uso de estos y como consecuencia aseguren la atención de necesidades de las personas afectadas por el fenómeno del invierno en nuestro país".

4. Hernando Robles Villa.

El ciudadano Hernando Robles Villa, interviene en el proceso de la referencia para hacer "Una contribución ciudadana a organizar y adecuar el dominio de las aguas y sus cauces en el territorio de la República de Colombia".

En este orden de ideas, el ciudadano le presenta a la Corte un conjunto de "perspectivas interrelacionadas entre el medio ambiente y los hechos acaecidos, los cuales pueden o están siendo afectados o agravados por una normatividad incompleta, mal concebida o mal aplicada, lo cual amerita ser revisada por esa Corporación para que como resultado de ello, surjan los ajustes legales o las recomendaciones pertinentes ante quienes corresponda".

En tal sentido, propone varias medidas relacionadas con (i) la gobernabilidad ambiental; (ii) el concepto de autoridad de cuenca; (iii) la necesidad de precisar los caudales ecológicos; (iv) imponer el concepto de cuenca hidrográfica compartida; (v) mantener invulnerable a la autoridad ambiental; (vi) ampliar la importancia del uso y conservación de las cuencas, entre

otras muchas medidas.

IV. INTERVENCION DE AUTORIDADES PÚBLICAS.

1. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

La Dra. Cristina Pardo Schlesinger, Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible el decreto legislativo

En cuanto al cumplimiento de los requisitos de forma explica que el texto normativo sometido al control de la Corte se encuentra debidamente firmado por el Presidente de la República y todos sus Ministros; se halla motivado, e igualmente, fue expedido dentro de la vigencia del estado de emergencia económica, social y ecológica.

En cuanto a la motivación del decreto legislativo, sostiene la necesidad de fijar un sistema de vigilancia especial y rigurosa sobre los recursos públicos, por parte de los órganos de control fiscal.

Al respecto, argumenta que teniendo en cuenta que la situación de grave calamidad conlleva la contratación de obras públicas, bienes y servicios destinados a la atención de la emergencia a mediano y largo plazo, se requiere contar con un sistema de vigilancia especial y riguroso por parte de las autoridades de control fiscal.

Asegura igualmente que el Gobierno Nacional cuenta con la facultad para modificar el Estatuto de Contratación Estatal durante un estado de emergencia económica, social y ecológica. Como respaldo a dicha afirmación, trae a colación algunos extractos de la sentencia C- 136 de 1999.

En relación con los cambios introducidos a la figura de la urgencia manifiesta, señala la interviniente que, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica que afronta el país, ya se han implementado mecanismos tendientes a flexibilizar y simplificar los procesos para el desembolso de recursos estatales, siendo indispensable la intensificación de los mecanismos de control sobre la gestión de dineros y el cumplimiento de obligaciones que están destinados a sufragar. “Por lo tanto, se encuentra demostrado que la norma bajo examen satisface el presupuesto material de necesidad”.

Considera igualmente la interviniente que se trata de una medida proporcional, por cuanto constituye un medio útil y adecuado para garantizar que los dineros provenientes del erario público se encaminen realmente a conjurar los efectos de la ola invernal.

En relación con el control fiscal ejercido sobre las donaciones, indica que la norma se encamina directamente a evitar que aquéllas sean desviadas para fines distintos de aquellos relacionados con la superación de la crisis.

Sostiene igualmente la necesidad de introducir modificaciones en el régimen contractual y presupuestal, ya que se requiere contar con mecanismos institucionales ágiles, oportunos y

eficaces. Lo anterior por cuanto "no se podía acudir a las normas ordinarias de contratación consagradas en la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, en las cuales se somete a un procedimiento lento, largo y dispendioso que no permitiría que los recursos fueran utilizados de manera eficaz y urgente en la solución de los problemas ocasionados por el fenómeno de la Niña".

Por otra parte, en cuanto a la tipificación de un nuevo delito, prevista en el artículo 6 del decreto legislativo 146 de 2011, insiste en que la Corte, en sentencia C- 225 de 2009 consideró que, bajo un estado de emergencia económica, social y ecológica, el Gobierno Nacional cuenta con dicha facultad.

Afirma que la expedición de la medida era necesaria por cuanto, según informes rendidos por la Contraloría, en algunos municipios y departamentos del país se vienen presentando abusos en la utilización del mecanismo de la urgencia manifiesta, como medio para contratar directamente, sin que estén dados los presupuestos fácticos y jurídicos para ello.

A su vez, en relación con las modificaciones introducidas a la regulación de la acción de reparación directa, sostiene que, en la actualidad, el estado viene siendo condenado por actos y omisiones imputables a particulares. De allí la necesidad de exceptuar la aplicación del principio de solidaridad.

Por último, defiende la constitucionalidad de la facultad con que cuenta la Contraloría para suspender la aplicación del SICE, por cuanto "tiene la finalidad de dotar a la administración de la información necesaria para que tome decisiones, respecto a la realización de las acciones necesarias para la reubicación y el reasentamiento de la población afectada con el fin de proteger la vida, integridad personal y su digna subsistencia".

2. Contraloría General de la República.

Sandra Morelli Rico, Contralora General de la República, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible el decreto legislativo 146 de 2011.

Inicia la interviniente por adelantar un recuento normativo de las facultades constitucionales y legales con que cuenta el organismo de control para vigilar los recursos públicos nacionales, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en materia de control fiscal. Pasa luego a transcribir los textos del artículo 215 superior, así como del decreto legislativo 146 de 2011.

A renglón seguido, en relación con el articulado, la Señora Contralora señala que el decreto legislativo 146 de 2011 se encamina a (i) establecer controles para asegurar el cumplimiento efectivo de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para conjurar la grave situación existente; (ii) fijar un sistema de vigilancia especial, oportuno, eficiente, eficaz y riguroso por parte de las autoridades de control fiscal, en particular, por la Contraloría General de la República; (iii) dotar a los organismos de control de disposiciones que permitan garantizar el buen uso de los recursos públicos; (iv) evitar el daño patrimonial al Estado; y (v) velar por la adecuada inversión de los dineros destinados a contrarrestar los efectos de la emergencia.

Asegura que las anteriores medidas son necesarias por cuanto "las contrataciones dependen

de los presupuestos propios de cada entidad, y de los recursos transferidos por el gobierno nacional, teniendo en cuenta que los estudios realizados a la infraestructura nacional en aras de garantizar la atención de las necesidades de la población afectada arrojan que deberá realizarse una inversión cercana a los diez billones de pesos, frente a estos recursos la Contraloría General efectuará el control correspondiente".

En relación con la facultad para revocar urgencias manifiestas irregulares, indica que la medida se ajusta a la Constitución por cuanto "respeta la competencia dada por la Constitución Política a este Ente de Control en lo relativo al control posterior que debe hacerse a los recursos, y lo faculta para que, en el evento de originarse irregularidades en la declaración de la figura de la urgencia manifiesta y consecuencia de ésta, con los recursos invertidos, le ordene al Representante Legal de la entidad, que suspenda y/o revoque su propio acto, cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público".

Respecto al control fiscal que se ejerce sobre donaciones privadas, sostiene que "Lo que busca el Ejecutivo con el presente artículo, es que este Ente de Control salvaguarde aún más la Fe Pública, la cual se expresa en dichas donaciones; como es de público conocimiento esta emergencia ha movilizado a la ciudadanía, la cual puede verse defraudada al ver que sus ayudas no son invertidas adecuadamente."

Por otra parte, respecto al artículo 3 del decreto legislativo, referente al régimen contractual de emergencia, sostiene que "Por lo tanto, al estar esta contratación sometida al régimen de los particulares, el control que se realice a estos recursos debe ser más exhaustivo por el riesgo que implica una contratación pública sin sujeción a los postulados de la ley 80 de 1993 y para la comunidad el manejo inadecuado de los recursos destinados a la satisfacción de sus necesidades básicas. La Contraloría General de la República, en uso de sus atribuciones constitucionales velará porque se realice en forma directa y frontal un control efectivo en aras de proteger la Fe pública y la Moralidad Administrativa. Este artículo se evidencia en su contenido ajustado a la Constitución y a la Ley".

En relación con el tema de la solicitud de suspensión de contrataciones, prevista en el artículo 4 del decreto legislativo, argumenta la interviniente que ya la Corte Constitucional se pronunció en relación frente a las facultades con que cuenta la Procuraduría en la materia, y por tanto, "otorgar dicha facultad a la Contraloría General de la República resulta admisible toda vez que constitucionalmente ostenta el mismo rango de ente de control que la Procuraduría General de la Nación, que en todo caso esta facultad deberá ejercerla bajo los postulados del artículo 267 de la Constitución Política, es decir, en forma posterior".

De igual manera, considera ajustado a la Constitución el artículo 6 del decreto legislativo 146 de 2011, referente a la creación de un nuevo tipo penal, por cuanto "resulta evidente que la modificación al ordenamiento jurídico contenida en el artículo 6º del decreto 146 de 2011 busca salvaguardar, como es el caso del tipo penal de aplicación oficial diferente, el interés jurídico de la administración pública, en lo que respecta al gasto público y la destinación previa de los bienes a la finalidad para la cual están destinadas. Con todo, la normatividad ahora analizada procura proteger, específicamente, los recursos o bienes destinados a la atención del presente estado de emergencia económica, social y ecológica".

Así mismo, sostiene que se ajusta a la Constitución el artículo 7 del decreto legislativo 146 de 2011, referente a la "Determinación de la responsabilidad conjunta en procesos judiciales por calamidad", por cuanto, "la disposición busca que el Estado responda por la proporción de los daños causados y que efectivamente le corresponde. De esta manera, no serán utilizados recursos que tienen como propósito atender la emergencia, para cubrir los daños que han causado terceros. La finalidad de la norma es proteger los recursos destinados a atender la emergencia".

De otra parte, en relación con la facultad que le otorga el decreto legislativo al Contralor General de la República para suspender, en forma total o parcial, el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE, sostiene que "teniendo en cuenta que el SICE depende en forma exclusiva del ordenamiento contractual estatal, es decir, que es de origen legal, la facultad que aquí da la norma se entiende plenamente constitucional".

3. Fiscalía General de la Nación.

El ciudadano César Augusto Rincón Vicentes, Jefe de la Oficina Jurídica (e) de la Fiscalía General de la Nación, remitió un oficio indicando que "no emitirá concepto sobre la constitucionalidad, por ser ajena la temática al papel misional de la institución".

4. Ministerio del Interior y de Justicia.

El ciudadano Fernando Gómez Mejía, actuando en su calidad de Director de Ordenamiento Jurídico del Ministerio del Interior y de Justicia, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible el decreto legislativo 146 de 2011.

Así pues, en relación con las modificaciones introducidas en la regulación de la urgencia manifiesta, afirma que las nuevas competencias asignadas a la Contraloría en la materia, se justifican por cuanto se pretende prevenir la ocurrencia de un riesgo, consistente en la desviación de los recursos destinados a la atención de la población damnificada por el invierno.

Sostiene igualmente que era necesario establecer sistemas para controlar el buen uso de las donaciones recibidas con ocasión de la emergencia, de manera rápida y efectiva.

En lo que atañe al régimen contractual de la emergencia, explica que los cambios responden a asegurar el cumplimiento de las disposiciones especiales decretadas para conjurar el estado de emergencia, y por el otro, establecer controles efectivos.

Así mismo, estima que el mecanismo de vigilancia especial de la Contraloría, pretende advertir y conjurar el mal uso de los dineros recibidos con ocasión de la atención a los damnificados. De igual forma, considera que el apoyo técnico que puedan brindar las universidades al control sobre el manejo de los recursos, se ajusta a la Constitución.

Argumenta igualmente que los cambios introducidos a la regulación de la acción de reparación directa, apuntan a proteger el patrimonio del estado, de cara a futuras demandas presentadas con ocasión de los daños producidos por la ola invernal.

Por último, afirma el interviniente que la regulación de precios y la creación de un banco de

proponentes, son medidas encaminadas a evitar que se produzcan fenómenos especulativos en las zonas afectadas por el fenómeno de la Niña.

5. Auditoría General de la República.

El ciudadano Iván Darío Gómez Lee, Auditor General de la República, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible el decreto legislativo 146 de 2011.

Sostiene que, a efectos de atender los efectos de la ola invernal, será necesario invertir alrededor de diez billones de pesos del presupuesto nacional, los cuales requieren una vigilancia y control fiscal inmediatos, que garanticen que los mismos lleguen a sus destinatarios.

Afirma que las medidas consignadas en el decreto legislativo apuntan a la realización de un control fiscal posterior, empleando para ello acciones de vigilancia que se encuentran en desarrollo "en ordenamientos legales, bien sea dentro del ejercicio auditor o en respuesta a las denuncias y riesgos propios de la gestión vigilada".

En segundo lugar, precisa que una de esas acciones de control es la función de advertencia, la cual ya se encuentra prevista en la ley, y que tampoco desconoce preceptos constitucionales, por cuanto no tiene efectos vinculantes frente a decisiones de la administración, "y tiene por objeto alertar sobre actividades irregulares que puedan causar daño al patrimonio público".

Defiende igualmente la necesidad de establecer instrumentos especiales de control, teniendo en cuenta el altísimo riesgo que existe de que se presente un manejo irregular de los recursos y se dilapiden. Lo anterior por cuanto "Los estudios realizados por la Auditoría General de la República permiten concluir que las acciones normales de las Contralorías no entregan resultados idóneos ni oportunos. El valor consolidado de los procesos de responsabilidad fiscal asciende a la suma de 2.9 billones de pesos de los cuales solamente se recupera una suma aproximada a los 38 mil millones de pesos anuales, lo cual representa un porcentaje de efectividad del 1.27% de resultado de la gestión de Contralorías".

Más adelante sostiene "Las cifras alertan sobre la poca eficacia de la gestión de las contralorías y conllevan a la Auditoría General de la República a concluir que son necesarias medidas excepcionales de control que garanticen unas acciones oportunas, máxime para una cuantía tan alta, Diez Billones de Pesos ejecutados por contratación directa".

En este orden de ideas, según el interviniente, las medidas contenidas en el decreto 146 de 2011 se orientan a establecer unas herramientas especiales y oportunas de control fiscal sobre los recursos públicos que se inviertan en atención de la emergencia, y que permitan evitar la malversación y destinación indebida de los mismos.

Así pues, en relación con las nuevas facultades con que cuenta la Contraloría en materia de control fiscal, afirma que lo importante es que el órgano de control no permanezca pasivo ante un inminente riesgo de pérdida o menoscabo de recursos públicos destinados exclusivamente a atender la ola invernal. Otro tanto sucede con las donaciones.

Por otra parte, en cuanto al régimen de derecho privado que se aplicará en los contratos, sostiene que "los organismos de control fiscal son conscientes del incremento del riesgo de pérdida de recursos contratados bajo normas de derecho privado, situación que demanda el incremento de medidas de control que permitan la vigilancia efectiva sobre estos recursos".

De igual manera, a juicio del interviniente, se ajustan a la Constitución las regulaciones de los observatorios universitarios sobre la planeación y ejecución de las obras, así como la tipificación de un nuevo delito referido al peculado por destinación diferente a título de culpa.

Sostiene igualmente que las modificaciones introducidas al régimen de la acción de reparación directa son coherentes por cuanto no es justo que el estado responda plenamente por daños imputables igualmente a particulares. A su vez, en cuanto al inciso 2 del artículo 7 del decreto legislativo, sostiene que "se pretende que el fallador, para la toma de la decisión, tenga en cuenta un factor de relevancia relacionado con el comportamiento del demandante en la ejecución del contrato, es decir, si éste en la ejecución del contrato objeto de litis cumplió cabalmente con las obligaciones a las que se comprometió, o de lo contrario, se abstuvo de hacerlo total o parcialmente. Y es en razón de ello que el funcionario público encargado de fallar, deberá estudiar y decidir de oficio la excepción de contrato no cumplido contenida en nuestra legislación civil, para, de comprobar incumplimientos recíprocos por las partes, desestime las pretensiones indemnizatorias correspondientes."

Finalmente, en relación con la facultad otorgada a la Contraloría para suspender el SICE, afirma que la medida se justifica por cuanto "el mismo contiene precios de referencia incorporados por los propios proveedores, y podría servir de herramienta para que en el mismo se introdujeran valores superiores a los reales del mercado, propiciando así una herramienta legal para las compras estatales con sobrecostos".

V. PRUEBAS

El Magistrado Sustanciador no consideró necesario decretar pruebas.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, en concepto No. 5108, intervino dentro del proceso de la referencia de conformidad con lo preceptuado en los artículos 241 numeral 7, 242 numeral 2 y 278 numeral 5 de la Carta Política, en los siguientes términos:

"1. Aclaración previa.

Es menester advertir que en el Concepto 5093, rendido en el trámite del expediente RE-173, se solicitó a la Corte declarar inexequible el Decreto 020 del 7 de enero de 2011, "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 estado de emergencia, como el que ahora se examina, resultan inconstitucionales por consecuencia o efecto de la desaparición de la vida jurídica del título que sustenta la expedición de los mismos.

En vista de que la expedición del Decreto 020 de 2011 fue realizada de manera contraria a los mandatos superiores, ante la obligación de preservar la vigencia de un orden justo, el

control judicial no puede prohijar sus efectos en el tiempo, razón por la que se solicita a la Corte declarar la inconstitucionalidad del Decreto 146 de 2011 con efectos retroactivos al momento de su promulgación.

2. Conclusión.

Por lo expuesto, el Ministerio Público solicita a la Corte declarar INEXEQUIBLE el Decreto 146 de 2011 a partir de su promulgación"

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso por tratarse de la revisión de un decreto legislativo dictado por el Gobierno con fundamento en el artículo 241.7 de la Constitución, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 215 de la Constitución.

2. Inconstitucionalidad por consecuencia

Mediante Decreto 020 del 7 de enero de 2011 el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por razón de grave calamidad pública, hasta el 28 de enero de 2011. En virtud de las facultades allí conferidas, fue expedido el decreto legislativo 146 del 21 de enero de 2011, "Por medio del cual se establecen medidas de eficiencia y control en el manejo y protección de los recursos públicos destinados a la atención de la emergencia económica, social y ecológica y se dictan otras disposiciones".

La Corte Constitucional, mediante sentencia C- 216 de 2011 decidió lo siguiente:

"Declarar INEXEQUIBLE el Decreto 020 de 2011 "por medio del cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública".

Como el Decreto Legislativo 146 de 2011 fue expedido en desarrollo de la emergencia económica, social y ecológica, la cual fue declarada inexequible mediante la citada sentencia, aquél debe correr la misma suerte que esta última, en virtud del fenómeno de la inconstitucionalidad por consecuencia.

Así se refiere la jurisprudencia a esta circunstancia.

"Se trata de una inconstitucionalidad por consecuencia, es decir, del decaimiento de los decretos posteriores a raíz de la desaparición sobreviniente de la norma que permitía al Jefe del Estado asumir y ejercer las atribuciones extraordinarias previstas en la Constitución.

"Cuando tal situación se presenta, la Corte Constitucional no puede entrar en el análisis de forma y fondo de cada uno de los decretos legislativos expedidos, pues todos carecen de causa jurídica y son inconstitucionales por ello, independientemente de que las normas que consagran, consideradas en sí mismas, pudieran o no avenirse a la Constitución.

"En el fondo ocurre que, declarada la inexequibilidad del decreto básico, el Presidente de la

República queda despojado de toda atribución legislativa derivada del estado de excepción y, por ende, ha perdido la competencia para dictar normas con fuerza de ley.

“Desde luego, la declaración de inconstitucionalidad que en los expresados términos tiene lugar no repercute en determinación alguna de la Corte sobre la materialidad de cada uno de los decretos legislativos que se hubieren proferido, ya que aquélla proviene de la pérdida de sustento jurídico de la atribución presidencial legislativa, mas no de la oposición objetiva entre las normas adoptadas y la Constitución Política”1.

En razón de que la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 020 de 2011 conlleva la inexequibilidad del Decreto Legislativo 146 de 2011, la Corte se abstendrá de hacer el estudio correspondiente y procederá a declarar la inexequibilidad en la parte resolutiva de esta sentencia.

VIII. DECISION

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

RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE el decreto legislativo del 21 de enero de 2011, “Por medio del cual se establecen medidas de eficiencia y control en el manejo y protección de los recursos públicos destinados a la atención de la emergencia económica, social y ecológica y se dictan otras disposiciones”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

1 Sentencia C- 488 de 1995.