

Sentencia C-272/11

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

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Parámetros de constitucionalidad

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EXCEPCION-Juicios en pasos metodológicos

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Facultad legislativa del gobierno sujeta a límites

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Requisitos y pasos metodológicos

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Existencia de relación de conexidad general con decreto declaratorio del Estado de Emergencia por grave calamidad pública

En cuanto hace a la conexidad como elemento fundamental para justificar la constitucionalidad de los decretos que se expidan al amparo del estado de emergencia económica, social y ecológica, se señala que para el efecto se aprecia en su conjunto las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional mediante el Decreto Legislativo de desarrollo verificando que tengan una relación directa y específica con la atención de la emergencia. En el presente caso, el Gobierno Nacional al amparo del estado de emergencia declarado mediante el Decreto 4580 de 2010, adoptó, mediante el Decreto Legislativo 4823 de 2010 una serie de medidas encaminadas a conjurar las causas que con la agudización de la ola invernal dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional previendo mecanismos para atender de manera rápida y eficaz las emergencias ocasionadas por la destrucción considerable de corredores viales, que además de afectar la vida e integridad de la población, han perjudicado gravemente la actividad económica y social. Es así como en el precitado Decreto Legislativo se previó la obligación de los contratistas y concesionarios del Estado de poner a disposición del Gobierno Nacional la maquinaria, equipo y personal que se encuentre presente en su zona de actividad o de influencia para la atención de emergencias viales o de cualquier otra índole que tengan lugar con ocasión del fenómeno de La Niña, al igual que la medida complementaria que permite la intervención del Invías en las vías departamentales y municipales que no pertenecen a su inventario, para prestar la ayuda de emergencia que tales entidades no están en posibilidad de asumir, medidas éstas dirigidas, de manera directa, por un lado, (i) a salvaguardar la vida y demás derechos de la población, y por el otro, (ii) a atender de manera rápida y eficiente los principales daños a la infraestructura vial del país, motivos que fueron los que llevaron al Presidente de la República a hacer uso del estado excepcional de emergencia económica, social y ecológica para conjurar las causas de la misma y evitar la extensión de sus efectos, configurándose, en consecuencia, la relación de conexidad exigida.

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio de Conexidad material de medidas adoptadas/DECRETO LEGISLATIVO QUE ESTABLECE OBLIGACION PARA CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS DEL ESTADO EN ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio de conexidad material directa y específica

El juicio de conexidad material estudia si las medidas adoptadas se refieren a la misma materia de las causas que justificaron la declaratoria del estado de excepción, y en tratándose de medidas concebidas en un estado de emergencia económica y social, la conexidad puede ser definida de acuerdo a dos elementos: i) han de estar dirigidas exclusivamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos; y ii) han de tener una relación directa y específica con los temas de que trata la crisis que se intenta afrontar. En el caso concreto del Decreto Legislativo 4823 de 2010, las medidas adoptadas guardan conexidad material con los motivos por los cuales se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica porque están dirigidas a atender de manera rápida y eficaz las situaciones de emergencia que afectan la vida y demás derechos de la población, causadas por la ola invernal con ocasión del fenómeno de La Niña. Para prestar la atención de emergencia que estas situaciones demandan, el Decreto obliga a los contratistas y concesionarios del Estado a poner a disposición del Gobierno Nacional de manera inmediata pero temporal, a través del Invías, la maquinaria, los equipos y el personal que se encuentran ubicados en zonas cercanas para enfrentar con prontitud los derrumbes, deslizamientos, inundaciones, fisuras y demás daños ocasionados a la infraestructura, con el fin de prestar atención de emergencia, que se concreta en la realización de actividades de acompañamiento a socorristas y en la rehabilitación, principalmente, de las carreteras afectadas para permitir el ejercicio de la libertad de circulación y el despliegue de las actividades normales en el área afectada. De manera complementaria, el Decreto faculta al Invías para desarrollar esta misma atención en las vías afectadas por la ola invernal que no pertenezcan a su inventario, es decir, las que están a cargo de los departamentos y municipios.

OBLIGACION DE CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS DEL ESTADO EN ESTADO DE EMERGENCIA- Aplicación en ámbito geográfico definido por el Gobierno

La Corte debe precisar que no obstante la declaratoria de emergencia cubija a todo el territorio nacional y sólo 564 municipios fueron afectados directamente por la ola invernal, en esa medida la obligación que surge del decreto bajo estudio relacionada con la obligación de los contratistas y concesionarios del Estado tiene sentido frente al ámbito geográfico expresamente definido por el gobierno en el inventario de vías y áreas afectadas, pues de lo contrario la relación de conexidad se perdería.

DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Medidas adoptadas superan juicios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación y no discriminación

Mediante el juicio de finalidad se verifica 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”; el juicio de necesidad que las medidas

adoptadas sean “necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción”, esto es, la relación de necesidad entre el fin buscado y el medio empleado para alcanzarlo; con el juicio de motivación suficiente se constata 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; por el juicio de proporcionalidad se examina si las medidas adoptadas durante el estado de excepción resultan o no excesivas, toda vez que éstas han de “guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar” y las limitaciones que se impongan al ejercicio de los derechos y libertades; y por el juicio de no discriminación se estudia que las medidas no sean discriminatorias por razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. En el caso de las medidas contenidas en el Decreto Legislativo 4823 de 2010 la Corte encuentra que están directa y específicamente orientadas a conjurar la causa de la emergencia y a evitar la extensión de sus efectos; que su necesidad está fundamentada en razones fácticas y jurídicas, tales como la necesidad de disponer de manera inmediata de maquinaria y equipos que se encuentra en la zona, de propiedad de contratistas y concesionarios del Estado, junto con el personal técnico que los opere, y las relacionadas con la imposibilidad de obligar de manera inmediata a los contratistas y concesionarios del Estado a prestar el apoyo requerido para atender la emergencia cuando se nieguen a ello, la imposibilidad de adelantar un proceso de contratación lo suficientemente rápido como para atender los requerimientos de maquinaria, equipo y de personal técnico requerido para su uso, la imposibilidad de solicitar precios unitarios por la ejecución de obras no previstas en el objeto contractual y la imposibilidad de ejecutar obras no contempladas en el objeto contractual so pena de generar hechos cumplidos que pueden acarrear sanciones de tipo fiscal, disciplinario y penal; que por el juicio de proporcionalidad, la medida resulta idónea porque permite el rescate de las víctimas, si las hubiere, y el restablecimiento del tránsito y el transporte en las vías afectadas de manera más rápida, pese a que afecta derechos de contenido económico como el de propiedad, libertad de contratación y libertad de empresa, cuyas limitaciones no tienen el alcance de suspenderlos ni resultan desproporcionadas. En relación con las razones que justifican la adopción de las medidas, en los considerandos del Decreto Legislativo se hace un recuento que permite a la Corte constatar que las motivaciones dan cuenta de las limitaciones graves que tiene el Gobierno para atender la situación de emergencia bajo las normas ordinarias y la necesidad de adoptar medidas que a pesar de restringir las libertades económicas de los contratistas y concesionarios del Estado, se requieren para conjurar la causas de la emergencia que afectan los derechos de la población; y por último, en cuanto al juicio de no discriminación, las medidas adoptadas están orientadas a atender las necesidades más urgentes de la población afectada, sin que se observe el establecimiento de distinciones basadas en alguno de los criterios sospechosos de discriminación.

OBLIGACION PARA CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS DEL ESTADO EN ESTADO DE EMERGENCIA-Medida específica y temporal que no resulta desproporcionada

La obligación exigida a los contratistas y concesionarios del Estado consistente en poner a disposición del Gobierno Nacional cuando éste lo requiera, dentro del ámbito geográfico expresamente definido en el inventario de vías y áreas afectadas, la maquinaria, el equipo y el personal que se encuentre a su disposición para atender de manera inmediata las emergencias viales o de cualquier otra naturaleza que se presenten en su zona de actividad

o de influencia es una medida específica y temporal porque sólo es factible exigirla a contratistas y concesionarios del Estado que se encuentren en las zonas afectadas, que además retribuye los costos generados por el servicio prestado, circunscrita a un ámbito territorial específico.

OBLIGACION PARA CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS DEL ESTADO EN ESTADO DE EMERGENCIA-Reconocimiento de intervenciones por precios oficiales establecidos por INVIAS constituye un parámetro objetivo

REGIMEN CONTRACTUAL EN ESTADOS DE EXCEPCION-Modificación por legislador extraordinario

El régimen de contratación administrativa regulado por la ley, puede ser modificado por el legislador extraordinario, autorizado constitucionalmente para ello, por razones de grave calamidad pública, con el fin de solucionar con prontitud, eficacia y agilidad los problemas generados por la catástrofe.

LIBERTADES ECONOMICAS-No son derechos fundamentales/LIBERTADES ECONOMICAS-Limitación constituye una restricción menor y legítima

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN ESTADO DE EMERGENCIA-Dimensión especial/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN ESTADO DE EMERGENCIA-Concreción

El deber instituido en el artículo 95 superior, permite exigir a toda persona acciones positivas a favor de sus semejantes, en situaciones límite; de ahí que cuando las personas se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta, debido al estado de vulnerabilidad que genera el acaecimiento de un desastre, el principio de solidaridad cobra una dimensión concreta que hace que el derecho a una vida digna se relacione directamente con la salud, con la seguridad alimentaria y con la protección mínima de seguridad ante los peligros de la intemperie entre otros aspectos, y en esa medida tanto el Estado como la sociedad y la familia deben concurrir a la protección de este bien jurídico. Esta Corporación ha advertido que en situaciones de desastre la solidaridad se concreta: i) en una pauta de comportamiento, conforme a la cual deben obrar los individuos en ciertas situaciones; ii) en un criterio de interpretación en el análisis de acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales; y iii) en un límite de los derechos propios, ámbito que dan sustento precisamente a la medida bajo estudio, y que obliga a los contratistas y concesionarios del Estado a contribuir solidariamente a la atención de la emergencia desatada por el fenómeno de La Niña.

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Procedencia

Referencia: expediente R.E.-183

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 4823 de 2010, “por medio del cual los contratistas y concesionarios del Estado deberán contribuir solidariamente a la atención de la emergencia económica, social y ecológica.”

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil once (2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial las previstas en el artículo 241 numeral 7 de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión constitucional del Decreto Legislativo 4823 de 2010, “por medio del cual los contratistas y concesionarios del Estado deberán contribuir solidariamente a la atención de la emergencia económica, social y ecológica.”

I. ANTECEDENTES

En cumplimiento de lo previsto en el párrafo del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el día 30 de diciembre de 2010 el Presidente de la República, remitió a esta Corporación copia del Decreto Legislativo N° 4823 de 2010, “por medio del cual los contratistas y concesionarios del Estado deberán contribuir solidariamente a la atención de la emergencia económica, social y ecológica”, expedido el 29 de diciembre de 2010, para efectos de su revisión constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 241 numeral 7° de la Carta Fundamental.

Avocado el conocimiento por este Despacho, se ordenó mediante auto del veinte (20) de enero de dos mil once (2011) oficiar al Secretario General del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, a fin de que dentro de los tres (3) días contados a partir del recibo del auto, se sirva presentar los argumentos que, según la motivación del decreto, justifican la medida decretada a la luz de los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, no discriminación y demás requisitos que señalan los artículos 2, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 46 y 47 de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, Ley 137 de 1994.

En el mismo auto se ofició también al Ministro de Transporte, a fin de que en el término de tres (3) días contados a partir del recibo del auto, se sirva a) presentar su posición respecto de la compatibilidad del decreto con la Constitución y la Ley 137 de 1994; b) explicar las razones y obstáculos legales que los contratistas y concesionarios del Estado, han esgrimido para abstenerse de prestar el apoyo requerido para afrontar la emergencia vial y de infraestructura que vive el país; c) explicar en qué consiste la atención de emergencia que se le puede llegar a exigir a los contratistas y concesionarios del Estado; y d) identificar el tipo de obras cuya realización puede llegar a exigirse a tales contratistas y concesionarios del Estado en virtud de la emergencia.

Igualmente se ofició al Ministro de la Hacienda y Crédito Público, a fin de que en el término de tres (3) días contados a partir del recibo del auto, se sirva presentar su posición respecto de la compatibilidad del decreto con la Constitución y la Ley 137 de 1994.

Por último, se requirió al Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, con el fin de que en el término de tres (3) días contados a partir del recibo del auto, se envíe copia del acta del 7 de diciembre de 2010, en la que se relacionan los daños que el fenómeno de La Niña ha generado en la infraestructura vial del país.

Una vez vencido el término anterior, se ordenó que el proceso fuese fijado en lista de la Secretaría General por el término de cinco (5) días, con el fin de permitir a los ciudadanos defender o impugnar el decreto referido en los términos del artículo 37 del Decreto 2067 de 1991.

Vencido el período probatorio respectivo, se ordenó dar traslado del expediente al Procurador General de la Nación, quien emitió el concepto de rigor dentro del término legal correspondiente.

Agotados los trámites respectivos, procede la Corte a examinar la constitucionalidad del Decreto 4823 de 2010 sometido a su revisión.

I. TEXTO DEL DECRETO

El siguiente es el texto del Decreto No. 4823 del 29 de diciembre de 2010, tal como aparece publicado en el Diario Oficial N° 47.937

MINISTERIO DE TRANSPORTE

DECRETO NÚMERO 4823 DE 2010

Por medio del cual los contratistas y concesionarios del Estado deberán contribuir solidariamente a la atención de la emergencia económica, social y ecológica

EL PRESIDENTE DE LA República DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución

Política en concordancia con la ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4580 de 2010, y

CONSIDERANDO

Que el fenómeno de La Niña desatado en todo el país, constituye un desastre natural de dimensiones extraordinarias e imprevisibles, el cual se agudizó en forma inusitada e irresistible en el mes de noviembre de 2010;

Que este fenómeno de acuerdo con lo previsto por el IDEAM, se podrá extender hasta mediados de mayo o junio de 2011, trayendo como consecuencia precipitaciones por encima del promedio para la primera temporada de lluvias de ese año;

Que como consecuencia del fenómeno de La Niña se ha producido una considerable e inesperada destrucción de corredores viales, se ha interrumpido la prestación de servicios públicos esenciales y se ha afectado la infraestructura, perjudicando gravemente la actividad económica y social en el territorio nacional;

Que como consecuencia del fenómeno de La Niña se ha afectado y destruido parte de la red vial primaria, secundaria, terciaria, tanto concesionada como no concesionada, ocasionando cierres totales de vías en más de treinta puntos y cierres parciales o pasos restringidos en más de ochenta lugares de la geografía nacional, así como daño de diques y obras de contención;

Que de conformidad con el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia;

Que el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, declaró mediante Decreto número 4580 del 7 de diciembre de 2010, “el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública”;

Que conforme a la misma norma constitucional, 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 actualmente particulares adelantan, mediante contratos con el Estado, labores de construcción y mantenimiento de varias vías en el país cuya maquinaria, equipo y personal, por estar próximo a las zonas donde se han presentado o llegaren a presentar situaciones de emergencia, resultan necesarias para contribuir de manera ágil y eficaz en el proceso de atención de las mismas;

Que el Estado ha solicitado la cooperación de contratistas y concesionarios quienes, en algunos casos, han esgrimido obstáculos legales para la prestación oportuna del apoyo requerido en la respuesta a la emergencia vial y de infraestructura que vive el país;

Que se hace necesario contar con esta maquinaria, equipos y personal para conjurar a la mayor brevedad el estado de emergencia vial que aqueja al país;

DECRETA:

Artículo 1°. Los contratistas y concesionarios del Estado deberán poner a disposición del Gobierno Nacional cuando este lo requiera, la maquinaria, el equipo y personal que se encuentre a su disposición para atender de manera inmediata las emergencias viales o de cualquier otra naturaleza que se presenten en su zona de actividad o de influencia, cuando este método constituya la forma más eficiente de mitigar el impacto generado por la necesaria atención de emergencias que amenacen la vida y demás derechos de la población.

Parágrafo. Para efectos de presente artículo se entiende por “zona de influencia” de los contratos, los corredores viales por fuera de los puntos de referencia contractualmente fijados y las vías secundarias a los mismos que alimentan tales corredores, así como otras zonas de emergencia cuya naturaleza no sea estrictamente vial pero que sean, en virtud de la necesidad, razonable y rápidamente atendibles con los recursos de contratistas y concesionarios.

Artículo 2°. Los costos que dicha atención causen a contratistas y concesionarios a la atención de emergencias serán debidamente reconocidos mediante resolución motivada y no afectarán, de ninguna manera, el contrato de base que actualmente se encuentren ejecutando.

Parágrafo. Las obras cuya ejecución se solicite a los concesionarios y contratistas serán reconocidas a precios de mercado y en caso de discrepancia se tomarán como referencia los precios oficiales establecidos por el INVIAS para las distintas regiones del país.

Artículo 4°. El Estado tendrá especial cuidado de no imponer a concesionarios y contratistas cargas excesivas para lo cual deberá garantizar en todos los casos proporcionalidad y razonabilidad en los servicios requeridos.

Artículo 5°. Se faculta al INVIAS para intervenir las vías que no están en su inventario y donde

sea preciso para atender las actuales situaciones de emergencia que requieran de su atención.

Artículo 6°. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLIQUESE y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a 29 diciembre de 2010

I. INFORMES SOLICITADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Informe del Secretario General del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República¹

Mediante comunicación escrita del 26 de enero de 2011, intervino la Secretaria Jurídica en representación del Secretario General de Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, quien solicitó a la Corte la declaración de exequibilidad de las disposiciones en estudio por cumplir los requisitos formales y materiales exigidos por la Constitución, la Ley Estatutaria de Estados de Excepción y la jurisprudencia constitucional. Sus argumentos se resumen a continuación:

1.1. El Decreto 4823 de 2010 cumple con los requisitos formales establecidos en la Constitución: (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 oportunamente remitido a la Corte Constitucional para su revisión.

1.2. El Decreto 4823 de 2010 crea un mecanismo para atender las emergencias viales o de cualquier naturaleza que se presenten en la zona de influencia de los contratistas y concesionarios del Estado, en desarrollo de varios preceptos constitucionales, que adquieren especial relevancia en situaciones de calamidad, específicamente, los deberes de protección del Estado con los ciudadanos (artículos 2, 8 y 79), los deberes de solidaridad (artículo 95) y los derechos a la vida (artículo 11) y a la salud (artículo 49) de las víctimas directas de la ola invernal.

1.3. Las disposiciones del Decreto 4823 de 2010 cumplen con los requisitos de conexidad, finalidad, necesidad, idoneidad, debida motivación y ausencia de arbitrariedad.

1.3.1. En primer lugar, las disposiciones analizadas cumplen con el requisito de conexidad porque establecen un mecanismo que tiene relación directa y específica con las causas que

dieron lugar a la declaratoria de la emergencia. En efecto, en tanto la declaratoria de emergencia tuvo origen en la agudización de la ola invernal que ha generado derrumbes, inundaciones, deslizamientos y todo tipo de afectaciones de la infraestructura en todo el país, las medidas adoptadas mediante el Decreto 4823 de 2010 buscan generar las condiciones para que de la manera más rápida posible puedan enfrentarse las emergencias que afectan la vida u otros derechos de las personas, de manera que no se prolongue su vulnerabilidad y se protejan sus derechos fundamentales, facilitando la presencia de maquinaria, equipos y personal en el menor tiempo posible.

Precisa la interviniente que la conexidad se presenta con los considerandos del Decreto 4580 de 2010, específicamente con el 2f que señala que “se ha afectado y destruido parte de la red vial primaria, secundaria, terciaria y por concesión, ocasionando cierres totales de vías en más de treinta sitios, y cierres parciales o pasos restringidos en más de ochenta lugares de la geografía nacional, así como daño de diques, obras de contención, acueductos, alcantarillados, etc.”; y el considerando 2c que dispone que “se ha producido una considerable destrucción de inmuebles, se ha interrumpido la prestación de servicios públicos esenciales, se han afectado vías de comunicación y se ha perjudicado gravemente la actividad económica y social en el territorio nacional.” Además, de los considerandos 2a y 2d del Decreto 4580 de 2010 referentes al gran impacto que el fenómeno de La Niña tuvo sobre las personas, las redes viales y la infraestructura.

1.3.2. En segundo lugar, las medidas tienen una finalidad directa y específica orientada a conjurar las causas de la emergencia y a evitar la extensión de sus efectos. Dada la gravedad de los daños causados por la ola invernal sobre las personas, las vías de comunicación, la infraestructura de servicios públicos, las zonas agrícolas, las viviendas, los centros educativos, los hospitales, entre otros, las medidas adoptadas pretenden hacer frente a estas circunstancias con un mecanismo que permite que los equipos y el personal que se encuentre más cerca de los lugares afectados puedan prestar la atención requerida oportunamente, principalmente en materia de rescate de las víctimas y de restablecimiento de la red vial para recuperar la comunicación entre las diferentes poblaciones.

Asimismo, son medidas orientadas a impedir la extensión de los efectos que se derivan de no atender oportunamente distintas amenazas que pesan sobre la población, como por ejemplo, el retiro de la tierra y escombros que podrían originar nuevos derrumbes que arrasarían con vías e infraestructura, o el retiro de esos mismos elementos en zonas donde se encuentren sobrevivientes, o de vías taponadas que no permiten el suministro de alimentos y medicamentos a la población.

1.3.3. En tercer lugar, la interviniente justifica la necesidad de las medidas en razones fácticas y jurídicas. Las primeras tienen que ver con la circunstancia de que en muchas zonas del país resulta necesario disponer de maquinaria de manera inmediata para atender emergencias y salvaguardar los derechos de las personas y únicamente está disponible la empleada por los contratistas (considerandos 8, 9 y 10 del Decreto 4823 de 2010); y las segundas, con la imposibilidad de obligar a actuar a los contratistas y concesionarios del Estado, por fuera de los contratos que cada uno está ejecutando (considerando 9).

En el Decreto 4823 de 2010 se explica que es necesario acudir a los contratistas y

concesionarios del Estado porque su maquinaria, equipos y personal entrenado son los más cercanos al lugar donde ocurrió la emergencia, razón por la cual pueden brindar una atención ágil y eficaz, lo cual es especialmente significativo si se tienen en cuenta los cierres viales, derrumbes y daños que dificultan el desplazamiento de maquinaria, equipos y personal para atender las emergencias a que se hace referencia tanto en el decreto declarativo como en el que se analiza en esta oportunidad.

En este sentido, la interviniente anexa algunos reportes del Inco sobre el estado de las vías en diferentes zonas del país con el fin de mostrar la dimensión de los daños y riesgos y evidenciar la necesidad de desplazar personal y maquinaria de manera urgente. Hace referencia, específicamente, al estado de las vías Santa Marta-Riohacha-Paraguachón, con inundación o derrumbe en todos los tramos y en algunos casos con ambos; Fontibón-Facatativá-Los Alpes con derrumbes sobre suelo inestable que han ocasionado su cierre total; Puerto Berrío-Chiriguaná y Puerto Berrío-Cabañas con inundación, deslizamientos, derrumbes y socavamiento de la banca por creciente del río; Santa Cecilia-Pueblo Rico, con derrumbes y pérdida de la banca; Apía-La Virginia con pérdida de la banca y derrumbes de gran magnitud; emergencias que pudieron ser atendidas con maquinaria y personal de contratistas y concesionarios que se encontraban en la zona y que de no ser así, no se habría podido superar aún por la falta de maquinaria disponible en los respectivos municipios, ya que toda estaba atendiendo otras zonas de desastre. Así, al evitar el aumento de los deslizamientos se previno el incremento del número de muertos y heridos.

En relación con la necesidad jurídica de las medidas, la interviniente señala que los contratistas y concesionarios pueden negarse a atender las emergencias que se presenten en su zona de actividad o de influencia aduciendo, por ejemplo, la libertad de contratación que se deriva de la protección constitucional a la libertad de empresa y conforme a la cual una persona no puede ser constreñida a suscribir un contrato cualquiera con otra; o podrían esgrimir cláusulas contractuales que puedan ser interpretadas como una restricción para disponer sus equipos y máquinas para obras diferentes a aquellas para las que fueron contratadas por el Estado y en razón de las cuales los equipos, maquinaria y personal se encuentran en ese lugar; e incluso podrían encontrar en la propia ley restricciones como las que se derivan del deber de los funcionarios públicos de garantizar el cumplimiento del objeto de los contratos estatales (artículos 45 y 26 de la Ley 80 de 1993) o la posibilidad de que les fueran impuestas sanciones por constituirse hechos cumplidos que generen gasto público (artículo 13 de la Ley 1420 de 2010).

El tipo de obras para las que se demanda la disposición de la maquinaria, equipos y trabajadores de los contratistas y concesionarios del Estado no permiten esperar a resolver las diferencias de criterios mediante procedimientos judiciales o administrativos, así como tampoco permiten agotar el procedimiento ordinario que se requiere para realizar el respectivo contrato. Incluso, señala la interviniente, si se empleara la figura de la declaratoria de urgencia manifiesta, la experiencia demuestra que se tardarían al menos seis meses en iniciar las labores, lo que significaría que la emergencia no sería atendida oportunamente.

Finalmente, manifiesta la interviniente que los precios y costos de las intervenciones se encuentran regulados, puesto que el tope de los mismos es aquel que haya establecido la entidad pública, con lo cual queda claro que si bien el costo inicialmente puede ser

indeterminado, el mismo es completamente determinable.

1.3.4. En cuarto lugar, la Secretaría Jurídica de la Presidencia afirma que las medidas adoptadas mediante el Decreto 4823 de 2010 son idóneas y proporcionales para alcanzar la finalidad buscada.

La idoneidad de las medidas la sustenta en el hecho de que para atender los derrumbes, inundaciones o deslizamientos producidos por el fenómeno de La Niña que amenazan los derechos de la población, es necesario remover la tierra, los escombros o el agua que causan el riesgo, para lo cual es un requisito indispensable la presencia de maquinaria y equipos y fuerza de trabajo con capacidad de llevar a cabo la labor, elementos que los contratistas y concesionarios del Estado tienen a su disposición en las zonas afectadas y permiten atender oportunamente la emergencia.

La proporcionalidad de la medida la justifica con el argumento de que introduce una limitación menor y temporal del derecho de propiedad de los contratistas y concesionarios del Estado y de la libertad de contratación que hace parte de la libertad de empresa, que la hace razonable y ajustada a la Constitución en el contexto de la emergencia invernal que aqueja al país.

En relación con el derecho de propiedad, se trata de una limitación menor porque los contratistas y concesionarios del Estado conservan la propiedad de la maquinaria, no se trata de una expropiación, pero con un derecho sobre su uso limitado por el Decreto, puesto que están obligados a emplear la maquinaria y los equipos de manera prioritaria en la atención de la emergencia en la zona próxima. En todo caso, los costos que la prestación del servicio genere son asumidos por el Estado. Además, la limitación es transitoria porque una vez solucionada la emergencia recuperan la libre disposición de dicha maquinaria y equipos.

Precisa la interviniente que la referencia que se hace a los operarios de la maquinaria sólo obedece a la necesidad de que la misma sea utilizada por personas con el debido entrenamiento, porque de lo contrario, la medida resultaría inocua.

En lo relacionado con la limitación a la libertad de contratación, la interviniente señala que también es menor y transitoria. Es menor porque el contrato que venía cumpliendo el contratista sigue vigente, su objeto no cambia, y los costos que genere la nueva atención serán debidamente reconocidos mediante resolución motivada (artículo 2). Lo que sucede es que el contratista debe destinar parte de su maquinaria y equipos a un objeto distinto al contractualmente previsto, pero una vez atendida la emergencia, puede restablecer su uso para culminar la obra originalmente contratada. Y es transitoria porque la destinación está limitada al tiempo estrictamente necesario para restablecer el servicio de tránsito y transporte o adelantar las actividades de atención humanitaria requeridas (artículo 3).

En ambos casos, el derecho a la propiedad privada y a la libertad de contratación, las limitaciones a los derechos de los contratistas y concesionarios del Estado son leves: (1) son menores y temporales; (2) se circunscriben a acciones específicas; (3) se remunera el uso de las herramientas empleadas; y (4) una vez atendida la emergencia, se recobra la plenitud del ejercicio del derecho.

1.3.5. En quinto lugar, en relación con la motivación exigida por la Carta en el sentido de que se indiquen las razones que justifican la adopción de las medidas, especialmente si estas implican limitaciones de derechos constitucionales fundamentales, con el fin de mostrar su conexidad con las causas que originaron la perturbación del orden social y los motivos por los cuales se hacen necesarias, la interviniente, explica que los considerandos 1, 2, 3 y 4 del Decreto 4823 de 2010, dan cuenta detalladamente de las características del fenómeno de La Niña que ha generado la agudización de la ola invernal en todo el país con sus correspondientes efectos como la interrupción de la prestación de los servicios públicos esenciales; la afectación de la infraestructura; la afectación y destrucción de la red vial primaria, secundaria y terciaria, tanto concesionada como no concesionada, ocasionando cierres totales de vías en más de treinta puntos y cierres parciales o pasos restringidos en más de ochenta lugares de la geografía nacional, así como daños de diques y obras de contención, situaciones que demandan la presencia de maquinaria, equipos y personal que contribuya a la mayor brevedad posible a la remoción de escombros, tierra, agua o cualquier otro material para proteger el derecho a la vida y otros derechos fundamentales de la población, cuya movilidad se dificulta o es imposible, en algunos casos, precisamente por la imposibilidad de trasladarlas de un sitio a otro, teniendo los contratistas y concesionarios del Estado la posibilidad de llegar a esos lugares mucho más rápido al estar prestando sus servicios en zonas aledañas, y contribuir de manera ágil y eficaz en el proceso de atención de las mismas.

Adicionalmente, el Decreto da cuenta de las razones por las cuales era necesario establecer el deber de los contratistas y concesionarios del Estado de poner a disposición del Gobierno Nacional la maquinaria, equipos y personal necesarios para atender emergencias que amenacen el derecho a la vida y demás derechos fundamentales de la población, referentes a los obstáculos legales que en algunos casos han esgrimido para la prestación oportuna de los servicios de apoyo requeridos para atender la emergencia vial y de infraestructura que vive el país.

1.3.6. Finalmente, la Secretaria Jurídica de la Presidencia sustenta la ausencia de arbitrariedad de las medidas contenida en el Decreto en la circunstancia de que está orientada a atender las necesidades más inmediatas de la población afectada por la ola invernal, aquellas que involucran daños en la infraestructura que amenazan el derecho a la vida y otros derechos fundamentales.

Además, para que las medidas puedan ser aplicadas se deben cumplir varios requisitos: (i) constituir la forma más eficiente de mitigar el impacto de la emergencia; (ii) estar en peligro la vida y demás derechos de la población; (iii) ser temporales las labores que se desarrollen en atención de la emergencia y retribuidas económicamente; (iv) tener el Estado una carga de especial cuidado en la ejecución de la medida para evitar la imposición de cargas excesivas y garantizar la proporcionalidad y razonabilidad en los servicios requeridos. Ahora, si bien supone limitaciones a algunos derechos constitucionales como la propiedad privada y la libertad de contratación, éstas son leves, no afectan el núcleo esencial del derecho y son razonables y proporcionadas.

De hecho, afirma la interviniente, conforme a la circular adoptada por el Inco el 6 de enero de 2011, se estableció un protocolo técnico para el reconocimiento de obras o actividades por

emergencia, cuya finalidad es mantener el control de todas las actividades de este tipo que se realicen en el país y evitar el abuso de la figura. Este protocolo parte del informe que realiza el supervisor del proyecto al subgerente de gestión contractual del Inco sobre la existencia del requerimiento para ejecutar obras o actividades enmarcadas dentro de los Decretos 4823, 4628, 4824 y 4580 de 2010, programando de manera inmediata su desplazamiento al sitio. Allí, se realiza un acta de inicio que contiene las actividades, con la debida justificación técnica, la localización de la obra u actividad, fecha de ocurrencia del evento, impacto en la prestación del servicio, riesgos en la operación, tipo de obra, duración estimada y otros datos que permitan identificar la labor a realizarse, así como los precios de mercado o de referencia de Inviás.

Asimismo, para el control de la ejecución deben elaborarse todos los días actas conjuntas de la concesionaria y el representante de la entidad que requiere las obras, que deben contener actividades en campo relacionadas exclusivamente con obras destinadas a la mitigación y protección de la infraestructura a causa de la ola invernal. Una vez terminada la obra, se realiza la cuantificación y valoración de pago según las directrices del Gobierno y se elabora la cuenta de cobro acompañada de las respectivas actas de verificación e inicio.

De esta manera, se trata de mantener el control sobre las variables involucradas en las obras, de mantener una vigilancia sobre su avance y efectividad y de contar con información veraz de la dimensión de la obra, lo que redundará en la transparencia y control de la operatividad de las medidas de emergencia adoptadas por el Decreto 4823 de 2010.

1. Informe del Ministro de Hacienda y Crédito Público²

En representación del Despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público intervino una Asesora del Despacho del Ministro, quien mediante comunicación del 26 de enero de 2011, reiteró los argumentos presentados por la Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y concluyó que el Decreto 4823 de 2010 se encuentra ajustado a la Constitución Política, de una parte, porque el Gobierno tiene plena facultad para imponer este tipo de obligación a los contratistas y concesionarios del Estado y, de otra parte, porque existe una evidente y directa relación de conexidad entre los motivos que originaron la declaratoria y las medidas adoptadas en el decreto.

1. Informe del Ministro de Transporte³

La respuesta del Ministro de Transporte fue enviada a esta Corporación por medio de oficio del 26 de enero de 2011, suscrita por el Director Administrativo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, así:

3.1. En relación con los contratistas de Estado que se encuentran ejecutando contratos en zonas afectadas o en riesgo, el Ministerio afirmó que existen 25 “contratistas concesionarios” a lo largo de los corredores viales principales del país, en proyectos que se desarrollan en cuatro de las cinco regiones, ejecutando actividades en las siguientes zonas afectadas a

consecuencia del invierno: (i) Autopista de la Sabana-Concesión Córdoba Sucre; (ii) Ruta Caribe-Concesión Cartagena Barranquilla; (iii) Autopista de Santander-Concesión Zona Metropolitana de Bucaramanga; (iv) Los Comuneros-Concesión Zipaquirá Palenque; (v) Consorcio Solarte Solarte-Concesión Malla Vial del Valle del Cauca; (vi) Tren de occidente y Ferrocarril del Oeste-Red Férrea del Pacífico; y (vii) Fenoco-Red del Atlántico.

Señaló además el Ministerio que se encuentran en ejecución en las principales zonas afectadas por la ola invernal, los contratos de obra de los siguientes corredores o tramos viales: (i) Territorial Santander: vía Bucaramanga-Cúcuta; Troncal Central del Norte (La Palmera-Presidente); Málaga-Los Curos; Barrancabermeja-Bucaramanga; y Transversal del Carare (Puerto Araujo-Cimitarra-Landázuri-Vélez). (ii) Territorial Cauca: Variante Mojarras-Popayán y Corredor Rosas-Panamericana. (iii) Territorial Risaralda: Paso Nacional La Virginia; Mambu-Santa Cecilia; Pueblo Rico-Apiá-Viterbo-Asia; Apiá-La Virginia.

En lo que se refiere a los casos en los que se evidenciaron daños en las vías que fueron atendidos por contratistas y concesionarios del Estado, referenció los siguientes: (i) Rosas en la Vía Panamericana: pérdida de la banca, emergencia atendida con equipo a cargo del contratista de competitividad Consorcio Corredores de Competitividad 2010, cuyo contrato No. 653 de 2009 tiene por objeto los estudios y diseños, gestión social, predial, ambiental y mejoramiento del Anillo Vial del Macizo Colombiano, que se encontraba a menos de 6 kms de distancia del sitio de la emergencia. (ii) Carretera Apía-La Virginia: pérdida de la banca y muchos derrumbes de gran magnitud, emergencias atendidas simultáneamente por el contrato de monto agotable número 1100 (Claudia Patricia Ríos) y con el contrato de pavimentación número 1438 de 2008 (Unión Temporal Metrovías Corredores); Carretera Santa Cecilia-Pueblo Rico: pérdida de banca y derrumbes, emergencias atendidas con el contrato de pavimentación número 851 de 2009 (Consorcio Metrocorredores 8); (iii) Carretera Pueblo Rico-Apiá-Viterbo-Asia: cierre total de la vía por derrumbes, hundimientos y pérdida de banca, aparte del mal estado generalizado de toda la vía, emergencias atendidas con el contrato de pavimentación número 516 de 2010 (Consorcio Vías de Risaralda). En estos tres casos se invirtieron cerca de 2.200 millones para atender las emergencias y proveer la circulación vehicular con restricciones a un solo carril en algunos sitios.

3.2. Respecto de los obstáculos legales aducidos por los contratistas y concesionarios del Estado para la colaboración y apoyo a la emergencia vial, manifestó los siguientes: (i) sólo están obligados al correcto y cabal cumplimiento del objeto contratado, es decir, no pueden ejecutar obras que no estén previstas en el objeto contractual de conformidad con los artículos 4, 5, 14, 26 y 41 de la Ley 80 de 1993; (ii) no pueden solicitar precios unitarios no previstos para la ejecución de obras no contempladas en el objeto contractual; y (iii) si llegan a ejecutar obras no contempladas en los respectivos contratos, se podría generar el riesgo de constituir hechos cumplidos, los cuales a la luz de la normatividad legal vigente (Ley 1420 del 2010) podrían acarrear sanciones de tipo penal, fiscal y disciplinario.

3.3. En lo referente al alcance de las medidas adoptadas y las condiciones en que contratistas y concesionarios tendrían que asumir la carga que se impone, se precisa que las medidas previstas en el Decreto 4823 de 2010 buscan que los contratistas y concesionarios del Estado pongan a disposición del Gobierno Nacional cuando éste lo requiera, la maquinaria, el equipo y personal que se encuentre a su disposición para atender de manera

inmediata las emergencias viales o de cualquier otra naturaleza que se presenten en su zona de actividad o próxima a ésta.

Las condiciones particulares para la aplicación de las normas son las siguientes:

(i) El supervisor del proyecto informa mediante cualquier medio escrito al Subgerente de Gestión Contractual del Inco sobre la existencia de un requerimiento para ejecutar obras o actividades enmarcadas dentro de los Decretos 4823, 4628, 4824 y 4580 de 2010, programando de inmediato su desplazamiento al sitio.

(ii) En el sitio de los trabajos se suscribe un acta de inicio, en la que debe especificarse las actividades (con la debida justificación técnica), la localización de la obra u actividad (nomenclatura vial), fecha de la ocurrencia de evento, impacto en la prestación del servicio, riesgo en la operación, tipo de obra, duración estimada y otros datos que permitan identificar la labor a realizarse. En la misma deben acordarse los precios de mercado o de referencia Invías.

(iii) Se deben elaborar diariamente y de forma conjunta con la concesionaria y el representante de la entidad que requiere las obras, un acta de verificación de actividades en campo, relacionadas exclusivamente con obras afectas a la mitigación y protección de la infraestructura a causa de la ola invernal, verificando que las obras a validar no sean de obligación contractual y que tampoco sean anteriores a la ola invernal y a la declaratoria de emergencia.

(iv) El acta debe contener como mínimo, la siguiente información: equipo y maquinaria utilizada; localización indicando tramo y ruta de la obra; cuantificación y especificación técnica del daño; tiempo de duración de la intervención (hora inicial y final), personal empleado en la emergencia; y evidencia fotográfica o por otro medio de las actividades realizadas.

(v) Finalizadas las actividades se hará la cuantificación y valoración de pago según las directrices del Gobierno en este sentido y se elaborara la cuenta de cobro acompañada de las respectivas actas de verificación e inicio.

(vi) El Inco expedirá el acto administrativo de reconocimiento de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4823 de 2010 y la circular que para el efecto se expidió por parte de la entidad.

3.4. Respecto de cómo las medidas adoptadas contribuyen en forma directa y específica a conjurar las causas de la perturbación, se señala que permiten que el contratista más próximo a la zona atienda la emergencia, a fin de lograr, en el menor tiempo posible, el restablecimiento del tránsito de manera segura para los ciudadanos.

3.5. En relación con cuáles obras pueden llegar a exigirse a los contratistas y concesionarios, se precisa que la ayuda que puede llegar a exigirse consiste en "intervenciones que técnicamente permitan mitigar o impedir que los efectos de la emergencia se incrementen, tales como estabilización de taludes, remoción de escombros, reconstrucción de calzadas por hundimiento y derrumbe, reparación de losas de puentes y recuperación de banca, entre

otros, que permitan garantizar la movilidad y seguridad de los transeúntes.”⁴

3.7. En lo que tiene que ver con la ineficacia de los instrumentos ordinarios para disponer de equipo, maquinaria y personal de manera ágil y efectiva en la situación de emergencia actual, señala que los procesos contractuales vigentes de la Ley 80 de 1993, se tardan al menos seis meses, lo que no resulta en situaciones de emergencia, máxime cuando los contratistas y concesionarios que ya se encuentran en las respectivas zonas de influencia, supera en todo cualquier proceso de contratación por expedito que sea.

Recalca que los precios y costos de las intervenciones se encuentran regulados, ya que el tope de los mismos es aquel que haya establecido Invías, con lo cual es claro que si bien el costo inicialmente puede ser indeterminado, el mismo es completamente determinable.

3.8. Finalmente, reitera que es proporcional a la gravedad de los hechos que se buscan conjurar, la imposición de restricciones de derechos sobre bienes de los concesionarios y contratistas del Estado no solo porque la medida se desarrolla en el marco del principio constitucional de solidaridad, sino porque se le reconocen al contratista los costos que su atención a la emergencia le puedan generar, en procura de evitar que se incrementen los daños producto de los hechos que dieron lugar a la emergencia.

4. Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres

El Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, no suministró la copia del acta del 7 de diciembre de 2010 en la que se relacionan los daños que el fenómeno de La Niña ha generado en la infraestructura vial del país. Para solventar este vacío, el despacho de la magistrada sustanciadora decidió trasladar la prueba practicada en el expediente RE-171, al expediente R.E. 183, específicamente, el cuadro de afectación de la infraestructura vial, de acuerdo a lo señalado en el considerando 2.d. del decreto declarativo.

En el cuadro denominado Emergencias viales reportadas por la Policía de Carreteras 6.12.2010 (Anexo D), se presenta, entre otra información, la relación de emergencias viales por departamento, la entidad encargada de atenderlas, la condición de la vía y el motivo de la emergencia.

Entre los departamentos afectados en su infraestructura vial, se encuentran Antioquia, Bolívar, Caldas, Cesar, Norte de Santander, Risaralda, Santander, Valle, Atlántico, Boyacá, Magdalena, Cundinamarca, Huila y Tolima, por efecto de derrumbes, hundimiento de calzada, desbordamiento de ríos, pérdida de banca, caída y deterioro de puente, falla geológica, y caída de escombros, situación que ha generado en algunos casos el cierre total e indefinido de la vía, y en otros, el paso restringido a un carril, también con carácter indefinido.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION⁵

El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, rindió concepto de rigor solicitando que la Corte declare exequible el Decreto 4823 de 2010. A continuación se resumen sus argumentos:

En primer lugar, el Decreto 4823 de 2010 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.

En segundo lugar, el decreto cumple con el requisito de motivación suficiente porque en su parte motiva se enuncian las circunstancias fácticas relacionadas de manera directa con el fenómeno de La Niña y con los daños que ha acarreado. Específicamente, en el decreto se aduce que en la actualidad hay particulares que están prestando, mediante contratos con el Estado, “labores de construcción y mantenimiento de varias vías en el país cuya maquinaria, equipo y personal, por estar próximo a las zonas donde se han presentado o llegaren a presentar situaciones de emergencia, resultan necesarias para contribuir de manera ágil y eficaz en el proceso de atención en las mismas”, pero que en ocasiones algunos contratistas y concesionarios “han esgrimido obstáculos legales para la prestación oportuna del apoyo requerido en la respuesta a la emergencia vial y de infraestructura que vive el país.”⁶

En tercer lugar, el decreto cumple con los requisitos formales puesto que está firmado por el Presidente de la República y todos sus ministros.

En cuarto lugar, respecto del contenido material del Decreto 4823 de 2010, el Ministerio Público advierte su conexidad con el Decreto 4580 de 2010, por medio del cual se declaró el estado de emergencia, puesto que las medidas en él contempladas para atender las emergencias viales y de otra naturaleza que se presenten en la zona de influencia de los contratistas y concesionarios del Estado, contribuyen de manera directa a mitigar el impacto de la crisis y a proteger la vida, la integridad física y otros derechos fundamentales de la población.

Dado el carácter excepcional, provisional, condicional e indemnizatorio que tienen las medidas previstas, y en especial su proporcionalidad y razonabilidad, la Vista Fiscal estima que no se oponen al ordenamiento constitucional vigente.

La transitoria afectación del derecho a la propiedad y de la libertad de empresa de los contratistas y concesionarios para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, en opinión del señor Procurador, resulta razonable, en la medida en que la propiedad privada tiene una función social que implica obligaciones, existe en cabeza de todos el deber de solidaridad, y los costos que dicho uso genera para los contratistas y concesionarios del Estado son reconocidos, pues el decreto prevé su pago.

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos dictados en ejercicio de las facultades derivadas del artículo 215 de la Constitución, según lo dispuesto en el artículo 241 numeral 7º de la Carta Política.

1. Examen formal del Decreto 4823 de 2010

En cuanto a los requisitos formales que el decreto legislativo revisado debe cumplir, la Corte observa que el Decreto 4823 de 2010: 1) se dictó en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 215 de la Constitución Política, en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4580 de 2010, que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por razón de grave calamidad pública en todo el territorio nacional; 2) está firmado por el Presidente de la República y todos sus ministros; 3) tiene una parte motiva que se refiere a la necesidad de conjurar la emergencia declarada mediante el Decreto 4580 de 2010 y versa sobre la necesidad de que los contratistas y concesionarios del Estado pongan a disposición del Gobierno Nacional cuando éste lo requiera, la maquinaria, el equipo y el personal que se encuentre a su disposición para atender de manera inmediata las emergencias viales o de cualquier otra naturaleza que se presenten en su zona de actividad o de influencia, cuando este método constituya la forma más eficiente de mitigar el impacto generado por la necesaria atención de emergencias que amenacen la vida y demás derechos de la población; y 4) fue expedido el 29 de diciembre de 2010, es decir, dentro del término de los treinta (30) días de vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por grave calamidad pública declarado por el Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010.

En conclusión, el decreto es constitucional por este aspecto.

1. Declaración de exequibilidad del Decreto 4580 de 2010 declarativo del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por razón de grave calamidad pública en todo el territorio nacional

Mediante Sentencia C-156 de 20117, la Corte Constitucional encontró exequible el Decreto 4580 de 2010, por el cual se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por razón de grave calamidad pública en todo el territorio nacional. El decreto bajo estudio fue dictado en ejercicio de las competencias derivadas de dicho decreto, por lo cual la Corte está habilitada para adelantar el estudio de constitucionalidad correspondiente.

Adicionalmente, la Corte puede adelantar la revisión del Decreto 4823 de 2010 porque el mismo se dictó el 29 de diciembre de 2010, esto es, dentro del término de 30 días que fijó el Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010 como término de duración del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

1. Examen material del Decreto 4823 de 2010

1. Problema jurídico a resolver en la presente ocasión

El Decreto 4823 de 2010 está conformado por cinco artículos que crean un mecanismo para atender las consecuencias inmediatas y urgentes de la emergencia que inciden esencialmente sobre el derecho a la vida y a la integridad de los habitantes de las zonas afectadas, además de otros derechos como el derecho a la salud, a la libertad de locomoción, y el derecho a la educación, entre otros.

El mecanismo, previsto en el artículo 1, complementado por el artículo 5, consiste en la obligación de poner a disposición del Gobierno Nacional por parte de los contratistas y concesionarios del Estado, cuando éste así lo requiera, la maquinaria, el equipo y el personal que se encuentra a su disposición en su zona de actividad o de influencia, con el fin de atender de manera inmediata las emergencias viales o de cualquier otra naturaleza, cuando éste método constituya la forma más eficiente de mitigar el impacto generado por la necesaria atención de emergencia que amenace la vida y demás derechos de la población. Esta obligación recae sobre contratistas y concesionarios de las vías del orden nacional, departamental y municipal, razón por la cual se facultó al Invías para que pueda intervenir aún en las vías que no pertenezcan a su inventario sin ningún obstáculo de orden legal.

A continuación, el parágrafo del artículo 1 y los artículos 2 a 5 del Decreto desarrollan el mecanismo anterior, (i) precisando qué se entiende por “zona de influencia” de los contratos; (ii) estableciendo la obligación de cubrir los costos que tal atención genere y la manera de hacerlo; (iii) señalando el tiempo durante el cual será exigible la obligación; (iv) introduciendo una garantía para los contratistas y concesionarios del Estado; y (v) facultando al Invías para intervenir y prestar ayuda de emergencia en las vías departamentales y municipales que no pertenecen a su inventario.

La zona de influencia de los contratos es definida como “los corredores viales por fuera de los puntos de referencia contractualmente fijados y las vías secundarias a los mismos que alimentan tales corredores, así como otras zonas de emergencia cuya naturaleza no sea estrictamente vial pero que sean, en virtud de la necesidad, razonable y rápidamente atendibles con los recursos de contratistas y concesionarios.” (Parágrafo del artículo 1).

Los costos que la atención de emergencia generen a los contratistas y concesionarios del Estado deberán ser reconocidos mediante resolución motivada, a precios de mercado, y en caso de discrepancia se tomarán como referencia los precios oficiales establecidos por Invías para las distintas regiones del país, lo anterior sin que se afecte el contrato base que estén ejecutando (artículo 2).

La obligación de prestar atención de emergencia en cabeza de los contratistas y concesionarios del Estado se extenderá durante el “tiempo estrictamente necesario para restablecer el servicio de tránsito y transporte o adelantar las actividades de atención humanitaria” (artículo 3).

Finalmente, el Estado deberá tener especial cuidado en no imponer a los contratistas y concesionarios del Estado cargas excesivas para lo cual deberá garantizar en todos los casos proporcionalidad y razonabilidad en los servicios requeridos (artículo 4).

Corresponde a esta Corporación resolver si las normas descritas, promulgadas por el Presidente de la República en virtud de la emergencia económica, social y ambiental 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).

Para examinar las medidas descritas, la Corte (i) delineará la jurisprudencia de la Corporación respecto de los requisitos de constitucionalidad de los decretos que establecen medidas para confrontar una emergencia económica, social o ecológica, así como los juicios de debida

motivación y no discriminación, al tenor del mandato constitucional contenido en el artículo 215 superior y de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, con el fin de verificar si se encuentran en relación de conexidad, necesidad y proporcionalidad con la declaración de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, y (ii) aplicará tales requisitos al Decreto Legislativo 4823 de 2010.

1. Marco del ejercicio de las facultades legislativas por parte del Gobierno durante el estado de emergencia económica, social y ecológica

Esta Corte ha revisado en varias oportunidades decretos que contienen medidas encaminadas a superar estados de emergencia económica, social o ecológica, ocasiones en las que ha reiterado que únicamente dentro del respeto a los principios del constitucionalismo se puede entender como legítima la utilización de los poderes excepcionales en cabeza del Ejecutivo.⁸

Los límites constitucionales al actuar del Gobierno se encuentran plasmados en varias fuentes: (i) el propio texto de la Carta, (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 Carta.⁹

Con fundamento en la Constitución y en la Ley Estatutaria de Estados de Excepción y teniendo en cuenta la jurisprudencia en la materia, a continuación se sintetizan los requisitos que deben cumplir los decretos legislativos dictados al amparo de dicha emergencia. ¹⁰ Los pasos metodológicos que según la jurisprudencia deben seguirse en el examen de tales medidas son los siguientes:

4.2.1. El juicio de conexidad material,¹¹ 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.¹² Específicamente respecto de las medidas concebidas en un estado de emergencia económica y social, la conexidad puede ser definida de acuerdo a dos elementos:

(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 por el cual se declaró la emergencia.¹⁴

4.2.2. Un juicio de ausencia de arbitrariedad,¹⁵ consistente en establecer si la medida adoptada desconoce alguna de las prohibiciones expresamente establecidas en la Constitución para el ejercicio de las facultades excepcionales.

4.2.3. 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.

4.2.4. 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 1994¹⁷. 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.¹⁸ 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”¹⁹, 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:

4.2.5. 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).

4.2.6. 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).

4.2.7. 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”

4.2.8. 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).

4.2.9. 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. (...)”²¹

4.2.10. 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.

Ahora bien, la Corte 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.”²²

4.3. Aplicación de los requisitos exigidos por la Constitución y la Ley Estatutaria de Estados de Excepción

Pasa la Corte a determinar, en primer lugar, si los lineamientos generales del decreto se encuentran en relación de conexidad con los hechos que motivaron la declaración de alteración del orden público social. Establecida dicha conexidad, procederá a verificar si las medidas concretas se encuentran en relación de conexidad, necesidad y proporcionalidad con la declaración de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, y con el contenido mismo del decreto en el cual se insertan.

En cuanto hace a la conexidad como elemento fundamental para justificar la constitucionalidad de los decretos que se expiden al amparo del estado de emergencia económica, social y ecológica, debe señalar la Corte que en su conjunto se aprecia prima facie que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional mediante el Decreto Legislativo 4823 de 2010, tienen relación directa y específica con la atención de la emergencia económica, social y ecológica causada por la ola invernal que con ocasión del fenómeno de La Niña se ha desatado en todo el país y la consecuente situación de grave calamidad pública declarada mediante el Decreto 4580 de 2010.

Efectivamente, la emergencia declarada mediante el Decreto 4580 de 2010, se fundamentó en la necesidad de contrarrestar los hechos constitutivos de grave calamidad pública que han tenido origen en el desastre natural ocasionado por el fenómeno de La Niña; fenómeno que en los meses de julio a noviembre de 2010 alteró el clima produciendo lluvias intensas y

abundantes, sin precedentes registrados en el país, principalmente en las regiones Caribe, Andina y Pacífica, con el consecuente aumento desmesurado de los caudales de los ríos Cauca y Magdalena y de algunos de sus afluentes. De acuerdo con las proyecciones del Ideam, el fenómeno de La Niña podría extenderse hasta mediados de mayo o junio del 2011, con lo cual los efectos de la actual calamidad pública se agravarían aún más.

Concretamente, las disposiciones contenidas en el Decreto 4823 de 2010 están dirigidas a conjurar las causas que con motivo de la agudización de la ola invernal dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica, previstas en los considerandos 2c, 2d, 2f, 3.2 y 3.10 del Decreto 4580 de 2010, así:

(i) Se ha producido una considerable destrucción de inmuebles, se ha interrumpido la prestación de servicios públicos esenciales, se han afectado vías de comunicación y se ha perjudicado gravemente la actividad económica y social en el territorio nacional (considerando 2.c.).

(ii) Se han provocado graves inundaciones, derrumbes, daños de vías, pérdidas de zonas agrícolas, de viviendas y centros educativos, acueductos, hospitales y daños en la infraestructura de los servicios públicos; la afectación de 52.735 predios, 220 hectáreas dedicadas a agricultura, sin incluir las tierras destinadas a ganadería, la muerte de 30.380 semovientes y el traslado súbito de 1.301.892 animales (considerando 2.d.).

(iii) Se ha afectado y destruido parte de la red vial primaria, secundaria, terciaria y por concesión, ocasionando cierres totales de vías en más de treinta sitios, y cierres parciales o pasos restringidos en más de ochenta lugares de la geografía nacional, así como daño de diques, obras de contención, acueductos, alcantarillado, etc. (considerando 2.f).

(iv) La situación originada por el fenómeno de La Niña está siendo atendida por todas las entidades que conforman el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, pero sus recursos y medios de acción no son suficientes (considerando 3.2.).

(v) El Gobierno Nacional ha ejercido sus facultades ordinarias en materia de prevención y atención del desastres de conformidad con las normas vigentes, sin que se haya podido superar la situación de crisis ni impedir la extensión de sus efectos, lo que hace indispensable la expedición de decretos con fuerza de ley para adoptar medidas eficaces que conjuren esta situación (considerando 3.10.).

El Decreto 4823 de 2010 prevé mecanismos para atender o conjurar los anteriores efectos de la ola invernal y atender de manera rápida y eficaz las emergencias ocasionadas por la destrucción considerable de corredores viales, que además de afectar la vida e integridad de la población, han perjudicado gravemente la actividad económica y social en el territorio nacional; además del daño ocasionado a los diques y obras de contención en las zonas aledañas a los ríos.

En este sentido, la conexidad se configura por cuanto la obligación de los contratistas y concesionarios del Estado de poner a disposición del Gobierno Nacional cuando lo requiera, la maquinaria, equipo y personal que se encuentre presente en su zona de actividad o de influencia, para la atención de emergencias viales o de cualquier otra índole que tengan

lugar con ocasión del fenómeno de La Niña, y la forma de poner en práctica éste deber, están dirigidas de manera directa, por un lado, (i) a salvaguardar la vida y demás derechos de la población, y por el otro, (ii) a atender de manera rápida y eficiente los principales daños a la infraestructura vial del país, motivos que fueron los que llevaron al Presidente de la República, precisamente, a hacer uso del estado excepcional de emergencia económica, social y ecológica para conjurar las causas de la misma y evitar la extensión de sus efectos.

Del mismo modo, la medida complementaria que permite la intervención del Invías en las vías departamentales y municipales que no pertenecen a su inventario para prestar la ayuda de emergencia que tales entidades no están en posibilidad de asumir, responde a un propósito similar, y en esa medida, constituye presupuesto esencial para que el Gobierno Nacional pueda intervenir a través de los organismos competentes para prestar la asistencia de emergencia, configurándose, en consecuencia, la relación de conexidad exigida.

4.3.2. Análisis material de los preceptos que integran el Decreto Legislativo 4823 de 2010

4.3.2.1. Conexidad directa y específica de las medidas con la emergencia

El juicio de conexidad material, como ya se vio en el apartado 2.2.1 ordena que las medidas adoptadas se refieran a la misma materia que justificó la declaratoria del estado de excepción. Respecto de las medidas concebidas en un estado de emergencia económica y social, la conexidad ha de ser definida de acuerdo a dos elementos:

* Las medidas deben 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 superar la emergencia por la que se declaró la excepción.²³

* Las medidas adoptadas deben tener una relación directa y específica con los temas de que trata la crisis a afrontar. No son aceptables constitucionalmente las medidas sobre temas que no tienen una correspondencia inmediata (en términos causales) y concreta con el estado de emergencia.²⁴

La Corte considera que, en aplicación de los anteriores requisitos, las medidas adoptadas por el Decreto 4823 de 2010 guardan conexidad material con los motivos por los cuales se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica porque están dirigidas a atender de manera rápida y eficaz las situaciones de emergencia que afectan la vida y demás derechos de la población, causadas por la ola invernal con ocasión del fenómeno de La Niña.

En los considerandos del Decreto 4580 de 2010 se identifican claramente las situaciones que han generado la necesidad de una atención de emergencia, como consecuencia de las precipitaciones inusitadas generadas por el fenómeno de La Niña: (i) se ha producido una considerable e inesperada destrucción de corredores viales; (ii) se ha interrumpido la prestación de los servicios públicos esenciales; (iii) se ha afectado la infraestructura,

perjudicando gravemente la actividad económica y social en el territorio nacional; (iv) se ha afectado y destruido parte de la red vial primaria, secundaria, terciaria, tanto concesionada como no concesionada, ocasionando cierres totales de vías en más de treinta puntos y cierres parciales o pasos restringidos en más de ochenta lugares de la geografía nacional, así como daño de diques y obras de contención; y (v) se ha presentado insuficiencia de medios de acción para atender la situación originada por el fenómeno de La Niña por parte de las entidades que conforman el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres.

Para prestar la atención de emergencia que estas situaciones demandan, el Decreto 4823 de 2010 obliga entonces a los contratistas y concesionarios del Estado a poner a disposición del Gobierno Nacional de manera inmediata pero temporal, a través del Invías, la maquinaria, los equipos y el personal que se encuentran ubicados en zonas cercanas para enfrentar con prontitud los derrumbes, deslizamientos, inundaciones, fisuras y demás daños ocasionados a la infraestructura, con el fin de prestar atención de emergencia, atención que de acuerdo con las intervenciones de la Secretaría Jurídica de la Presidencia y del Ministerio de Transporte, se concreta en la realización de actividades de acompañamiento a socorristas y en la rehabilitación, principalmente, de las carreteras afectadas para permitir el ejercicio de la libertad de circulación y el despliegue de las actividades normales en el área afectada.²⁵

Complementariamente, se faculta al Invías para desarrollar esta misma atención en las vías afectadas por la ola invernal que no pertenezcan a su inventario, es decir, las que están a cargo de los departamentos y municipios, los cuales ante la gran escalada de la ola invernal cuentan con recursos limitados que no les permiten atender las emergencias que se presentan con la prontitud y eficacia que se requiere para salvaguardar los derechos de las poblaciones afectadas.

4.3.2.2. Finalidad de las medidas

Con el juicio de finalidad se verifica 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.

En esta oportunidad, la Corte encuentra que la medida contenida en el Decreto 4823 de 2010 está directa y específicamente orientada a conjurar las causas de la emergencia y a evitar la extensión de sus efectos. Evidentemente, en tanto el incremento inusitado de las lluvias en todo el país generado por el fenómeno de La Niña, ha traído como consecuencia derrumbes e inundaciones que han ocasionado la pérdida de cientos de vidas humanas y han afectado y destruido parte de la red vial primaria, secundaria, terciaria y por concesión, ocasionando cierres totales en más de treinta sitios, y cierres parciales o pasos restringidos en más de ochentas lugares, así como el daño de diques, obras de contención, acueductos, alcantarillados, entre otros (considerando 2 f. del decreto declaratorio), con los consecuentes riesgos para la población, el Gobierno Nacional ha tenido la necesidad de disponer de maquinaria y equipo que le permita atender de manera oportuna y eficaz la situación.

No obstante, la Corte debe precisar que aunque la declaratoria de emergencia cubre todo el territorio nacional, sólo 564 municipios fueron afectados directamente, y en esa medida la obligación que surge del decreto bajo estudio tiene sentido frente al ámbito geográfico expresamente definido por el gobierno en el inventario de vías y áreas afectadas, de lo

contrario la relación de conexidad exigida se perdería.

El rescate de víctimas, la remoción de escombros, la reapertura de las vías cerradas exigen por parte del Estado una respuesta inmediata, que se ha dificultado por la imposibilidad de desplazar de lugares alejados la maquinaria y el equipo que se requieren para atender la situación de emergencia, ya sea por los daños ocasionados por la ola invernal en la infraestructura vial o porque dicha maquinaria está siendo empleada en otras zonas afectadas.

Así, para atender de manera inmediata y eficaz las situaciones de urgencia que afectan o amenazan a la población y restringen el ejercicio de sus derechos constitucionales, el Gobierno estructuró el mecanismo antes descrito, que además está destinado a evitar que se propaguen o extiendan los efectos que se derivan, por ejemplo, de no rescatar a las víctimas, de no retirar la tierra y los escombros, y de no despejar las vías que se requieren para el transporte de víctimas, medicamentos y alimentos.

4.3.2.3. Necesidad de las medidas

El juicio de necesidad pretende establecer si las medidas adoptadas son necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia.

La necesidad de las medidas contenidas en el Decreto 4823 de 2010 está fundamentada en razones fácticas y jurídicas.

Las razones fácticas tienen que ver con la necesidad de disponer de maquinaria y equipos, junto con el personal técnico que los opere, de manera inmediata para atender las emergencias y salvaguardar los derechos de la población afectada; maquinaria y equipo que se encuentra en la zona, pero que es de propiedad de los contratistas y concesionarios del Estado y está destinado a atender exclusivamente los contratos que se estén ejecutando.

Según el Ministerio de Transporte, los contratistas del Estado que se encuentran ejecutando contratos en las zonas afectadas, o en riesgo, a consecuencia del invierno, han desarrollado las siguientes actividades en los casos en los que se evidenciaron daños en la infraestructura vial: (i) Rosas en la Vía Panamericana: pérdida de la banca, emergencia atendida con equipo a cargo del contratista de competitividad Consorcio Corredores de Competitividad 2010, cuyo contrato No. 653 de 2009 tiene por objeto los estudios y diseños, gestión social, predial, ambiental y mejoramiento del Anillo Vial del Macizo Colombiano, que se encontraba a menos de 6 kilómetros de distancia del sitio de la emergencia. (ii) Carretera Apía-La Virginia: pérdida de la banca y muchos derrumbes de gran magnitud, emergencias atendidas simultáneamente por el contrato de monto agotable número 1100 (Claudia Patricia Ríos) y con el contrato de pavimentación número 1438 de 2008 (Unión Temporal Metrovías Corredores); Carretera Santa Cecilia-Pueblo Rico: pérdida de banca y derrumbes, emergencias atendidas con el contrato de pavimentación número 851 de 2009 (Consorcio Metrocorredores 8); (iii) Carretera Pueblo Rico-Apía-Viterbo-Asia: cierre total de la vía por derrumbes, hundimientos y pérdida de banca, aparte del mal estado generalizado de toda la vía, emergencias atendidas con el contrato de pavimentación número 516 de 2010 (Consorcio Vías de Risaralda). En estos tres casos se invirtieron cerca de 2.200 millones para atender las emergencias y proveer la circulación vehicular con restricciones a un solo carril

en algunos sitios.26

Las razones jurídicas están relacionadas con (i) la imposibilidad de obligar de manera inmediata a los contratistas y concesionarios del Estado a prestar el apoyo requerido para atender la emergencia cuando se nieguen a ello, puesto que la colaboración exigida no se encuentra contemplada dentro de los objetos contractuales vigentes y el Estatuto General de Contratación advierte que los contratistas solo están obligados al correcto y cabal cumplimiento del objeto contratado, de manera que, no pueden ejecutar obras que no estén contempladas en el objeto contractual; (ii) la imposibilidad de adelantar un proceso de contratación lo suficientemente rápido como para atender los requerimientos de maquinaria, equipo y de personal técnico requerido para su uso, que permita solventar de manera oportuna las situaciones de emergencia que la ola invernal ha ocasionado. (iii) la imposibilidad de solicitar precios unitarios por la ejecución de obras no previstas en el objeto contractual; (iv) la imposibilidad de ejecutar obras no contempladas en el objeto contractual so pena de generar hechos cumplidos que a la luz de la normatividad contractual vigente acarrearán sanciones de tipo fiscal, disciplinario y penal.

En sus intervenciones, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Ministerio de Transporte señalan que los contratistas y concesionarios del Estado pueden negarse a atender las emergencias que se presentan en su zona de actividad o de influencia, aduciendo, por ejemplo, “la libertad de contratación que se deriva de la protección constitucional a la libertad de empresa y conforme a la cual una persona no puede ser constreñida a suscribir un contrato cualquiera con otra (...). También podrían esgrimir cláusulas contractuales que pueden ser interpretadas como una restricción para disponer de sus equipos y máquinas para obras diferentes a aquellas para las que fueron contratados por el Estado y en razón de las cuales los equipos, maquinaria y personal se encuentran en éste lugar.

Incluso podrían encontrar en la propia ley restricciones o riesgos como los que se derivan del deber de los funcionarios públicos de garantizar el cumplimiento del objeto de los contratos estatales (artículos 4 y 2627 de la Ley 80 de 1993) o la posibilidad de que les fueran impuestas sanciones por constituirse hechos cumplidos que generen gasto público (Ley 1420 de 2010, artículo 1328).”

Dado que la magnitud de la emergencia no permite destinar un tiempo indefinido a solucionar las diferencias de criterio que pueden surgir entre el Estado y sus contratistas, y que el procedimiento ordinario contractual tampoco permite una atención rápida, incluso a través de la declaratoria de urgencia manifiesta, puesto que según los intervinientes la experiencia ha demostrado que mediante esta vía no antes de seis meses se estarían iniciando las obras requeridas, las medidas contenidas en el decreto bajo análisis resultan necesarias para atender los requerimientos expresados en el decreto declaratorio de emergencia. Sobre el entendido de que tales requerimientos tienen que ver específicamente con la atención de emergencia de los municipios afectados directamente por la ola invernal, es decir, solo respecto del ámbito geográfico expresamente definido por el gobierno en el inventario de vías y áreas afectadas.

El juicio de proporcionalidad pretende establecer si las medidas adoptadas durante el estado

de emergencia son excesivas, a través de dos juicios diferentes: (i) analizar 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; y (ii) verificar que no existe una restricción innecesaria de derechos, puesto que la limitación de los mismos sólo es admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el regreso a la normalidad.

En el caso bajo análisis, encuentra la Corte que la medida analizada es idónea porque permite el rescate de las víctimas, si las hubiere, y el restablecimiento del tránsito y el transporte en las vías afectadas por la ola invernal de la manera más rápida posible. En efecto, la maquinaria y equipo de los contratistas y concesionarios del Estado ha permitido al Gobierno disponer del equipo que se requiere para remover los escombros, la tierra, el barro y el agua de los derrumbes, inundaciones, y deslizamientos que la ola invernal ha ocasionado, sin tener que esperar el traslado o desplazamiento de estos elementos y del personal técnico que los operan de otras zonas también afectadas, que por lo demás pueden estar incomunicadas o incluso requerir tales elementos y personal con el mismo apremio.

Ahora, si bien el mecanismo previsto en el Decreto 4823 de 2010, afecta el ejercicio de derechos de contenido económico como el derecho a la propiedad privada y la libertad de contratación y con ella a la libertad de empresa, las limitaciones a su ejercicio no tienen el alcance de suspenderlos ni de resultar desproporcionadas, pues se trata de una medida específica, temporal, que retribuye los costos generados por el servicio prestado, que no puede constituirse en una carga excesiva para quien la asume, y que ha sido concebida para salvaguardar los derechos de la población afectada con la ola invernal que se encuentra en especial situación de vulnerabilidad, y que en consecuencia, requieren la especial protección del Estado y el apoyo de los ciudadanos en cumplimiento del deber de solidaridad previsto en el artículo 95 de la Constitución.

La medida es específica porque sólo es factible exigir a los contratistas y concesionarios del Estado, que se encuentren en las zonas afectadas, poner a disposición la maquinaria, equipos y el personal respectivo para prestar atención de emergencia que involucre la vida y otros derechos de las personas como la salud o la educación.

De acuerdo con la información suministrada por el Ministerio de Transporte, existen veinticinco “contratistas concesionarios” a lo largo de los corredores viales principales del país, en proyectos que se desarrollan en cuatro de las cinco regiones.²⁹

Los daños ocasionados por el fenómeno de La Niña a la infraestructura vial del país que dieron origen a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica (Decreto 4580 de 2010), a su vez, están relacionados en el cuadro denominado “Emergencias viales reportadas por la Policía de Carreteras 6.12.2010 (Anexo D)”, prueba trasladada del expediente RE-171, que hace parte de esta providencia.

La obligación exigida a los contratistas y concesionarios del Estado consiste en poner a disposición del Gobierno Nacional cuando éste lo requiera, dentro del ámbito geográfico expresamente definido en el inventario de vías y áreas afectadas, la maquinaria, el equipo y el personal que se encuentre a su disposición para atender de manera inmediata las emergencias viales o de cualquier otra naturaleza que se presenten en su zona de actividad o de influencia. En este punto debe la Corte precisar que la medida necesariamente está

circunscrita a un ámbito territorial específico, a pesar de que el estado de excepción se declaró para todo el territorio nacional, porque precisamente se trata de prestar ayuda de emergencia a las zonas más afectadas por el invierno y no de resolver los problemas de mantenimiento y mejoramiento ordinarios de la malla vial.

Las obras que pueden llegar a exigirse consisten en “intervenciones que técnicamente permitan mitigar o impedir que los efectos de la emergencia se incrementen, tales como estabilización de taludes, remoción de escombros, reconstrucción de calzadas por hundimiento y derrumbe, reparación de losas de puentes y recuperación de banca, entre otros, que permitan garantizar la movilidad y seguridad de los transeúntes”.³⁰ En todo caso, debe haberse constatado previamente que es el método más eficiente para atender la situación de emergencia.

La medida es temporal porque únicamente es exigible durante el tiempo estrictamente necesario para atender la situación de emergencia y superar la vulneración o amenaza de los derechos afectados, ya sea restableciendo el servicio de tránsito y transporte, o adelantando las actividades de atención humanitaria requeridas.

La medida compensa los costos que las intervenciones exigidas en la atención de emergencias a los contratistas y concesionarios del Estado les causen, a través de una resolución motivada, de conformidad con los precios del mercado y en caso de que surjan diferencias sobre el costo de las obras efectuadas, el criterio para fijar la retribución que el Estado debe reconocer es el de los precios oficiales establecidos por el Invías para las distintas regiones del país, sin que tales costos afecten el contrato inicial que se encontraba en ejecución.

Sin embargo, ante la existencia de varios criterios que se pueden consultar para cubrir los costos de la intervención exigida a los contratistas y concesionarios del Estado, el legislador excepcional escoge dos: los precios del mercado, y los precios oficiales establecidos por el Invías para las distintas regiones del país.

Observa la Corte, no obstante lo anterior, que el método fijado para la definición del precio final de las obras, privilegia los precios del mercado, que se construyen sobre la base de la oferta en el momento de atender la emergencia, que dependen de distintos factores y sólo permite acudir a los precios establecidos por Invías para las distintas regiones del país, ante la existencia de una discrepancia. Desde el punto de vista constitucional, este método, impone una carga desproporcionada en términos de tiempo y oportunidad de atención de la emergencia, frente a las necesidades y la urgencia de salvaguardar la vida, integridad, seguridad y demás derechos de las personas afectadas por la situación de desastre. En la actual emergencia invernal, los continuos derrumbes e inundaciones que han impactado gravemente, tanto a las personas, como a la infraestructura hospitalaria, educativa, de vivienda, de servicios públicos y vial, obliga a las autoridades a reaccionar a la mayor brevedad posible, tomando las medidas necesarias para remediar la situación. Precisamente, entre las medidas que contribuyen a dar un remedio efectivo se encuentra la que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, pues en estos eventos, la posibilidad de emplear la maquinaria, los equipos y el personal debidamente capacitado para su manejo, que se encuentran en el lugar más próximo al sitio de desastre, facilita la atención oportuna de la

situación de emergencia, atención que es aún más imperiosa cuando está de por medio la vida e integridad de las personas.

En estas circunstancias, la Sala estima que los precios oficiales establecidos por el Invías para las distintas regiones del país es el parámetro objetivo que mejor cumple con la finalidad constitucional de atender de manera expedita a los damnificados por la emergencia, pues es el resultado de cálculos técnicos y de la experiencia en la ejecución de obras que implican la valoración de precios de todo tipo, los cuales a su vez, son actualizados, a fin de mantener la correspondencia entre el costo y el precio que sirvió de base a su establecimiento, así como producto del análisis de las particularidades propias de las zonas y regiones en donde se van a realizar las obras. Si se trata de regiones muy apartadas, con condiciones climáticas muy severas o cambiantes, o con dificultades de orden público, los costos de las obras a realizar deben tener en cuentas estas variables a efectos de que el precio final responda en una mejor medida a las circunstancias.

Desde el punto de vista de la libre competencia, ésta intervención del legislador constituye una restricción, puesto que en condiciones de mercado, el precio de los bienes y servicios disponibles para la compra o la venta es consecuencia de la interacción entre la oferta y la demanda, de manera que el sistema de precios surge de un equilibrio impersonal y no de la imposición de un agente sobre otro. No obstante, la Constitución en su artículo 334, a través de diversas formas de intervención, y en ejercicio de la amplia libertad de configuración que posee el legislador en la materia, permite que se impongan limitaciones que orienten el mercado hacia las condiciones de equilibrio deseadas para racionalizar la economía y asegurar el acceso de todos los habitantes a los bienes y servicios básicos. Si esto es así en condiciones de normalidad, cuando se trata de situaciones de atención de emergencia como la que ocupa la atención de la Corte en esta ocasión, la libertad de empresa y la libre competencia no pueden constituirse en un obstáculo y deben ceder para que el Estado pueda actuar en beneficio del desarrollo colectivo³¹, a través de las limitaciones a la libertad de precios que se requieran para garantizar los derechos de los damnificados por la ola invernal.

Dentro de este contexto, la instauración de un único referente objetivo de precios elimina la posibilidad de retrasos en la ejecución de las obras requeridas para la atención de emergencia por falta de acuerdo entre las partes, a saber el Estado y sus contratistas y concesionarios, por los costos de las mismas, circunstancia que permite atender eficazmente las consecuencias de la ola invernal y garantizar los derechos de la población afectada de manera prioritaria. Por esta razón, se declararán inexecutable las expresiones “a precios de mercado” y “en caso de discrepancia.” En consecuencia, el texto del párrafo del artículo 2º se leerá así:

“Párrafo. Las obras cuya ejecución se solicite a los concesionarios y contratistas serán reconocidas y se tomarán como referencia los precios oficiales establecidos por el INVIAS para las distintas regiones del país.”

En todo caso, debe la Corte precisar que en el evento de que alguna de las obras a contratar con objeto de la atención de emergencia, no tenga definida una tarifa en los precios oficiales establecidos por el Invías, ante este vacío, se podrá acudir a cualquier otro referente

objetivo de precios, como los precios adoptados por el respectivo departamento o municipio perteneciente a las zonas afectadas por el desastre, con el propósito de no tornar ineficaz la medida introducida por el decreto de emergencia bajo análisis.

Adicionalmente, para que tal medida sea proporcional y razonable, es necesario que tenga aplicación de manera exclusiva en las zonas y áreas afectadas por la emergencia invernal, expresamente señaladas por el Gobierno Nacional en el Decreto 4580 de 2010, declaratorio del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Finalmente se exige al Estado un especial cuidado de no imponer a concesionarios y contratistas cargas excesivas, por lo cual está obligado a garantizar en todos los casos proporcionalidad y razonabilidad en los servicios, de manera que si la carga resulta excesiva, desproporcionada o irrazonable, el Gobierno deberá abstenerse de requerir la atención de emergencia.

La Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre medidas similares adoptadas por el Gobierno Nacional para contrarrestar los efectos de desastres naturales que han afectado de manera significativa a un sector de la población y a la infraestructura vial del país, con ocasión del sismo y avalancha del Río Páez, en junio de 1994³², y del terremoto del Eje Cafetero, en enero de 1999.³³

Por medio del Decreto 197 de 1999, se creó el Fondo para la Reconstrucción del Eje Cafetero con el objeto de financiar y realizar las actividades necesarias para la reconstrucción económica, social y ecológica de la región afectada por el terremoto del 25 de enero de 1999 y, con la competencia, entre otras, de celebrar contratos para el cumplimiento de su objeto, con entes públicos o privados, cualquiera fuera su naturaleza o cuantía, los cuales se rigieron por el derecho privado y no estuvieron sujetos a las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993.³⁴

La Corporación encontró constitucional este instrumento con fundamento en que “habiendo sido la ley la que plasmó las exigencias y formalidades de la contratación estatal, en virtud del artículo 150, inciso final, de la Constitución, bien puede ella, por razones de orden público económico y para solucionar con rapidez y eficacia los múltiples problemas generados por la catástrofe, disponer las excepciones transitorias que permitan cumplir con los objetivos de la reconstrucción sin sobresaltos”.³⁵

A través del Decreto 350 de 1999, el Gobierno dispuso que los contratos que celebrara la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil para la reconstrucción y puesta en funcionamiento del Aeropuerto El Edén de la ciudad de Armenia, parcialmente destruido por el terremoto ocurrido el 25 de enero de 1999, se regirían por el derecho privado.³⁶ La Corte declaró exequible la medida al considerar que la reconstrucción ameritaba la adopción por parte del legislador extraordinario de instrumentos que le permitiesen cumplir de manera pronta con la puesta en funcionamiento de dicho aeropuerto, indispensable para impulsar la recuperación económica de uno de los principales polos de desarrollo del país, alterada por la catástrofe.³⁷

Esta Corporación ha sostenido también, en numerosas oportunidades, para situaciones de normalidad, que la libertad contractual como manifestación de la autonomía de la voluntad

privada, está sujeta a especiales restricciones, especialmente cuando, por ejemplo, están de por medio derechos fundamentales, o se trata de servicios públicos o de posición dominante de una de las partes, entre otros.³⁸

En consecuencia, el régimen de contratación administrativa regulado por la ley (artículo 150, último inciso, CP.), puede ser modificado por el legislador extraordinario, autorizado constitucionalmente para ello, por razones de grave calamidad pública, con el fin de solucionar con prontitud, eficacia y agilidad los problemas generados por la catástrofe.

Esta Corte reiteradamente ha sostenido que las libertades económicas (libertad de empresa, libre competencia, libre iniciativa privada, propiedad privada) no son derechos fundamentales³⁹, y en consecuencia, el ámbito de configuración del legislador es amplio. Incluso ha señalado que en aquellas materias en que la Constitución prevé la intervención del Estado, las facultades de restricción son reforzadas, como por ejemplo, en el ámbito de los servicios públicos⁴⁰, la actividad financiera, bursátil y aseguradora⁴¹, y la medicina prepagada⁴², entre otros.

En lo referente a la limitación que el Decreto bajo análisis introduce al uso de la propiedad privada (artículo 58 CP), además de constituir una restricción menor que no tiene el alcance, por ejemplo, de las medidas que ordenan la expropiación, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que en virtud del deber de solidaridad (artículos 1 y 95 CP), constituyen una restricción legítima al ejercicio de los derechos de las personas. Concretamente en materia de atención y prevención de desastres, ha precisado que “la especial atención constitucional se brinda para la protección de la población afectada que ostenta una calidad de vulnerabilidad y debilidad evidente, y en esta medida para el aseguramiento de sus derechos fundamentales a la vida, a la subsistencia, a la dignidad, y a la salud, entre otros. Además, el principio general de solidaridad impide que la sociedad sea indiferente al sufrimiento evidente de las personas o insensible ante la situación de desamparo o de extrema necesidad en que éstas se encuentren.

En esta medida, todos los agentes sociales deben asumir responsablemente el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, de forma que se haga posible la cooperación social. Ello implica que en cumplimiento de los deberes sociales de apoyo, atención, protección y promoción de las poblaciones en condiciones de vulnerabilidad, se llegue en muchas ocasiones a que la sociedad deba soportar ciertas cargas públicas. En este sentido, la Corte reiteradamente ha afirmado que la solidaridad representa un límite al ejercicio de los derechos propios que, en otros modelos constitucionales, parecían absolutos.⁴³”

Concluye la Corte que el deber instituido en el artículo 95 superior, permite exigir a toda persona acciones positivas a favor de sus semejantes, en situaciones límite, partiendo de una valoración objetiva del caso concreto, que lleva a concluir que de no proveerse la ayuda, indefectiblemente los damnificados quedarían expuestos a un perjuicio irremediable y en consecuencia verían vulnerados derechos constitucionalmente protegidos.⁴⁴

En este sentido, cuando las personas se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, debido al estado de vulnerabilidad que genera el acaecimiento de un desastre, el principio de solidaridad cobra una dimensión concreta que hace que el derecho a una vida digna se relacione directamente con la salud, con la seguridad alimentaria y con la protección mínima

de seguridad ante los peligros de la intemperie entre otros aspectos, y en esta medida, tanto el Estado, como la sociedad y la familia deben concurrir a la protección de este bien jurídico.⁴⁵ Así, en situaciones de desastre la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que la solidaridad se concreta (i) en una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar los individuos en ciertas situaciones⁴⁶; (ii) en un criterio de interpretación en el análisis de acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales; y (iii) en un límite a los derechos propios⁴⁷, ámbitos que dan sustento precisamente a la medida bajo estudio, y que obliga a los contratistas y concesionarios del Estado a contribuir solidariamente a la atención de la emergencia desatada por el fenómeno de La Niña.

Procederá entonces la Corte a declarar la exequibilidad de la medida analizada bajo los siguientes entendidos: (i) que sólo es aplicable al ámbito geográfico expresamente definido por el Gobierno en el inventario de vías y áreas afectadas, relacionadas en el Decreto 4580 de 2010; (ii) que el criterio a aplicar para establecer la retribución que se debe reconocer a los contratistas y concesionarios del Estado que presten la atención de emergencia prevista en el decreto analizado, es el de los precios oficiales establecidos por el Invías para las distintas regiones del país, que en caso de que en éste referente no esté previsto el precio de alguna de las obras requeridas en la atención de emergencia podrá acudir a cualquier otro referente objetivo, y que en aras de la prestación de una atención oportuna que salvaguarde los derechos a la vida e integridad de las personas afectadas los costos de tal intervención no podrán ser objeto de discrepancia en el momento en que tal atención se requiere; y (iii) que durante el tiempo empleado para la prestación de la atención de emergencia exigible a los contratistas y concesionarios del Estado, el contrato inicial deberá suspenderse, si el contratista o el concesionario lo estima necesario, mediante acta firmada de común acuerdo, en la que constará como causa de interrupción del plazo pactado, la ejecución de una obra que se llevará a cabo en las zonas o municipios afectados por el desastre, señalándose además el término estimado para la realización de la obra.

4.3.2.5. Motivación

El juicio de motivación suficiente busca determinar si el Gobierno Nacional apreció los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones a los derechos constitucionales y expresas razones suficientes para justificarlas.

En relación con las razones que justifican la adopción de las medidas en los considerandos del Decreto 4823 de 2010 se hace un recuento que le permite a la Corte constatar su relación de conexidad con las causas que originaron la perturbación del orden social y los motivos por los cuales son necesarias. En efecto tales motivaciones son:

(i) La magnitud y caracterización del fenómeno de La Niña previsto en los considerandos 1 y 2: constituye un desastre natural de dimensiones extraordinarias e imprevisibles, el cual se agudizó en forma inusitada e irresistible en el mes de noviembre de 2010, fenómeno que además podrá extenderse hasta mediados de mayo o junio de 2011, trayendo como consecuencia precipitaciones por encima del promedio para la primera temporada de lluvias de ese año.

(ii) Los efectos que ha producido el fenómeno de La Niña y que dan cuenta de la situación de

emergencia que se ha presentado en todo el país en los considerandos 3 y 4: destrucción de corredores viales; interrupción de la prestación de servicios públicos esenciales; afectación de la infraestructura que perjudica gravemente la actividad económica y social en el territorio nacional; afectación y destrucción de parte de la red vial primaria, secundaria y terciaria, tanto concesionada como no concesionada, ocasionando cierres totales de vías en más de treinta puntos y cierres parciales o pasos restringidos en más de ochenta lugares de la geografía nacional, así como daño de diques y obras de contención.

(iii) El hecho de que particulares se encuentren adelantando, mediante contratos con el Estado, labores de construcción y mantenimiento de varias vías en el país cuya maquinaria, equipo y personal, por estar próximo a las zonas donde se han presentado o llegaren a presentar situaciones de emergencia, pueden contribuir de manera ágil y eficaz en el proceso de atención de las mismas (considerandos 8 y 9).

(iv) Los obstáculos de orden jurídico que han esgrimido algunos contratistas y concesionarios del Estado para la prestación oportuna del apoyo requerido en respuesta a la emergencia vial y de infraestructura que vive el país: (i) sólo están obligados al correcto y cabal cumplimiento del objeto contratado, de conformidad con los artículos 4, 5, 14, 26 y 41 de la Ley 80 de 199348; (ii) imposibilidad de solicitar precios unitarios, no previstos, para la ejecución de obras que el objeto contractual no contempla; y (iii) la posibilidad de generar hechos cumplidos por la ejecución de obras no previstas en los respectivos contratos, que a la luz de la normatividad legal vigente (Ley 1420 del 2010) 49 podrían acarrear sanciones de tipo penal⁵⁰, fiscal⁵¹ y disciplinario.⁵²

Como se puede apreciar las motivaciones del decreto bajo estudio son expresas y dan cuenta de las limitaciones graves que tiene el Gobierno para atender la situación de emergencia en las áreas afectadas por la ola invernal bajo las normas ordinarias, específicamente de las vías que se encuentran referenciadas en el inventario de vías y, de la necesidad de adoptar medidas que a pesar de restringir las libertades económicas de los contratistas y concesionarios del Estado, se requieren para conjurar las causas de la emergencia que afectan los derechos de la población.

4.3.2.6. No discriminación

El juicio de no discriminación permite establecer que las medidas no sean discriminatorias por razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica.

Las medidas adoptadas mediante el Decreto 4823 de 2010 están orientadas a atender las necesidades más urgentes de la población afectada, principalmente las relacionadas con los derechos a la vida, a la integridad y demás derechos constitucionales afectados, sin que se observe el establecimiento de distinciones basadas en alguno de los criterios sospechosos de discriminación previsto por la Constitución. En consecuencia, no encuentra la Sala motivo alguno de reproche en este sentido.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, oído el concepto del Procurador General de la

Nación y surtidos los trámites que ordena el Decreto 2067 de 1991,

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 1 del Decreto 4823 de 2010, en el entendido que las medidas en él contenidas sólo son aplicables al ámbito geográfico expresamente definido por el Gobierno en el inventario de vías y a las áreas afectadas por el fenómeno de La Niña.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 2 del Decreto 4823 de 2010, salvo las expresiones, contenidas en su párrafo, “a precios de mercado” y “en caso de discrepancia”, las cuales serán declaradas inexecutableS, en los términos del numeral 4.3.2.4. de la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 3 del Decreto 4823 de 2010.

Cuarto.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 4 del Decreto 4823 de 2010.

Quinto.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 5 del Decreto 4823 de 2010.

Sexto.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 6 del Decreto 4823 de 2010.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA C-272/11.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EXCEPCION-Juicios en análisis no incluye juicio de conveniencia/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EXCEPCION-Improcedencia sobre aspectos de conveniencia

La sala Plena de la Corte, después de haber hecho un análisis metódico utilizando los juicios que por vía jurisprudencial y legal se han establecido para analizar los decretos expedidos con fundamento en la declaratoria de Estado de Excepción (el juicio de conexidad material, juicio de ausencia de arbitrariedad, juicio de intangibilidad, juicio de no contradicción específica, juicio de finalidad, juicio de motivación suficiente, juicio de necesidad, juicio de incompatibilidad, juicio de proporcionalidad, juicio de no discriminación), encontró ajustados a la Constitución la mayoría de artículos del decreto, con excepción de dos expresiones contenidas en el párrafo del segundo artículo, expresiones que en mi criterio se ajustaban a la Constitución, pues las razones esgrimidas en la sentencia resultan ser de mera conveniencia y no tienen ningún fundamento en la Constitución, por lo que no obedecen a motivos suficientes para que la Corporación modifique el sentido del artículo y cambie el criterio inicialmente establecido por el Gobierno Nacional para la determinación de precios a reconocer a los contratistas y concesionarios que presten su colaboración para atender de forma inmediata los problemas producto de la ola invernal.

OBLIGACION DE CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS DEL ESTADO EN ESTADO DE EMERGENCIA-Procedencia de reconocimiento de intervenciones a precios de mercado

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Improcedencia

Referencia: expediente R.E.-183

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 4823 de 2010, “por medio del cual los contratistas y concesionarios del Estado deberán contribuir solidariamente a la atención de la emergencia económica, social y ecológica.”

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones emitidas por esta Corporación, me permito realizar el siguiente salvamento parcial de voto.

La Sala Plena analizó la constitucionalidad del decreto 4823 de 2010, el cual fue expedido por el Gobierno Nacional con base en la declaratoria de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por la ola invernal, que se declaró por medio del decreto 4580 de 2010, cuya constitucionalidad fue analizada por esta Corporación en la sentencia C - 156 de 2011.

La sala Plena de la Corte, después de haber hecho un análisis metódico utilizando los juicios que por vía jurisprudencial y legal se han establecido para analizar los decretos expedidos con fundamento en la declaratoria de Estado de Excepción (el juicio de conexidad material, juicio de ausencia de arbitrariedad, juicio de intangibilidad, juicio de no contradicción específica, juicio de finalidad, juicio de motivación suficiente, juicio de necesidad, juicio de incompatibilidad, juicio de proporcionalidad, juicio de no discriminación), encontró ajustados a la Constitución la mayoría de artículos del decreto, con excepción de dos expresiones contenidas en el parágrafo del segundo artículo.

Inicialmente el Gobierno Nacional había establecido que a los contratistas se les reconocería, mediante resolución motivada, a precios de mercado y en caso de discrepancias se tomaría como referencia los precios oficiales establecidos por INVIAS para las distintas regiones del país. Como se ve reflejado en la redacción original del parágrafo del artículo 2 "Parágrafo. Las obras cuya ejecución se solicite a los concesionarios y contratistas serán reconocidas a precios de mercado y en caso de discrepancia se tomarán como referencia los precios oficiales establecidos por el INVIAS para las distintas regiones del país"

Sin embargo, la Corte Constitucional, luego de realizar el juicio de proporcionalidad, concluyó que el parámetro objetivo que mejor cumple con la finalidad constitucional de atender de manera expedita a los damnificados por la emergencia es el precio oficial establecido por el Invias para las distintas regiones. Esta conclusión se presentó como sustentada en "cálculos técnicos y la experiencia en la ejecución de obras"; además, determinaron que el escogido era un criterio actualizable y que, por consiguiente, permitía mantener la correspondencia entre el costo y el precio, además de las particularidades propias de cada región. Es por ello, que con el fin de instaurar un único referente que elimine posibles retrasos por falta de acuerdo entre partes, y basándose en la posibilidad que establece el artículo 334 de intervenir en la economía, la mayoría decidió establecer una nueva manera de determinar el precio. Es así que el artículo con la declaratoria de exequibilidad queda así "Parágrafo. Las obras cuya ejecución se solicite a los concesionarios y contratistas serán reconocidas y se tomarán como referencia los precios oficiales establecidos por el INVIAS para las distintas regiones del país."

En mi opinión, los motivos esgrimidos por la mayoría son de mera conveniencia y no tienen ningún fundamento en la Constitución, pues en abstracto el criterio establecido por el

legislador –consistente en permitir que los precios sean establecidos por la interacción de la oferta y la demanda- no contradice disposición o norma constitucional alguna; incluso, la mayoría de precios en nuestra economía son determinados por las relaciones de mercado, sin que esto acarree, prima facie, una violación a la Carta Política. Únicamente cuando la Corte satisface una carga argumentativa rigurosa y muestra las consecuencias contrarias a la Constitución que, en un caso concreto, surgen de la aplicación de este criterio, es que resulta preceptivo declarar la inconstitucionalidad del mismo y, eventualmente, puede establecer otro, esta vez, conforme a la Constitución.

En el caso en concreto, la Corte no presentó argumentación alguna que lleve a concluir respecto de la inconstitucionalidad del criterio utilizado por el legislador extraordinario; sino que está escogiendo, entre dos criterios válidos, el que considera más conveniente.

Por esta razón, considero que en el caso objeto de decisión la Corte hace valoraciones que no le corresponden y que, por el contrario, se inmiscuyen dentro del margen de configuración que tiene el Gobierno. Dicho margen le permite al legislador extraordinario tomar las decisiones que considere más eficaces para afrontar la situación extraordinaria generada por la ola invernal; en otras palabras, la Corte está sobrepasando sus límites y sus competencias, pues toma decisiones propias de los poderes que deciden con base en criterios políticos, es decir, con base en el criterio de la conveniencia.

En conclusión, con base en la argumentación atrás expuesta, considero que la decisión de la Corte debió ser la exequibilidad del artículo 2º del decreto 4823 de 2010, pues la redacción inicialmente decidida por el Gobierno era constitucional.

Dejo, pues, expuestas las razones que me llevan a salvar parcialmente el voto con respecto a la línea argumentativa que llevó a esta Corporación a adoptar la decisión en el asunto de la referencia.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA C-272/11

OBLIGACION DE CONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS DEL ESTADO EN ESTADO DE EMERGENCIA-Reconocimiento de intervenciones a precios de mercado o a precios establecidos por INVIAS resultaba razonable y objetivo (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente RE-183

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 4823 de 2010 “Por medio del cual los contratistas y concesionarios del Estado deberán contribuir solidariamente a la atención de la

emergencia económica, social y ecológica”.

Magistrada Ponente:

María Victoria Calle Correa.

Aunque comparto la mayoría de las decisiones de la providencia, con todo respeto, expongo los motivos que me llevan a discrepar de la inexecutable de las expresiones contenidas en el párrafo del artículo 2° de la norma estudiada.

1. Determinaba el párrafo del artículo 2° del Decreto analizado que las obras cuya ejecución se solicitara a los concesionarios y contratistas serían reconocidas a precios del mercado y en caso de que existiera discrepancia se tomarían como referencia los precios oficiales señalados por el Invias para las distintas regiones.

2. Pues bien, al declararse inexecutable las expresiones “a precios de mercado” y “en caso de discrepancia”, se efectuó una lectura descontextualizada de la norma al afirmar que era necesario el establecimiento de un único referente objetivo de precios que eliminara los posibles retrasos en las obras requeridas para atender eficazmente la ola invernal. En efecto, la lectura de la expresión mencionada indicaba que el sistema que se proponía era único y objetivo, compuesto por un principio (i) los precios del mercado y una condición (ii) los precios oficiales establecidos por Invias para las regiones, que se aplicaría en el evento de que existiera discrepancia respecto del primer supuesto.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

1 Folios 117 a 139 del expediente.

2 Folios 107 a 109 del expediente.

3 El Ministro de Transporte intervino a través de dos escritos con un contenido similar, suscritos por Liliana Patricia González Gómez, asesora del Despacho del Ministro de Transporte, y por William Jesús Gómez Rojas, apoderado de la Nación-Ministerio de Transporte, de conformidad con el poder adjunto otorgado por la Jefe (E) de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad (folios 1 a 12 del Anexo No. 2 del expediente).

4 Folio 14 del Anexo No. 1 del expediente.

5 Folios 166 a 173 del expediente.

6 Folio 169 del expediente.

7 MP. Mauricio González Cuervo.

8 Así lo dijo la Corte, entre otras decisiones, en la sentencia C-940 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SPV. Alfredo Beltrán Sierra; SV. Marco Gerardo Monroy Cabra; SPV. Clara Inés Vargas Hernández; SPV. Rodrigo Escobar Gil; SPV. Jaime Araújo Rentería) al señalar que la invocación de la antigua razón de Estado es incompatible con un régimen de excepción

sometido al Estado de Derecho y resolvió “Primero.- Declarar INEXEQUIBLE el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1885 de 2002, “por medio del cual se adiciona el Decreto 1838 de 2002”. Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el inciso 2º del artículo 1º y los artículos 2º y 3º del Decreto 1885 de 2002, “por medio del cual se adiciona el Decreto 1838 de 2002”.

9 Según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, los referentes que la Corte debe tomar en cuenta para el ejercicio del control automático que ordena el numeral 6º del artículo 214 constitucional son, en consecuencia, el propio texto constitucional, los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, las normas de derecho internacional humanitario, la Ley Estatutaria de los estados de excepción, y finalmente el propio decreto que declare el Estado de Conmoción Interior. Ver entre otras la Sentencia C-004 de 1992 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. Ciro Angarita Barón); C-179 de 1994 (MP. Carlos Gaviria Díaz. AV. Alejandro Martínez Caballero; SV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz; SV. Jorge Arango Mejía); C-136 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo. AV. Fabio Morón Díaz; AV. Jorge Arango Mejía); C-802 de 2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño. SV. Jaime Araújo Rentería; SV. Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil; SV. Alfredo Beltrán Sierra; AV. Jaime Córdoba Triviño; SPV. Clara Inés Vargas Hernández); C-876 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis. SV. Alfredo Beltrán Sierra; SV. Clara Inés Vargas Hernández; AV. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño; SV. Jaime Córdoba Triviño); C-939 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett. SV. Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil); C-940 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SPV. Alfredo Beltrán Sierra; SV. marco Gerardo Monroy Cabra; SPV. Calara Inés Vargas Hernández; SPV. Rodrigo Escobar Gil; SPV. Jaime Araújo Rentería); C-947 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil. SV. Alfredo Beltrán Sierra; SPV. Clara Inés Vargas Hernández; SV. Jaime Araújo Rentería); C-1024 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra. SPV. Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; SV. Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil; SV. Jaime Araújo Rentería; SPV. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

10 Ver la sentencia C-149 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil) precitada, mediante el cual se realiza este resumen, pero enfocado a los casos de conmoción interior.

11 Artículo 215 de la Constitución y artículo 47 de la Ley Estatutaria, precitados.

12 Ver, por ejemplo, el artículo 8 de la Ley 137 de 1994, que establece: “Los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por las cuales se hacen necesarias.”

13 Según el artículo 47 precitado, “en virtud de la declaración del estado de emergencia, el gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.” Subraya fuera de texto.

14 El artículo 47 referido dice: “Los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con dicho estado”.

15 Artículo 7º. “Vigencia del Estado de Derecho. En ningún caso se podrá afectar el núcleo

esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración. Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades.”

16 Artículo 4º de la Ley 137 de 1994: “Derechos intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al habeas corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados. Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados. (...)”.

17 Artículo 47: “Facultades. En virtud de la declaración del estado de emergencia, el gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. || Los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con dicho estado. || PAR.-Durante el estado de emergencia el gobierno podrá establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos casos las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.” Adicionalmente el artículo 49 establece: “Reforma, adiciones o derogaciones de medidas. El Congreso podrá, durante el año siguiente a la declaratoria del estado de emergencia, reformar, derogar, o adicionar los decretos legislativos que dicte el gobierno durante dicho estado, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa gubernamental. // También podrá, en cualquier momento, ejercer estas atribuciones en relación con las materias que sean de iniciativa de sus miembros.” Frente a la constitucionalidad de estas normas, mediante sentencia C-179 de 1994 (MP. Carlos Gaviria Díaz. AV. Alejandro Martínez Caballero; SV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz; SV. Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; SV. Jorge Arango Mejía) la Corte dijo respecto del artículo 47 se observa que “el primer inciso de este precepto legal es reiteración del inciso segundo del artículo 215 de la Constitución, y como se expresó al estudiar la conexidad en el estado de conmoción interior, también en el estado de emergencia económica, social y ecológica, los decretos que el Gobierno dicte, deben guardar relación de conexidad directa y específica con las causas invocadas para declararlo. // La validez de los decretos legislativos que expida el Presidente de la República durante la

emergencia, depende también de su finalidad, la cual debe consistir exclusivamente en conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos; [...] // Los decretos legislativos que expida el Gobierno durante la emergencia, a diferencia de los dictados con fundamento en la declaratoria de conmoción interior, pueden reformar o derogar la legislación preexistente y tienen vigencia indefinida, hasta tanto el poder legislativo proceda a derogarlos o reformarlos, salvo cuando se trata de normas relativas a la imposición de tributos o modificación de los existentes, los cuales “dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.” Frente al artículo 49, señaló: Recuérdese que los decretos legislativos que expide el Gobierno durante el estado de emergencia tienen el poder de derogar y modificar la legislación preexistente en forma permanente, lo que no ocurre con el estado de conmoción interior, en el cual ésta solamente se suspende. // [...] Así las cosas en este periodo excepcional, como ya se ha dicho, el Congreso continúa cumpliendo con sus funciones ordinarias, lo cual concuerda con el inciso 3o. del artículo 214 de la Carta, según el cual durante los estados de excepción no se suspende el normal funcionamiento de las distintas ramas del poder público.”

18 Ver, por ejemplo, la sentencia C-1024 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra. SV. Jaime Araújo Rentería; SPV. Manuel José Cepeda Espinosa), donde la Corte declaró la inexecutable del artículo 1 del Decreto 2002 de 2002, porque desnaturalizaba las funciones constitucionales y la independencia de la Fiscalía y de la Procuraduría.

19 Sentencia C-149 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil), precitada.

20 Ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional, C-179 de 1994 (MP. Carlos Gaviria Díaz. AV. Alejandro Martínez Caballero; SV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz; SV. Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; SV. Jorge Arango Mejía), donde la Corte examinó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, Ley 137 de 1994; C-122 de 1997 (MP. Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz y Fabio Morón Díaz. AV. Jorge Arango Mejía; AV. Carlos Gaviria Díaz; AV. Hernando Herrera Vergara; AV. Fabio Morón Díaz), donde la Corte examinó el principio de subsidiariedad aplicado a la declaratoria de emergencia económica y social del Decreto 080 del 13 de enero de 1997.

21 Sentencias C-149 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, AV. Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil) y C-916 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

22 Sentencia C-149 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil) precitada. Por ejemplo en la sentencia C-1024 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra. SV. Jaime Araújo Rentería; SPV. Manuel José Cepeda Espinosa). 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.

23 Según el artículo 47 precitado, “en virtud de la declaración del estado de emergencia, el gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la

crisis y a impedir la extensión de sus efectos.” Subraya fuera de texto.

24 El artículo 47 referido dice: “Los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con dicho estado.”

25 Ver folio 199 del expediente.

26 Folios 3-7 del Anexo No. 1 del expediente.

27 “Artículo 4º.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) 1º. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante. (...)”

“Artículo 26º.- Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio: (...) 1º. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. (...)”

28 “ARTÍCULO 13. Prohíbese tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos. El representante legal y ordenador del gasto o en quienes estos hayan delegado, responderán disciplinaria, fiscal y penalmente por incumplir lo establecido en esta norma.”

29 Folios 1 a 12 del Anexo No. 2 del expediente.

30 Folio 14 del Anexo No. 1 del expediente.

31 Ver sentencias C-150 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Jaime Araújo Rentería; SPV. Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández) y C-042 de 2006 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

32 En relación con el Decreto Legislativo 1179 de 1994 “Por el cual se crea la Corporación para la Reconstrucción de la Cuenca del Río Páez y zonas aledañas - CORPOPAECES -”, consultar la sentencia C-367 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

33 Respecto del Decreto 350 de 1999, “por el cual se dictan disposiciones para hacer frente a la emergencia económica, social y ecológica causada por el terremoto ocurrido el 25 de enero de 1999”, consultar la sentencia C-328 de 1999 (MP. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano).

34 El Decreto 197 de 1999 en su Artículo 6 establecía: “Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, con entes públicos o privados, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y no estarán sujetos a las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993. // Tratándose de negocios fiduciarios el Fondo velará por que el objeto de los mismos se desarrolle por parte de las instituciones fiduciarias en condiciones de transparencia, libre concurrencia, eficiencia y publicidad. // De igual manera, los contratos que en desarrollo de los convenios celebrados con el Fondo deban suscribir las entidades

públicas se registrarán por el derecho privado. // Los contratos a que se refieren los incisos anteriores no requerirán de escritura pública, sin perjuicio de su inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos cuando a ello haya lugar para efecto de la transferencia del respectivo bien. // Para efectos de determinar los derechos notariales y registrales, así como el impuesto de registro y anotación los contratos a que se refieren los incisos anteriores se considerarán actos sin cuantía. Adicionalmente, dichos contratos y los demás actos a que haya lugar por razón de los mismos, no estarán sujetos al impuesto de timbre.”

35 Sentencia C-218 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

36 El Decreto 350 de 1999 en su artículo 21 disponía: “Los contratos que celebre la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil para la reconstrucción y puesta en funcionamiento del Aeropuerto El Edén de la ciudad de Armenia, se registrarán por el derecho privado, sin perjuicio de que se puedan incluir las cláusulas excepcionales previstas por la Ley 80 de 1993, evento en el cual las mismas se registrarán por lo dispuesto en dicha ley. Lo anterior incluirá el proceso de formación del contrato.”

37 Sentencia C-328 de 1999 (MP. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano).

38 Ver sentencias C-616 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil); C-389 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández. SV. y AV. Jaime Araújo Rentería; SV. Álvaro Tafur Galvis); C-615 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra); C-341 de 2006 (MP. Jaime Araújo Rentería); C-993 de 2006 (MP. Jaime Araújo Rentería); T- 517 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra); T-660 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis); C-260 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); C-289 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); C-1158 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. AV. Jaime Araújo Rentería).

39 Sentencias T-021 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-392 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

40 Sentencia C-579 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

41 Sentencia C-332 de 2000 (MP. Fabio Morón Díaz).

42 Sentencia C-176 de 1996 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

43 Puede consultarse al respecto la Sentencia T-801 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

44 Sentencia T-1125 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. AV. Jaime Araújo Rentería).

45 *Ibíd.*

47 Sentencia T-801 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

48 El numeral 10 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 fue adicionado por artículo 19 de la Ley 1150 de 2007; un aparte del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32-3 de la Ley 1150 de 2007; un aparte del artículo 26-3 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el

artículo 32 de la Ley 1150 de 2007; el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 fue modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

49 Efectivamente, bajo condiciones de normalidad la contratación bajo los parámetros fijados en el decreto de emergencia generaría hechos cumplidos por la celebración de contratos, que por omitir los requisitos de ley, podrían tipificar los delitos de celebración indebida de contratos y conllevar sanciones de tipo penal, disciplinario y fiscal.

50 En materia penal, los delitos de celebración indebida de contratos (artículo 408 del C.P.), interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409 del C.P.) y contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 del CP), generan para el servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en su tramitación, aprobación o celebración pena de prisión entre 4 a 12 años y multa entre 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 12 años.

51 La Ley 42 de 1993, en su artículo 25, radica en cabeza de la Contraloría General de la Nación la competencia para ejercer control fiscal sobre los contratos celebrados con fundamento en el artículo 355 de la Constitución Nacional a través de las entidades que los otorguen.

52 En materia disciplinaria, el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, contempla en su artículo 48, numeral 31, como faltas gravísimas de los servidores públicos, las siguientes conductas: participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.