

Sentencia C-251/11

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE CREA EL FONDO ADAPTACION-Juicios de conexidad, necesidad y proporcionalidad

La creación del Fondo Adaptación mediante el Decreto Legislativo 4819 de 2010 satisface los juicios de conexidad, necesidad y proporcionalidad, toda vez que guarda conexidad con las causas que originaron la declaración de emergencia y los asuntos regulados se relacionan directamente con los propósitos del Fondo; se constató la insuficiencia de los instrumentos ordinarios sobre prevención y atención de desastres para responder a las exigencias derivadas de las causas y efectos que originaron la declaración de emergencia; y su creación persigue finalidades importantes como la de permitir la adopción de decisiones coordinadas, eficientes y con vocación de integralidad en materia de identificación, estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, y disposición y transferencia de recursos, al igual que garantizar la suficiencia y adecuada distribución de estos últimos, con el fin de contribuir a mitigar los efectos asociados al fenómeno de La Niña, prevenir futuros impactos y proteger a la población en lo sucesivo frente a amenazas económicas, sociales y ambientales que causa el fenómeno, de donde la creación del Fondo Adaptación es una medida proporcionada para atender la emergencia y los efectos de ésta, pero dicha proporcionalidad se entiende en sentido estricto, siempre y cuando aspectos tales como la contratación se emprenda desde ahora y no superen el año 2014, pues no se encuentran razones de tiempo ni de materia que justifiquen después de este lapso, el no acudir a las institucionalidad ordinaria para lograr los objetivos propuestos con la excepcionalidad

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Justificación de restricción en aras de garantizar un interés nacional superior

Si bien las actividades de identificación y gestión de proyectos que pretende desarrollar el Gobierno Nacional a través del Fondo Adaptación sacrifican la participación de las entidades territoriales, dicho sacrificio se encuentra justificado, teniendo en cuenta la importancia de que el Gobierno Nacional intervenga con prontitud y eficacia en la prevención y mitigación de las causas y efectos generadores de la emergencia, siendo admitido por la jurisprudencia constitucional que cuando sea imperativo en aras de garantizar un interés nacional superior, es posible restringir la autonomía de las entidades territoriales, asunto que en el presente caso se hace necesario para lograr una atención más rápida y efectiva de las víctimas y los daños causados por el Fenómeno de la Niña.

ESTADOS DE EXCEPCION-Clases

ESTADOS DE EXCEPCION EN LA CONSTITUCION DE 1991- Características generales

ESTADOS DE EXCEPCION-Principios que los regulan

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

El estado de emergencia económica, social y ecológica es una modalidad de los estados de excepción expresamente diseñado por el Constituyente para conjurar aquellas alteraciones que desequilibran en forma grave e inminente uno o varios de tales órdenes, o que constituyan grave calamidad pública, siendo la misma constitución la que restringe la discrecionalidad del Presidente de la República para apreciar los presupuestos fácticos que dan lugar a su declaración, pues exige que los hechos en los que se fundamenta sean: (i) distintos a los previstos para la declaración del estado de conmoción interior y de guerra exterior, (ii) sobrevivientes y (iii) tengan tal gravedad que atenten o amenacen atentar de manera inminente el orden económico, social o ecológico, o constituyan calamidad pública. Dentro de las particularidades que se resaltan de este estado de excepción se precisan: la modalidad o combinación de modalidades por las que puede ser declarado; la cobertura de la declaratoria que puede comprender todo el territorio o una porción de él; las facultades que se le conceden al Presidente de la República lo habilita para dictar normas con fuerza y rango de ley destinadas específicamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, y los decretos que expidan deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia; los decretos legislativos que se dicten tienen vocación de permanencia, excepto en el evento de normas que establecen o modifican tributos, caso en el cual dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente; decretos legislativos expedidos en virtud del estado de emergencia económica, social o ecológica no pueden desmejorar los derechos sociales de los trabajadores y tanto los decretos de la declaración como los de medidas adoptadas a su amparo están sujetos a mecanismos de control: uno de orden jurídico a cargo de la Corte Constitucional que es posterior, automático, integral y definitivo, cuya finalidad es verificar que la declaración de emergencia y las medidas adoptadas bajo su amparo cumplan con los requisitos formales y materiales que imponen la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción; y otro de orden político, a cargo del Congreso de la República que tiene al menos dos finalidades: de un lado, verificar la conveniencia y oportunidad de las medidas introducidas durante la emergencia y, del otro, examinar la posible responsabilidad del Presidente y sus ministros por el uso inadecuado o abusivo de la institución.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA-Análisis que comprende

El control constitucional de los decretos dirigidos a conjurar o prevenir la crisis se centra en el análisis de: (i) la conexidad, que se orienta a la verificación de un nexo causal entre las situaciones que de manera mediata e inmediata han dado origen a la declaración del estado de excepción y la finalidad de las medidas introducidas (conexidad externa), y entre tales causas y la materia regulada por los decretos legislativos correspondientes (conexidad interna), habida cuenta que los decretos que se expidan deben estar destinados “exclusivamente” a superar la situación de crisis y a impedir la extensión de sus efectos, y deben referirse a materias que tengan “relación directa y específica” con el estado de emergencia; (ii) la necesidad, estudio que ha sido definido en dos partes, la primera que busca determinar la relación entre la medida adoptada y los hechos que dieron origen a la declaración, necesidad fáctica, la segunda que hace referencia a la necesidad jurídica, en donde se debe determinar si las medidas ordinarias no resultan suficientes para conjurar o evitar la crisis que originó la declaración de emergencia; y (iii) la proporcionalidad de las medidas que busca verificar la adecuación de los medios con los fines propuestos tanto por la Constitución como por los decretos de excepción. Este juicio comprende un estudio de la finalidad de la medida, la idoneidad y conducencia de los medios escogidos por el Ejecutivo y la proporcionalidad en estricto sentido de la medida.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA SOCIAL Y ECOLOGICA-Alcance de las facultades del Ejecutivo para crear nuevas entidades públicas/**INICIATIVA LEGISLATIVA EXCLUSIVA DEL GOBIERNO**-Estructura de la administración nacional

Si bien la modificación de la estructura de la Administración Nacional corresponde al Congreso y dicha competencia no es totalmente independiente dado que la iniciativa en materia de estructura de la administración nacional pertenece en forma exclusiva al Gobierno Nacional, el Ejecutivo con atribuciones legislativas contempladas para afrontar los efectos de la catástrofe e impedir la extensión de sus efectos puede crear nuevas entidades públicas, así lo ha admitido la jurisprudencia, siempre y cuando la creación del respectivo ente, cumpla con los requisitos que debe observar toda medida en un estado de excepción. Esta Corporación ha avalado, a propósito de otras emergencias analizadas, la creación de entidades del orden nacional para llevar a cabo las labores de reconstrucción de un territorio devastado por catástrofes naturales, así por ejemplo, en las sentencias C-367 de 1994 y C-218 de 1999, relacionadas con la creación de la Corporación para la Reconstrucción de la Cuenca del Río Páez y zonas aledañas – CORPOPAECES- y el Fondo de Reconstrucción del Eje Cafetero - FOREC.

LEGISLADOR EXTRAORDINARIO EN ESTADO DE EXCEPCION-Alcance de la facultad para modificar la estructura de la administración nacional

ENTIDAD CREADA EN ESTADO DE EXCEPCION-Ente de duración precaria y finalidad delimitada

Las entidades u organismos creados al amparo del Estado de Emergencia, si bien es posible que su actividad deba extenderse más allá del tiempo de vigencia de las atribuciones legislativas de excepción, sin que resulte imprescindible prolongarla indefinidamente, se justifica plenamente que no sea el propio legislador el que agote las distintas etapas de la supresión del ente creado con un propósito específico, y que, no obstante ser él quien prevé la misma y la dispone, deje en manos del Gobierno su ejecución material y su realización. Estas tendrán lugar cuando el agotamiento de los fines correspondientes haga innecesaria la permanencia del ente u organismo establecido.

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

FONDO ADAPTACION-Naturaleza jurídica y objeto/**FONDO ADAPTACION**-Funciones

El Decreto 4819 de 2010 crea el Fondo Adaptación como una entidad con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y cuyo objeto es la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de "La Niña" y sus funciones se enfocan en la estructuración y gestión de proyectos, la ejecución de procesos contractuales ágiles, y la disposición y transferencia de recursos para la construcción, recuperación y reconstrucción de infraestructura.

FONDO ADAPTACION-Estructura

FONDO ADAPTACION-Auditoria sobre actos y contratos

Si bien el Decreto 4819 de 2010 faculta al Consejo Directivo para escoger una firma de prestigio internacional para que ejerza la auditoria sobre los actos y contratos que realice el Fondo, y no obstante que dicha figura se encuentra justificada y es necesaria y proporcional para el cumplimiento de los fines encomendados al Fondo, el gran flujo de recursos, provenientes de diversas fuentes, patrimonio público, donaciones particulares y recursos de cooperación internacional, cuya administración radica en cabeza del Fondo, amerita el establecimiento de controles reforzados, por lo que en este caso, dicha facultad

debe cumplir los requerimientos exigidos por el artículo 267 Constitucional, que precisa el control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República

CONTROL FISCAL AL FONDO ADAPTACION-Ejercicio por parte de la Contraloría General de la República

El numeral 5° del artículo 3° del Decreto Legislativo 4819 de 2010 obliga al Consejo Directivo a “Rendir al Presidente de la República, informes mensuales de gestión y resultados”, y dado que el artículo 267 de la Constitución establece que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un “control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”, resulta pertinente aclararse que tal presentación de informes debe realizarse sin perjuicio de las atribuciones dadas por el ordenamiento superior al Contralor General de la República, y en los precisos términos de la sentencia C-218 de 1999 “que los informes al Presidente de la República permitirán que éste verifique la gestión y los resultados del Fondo desde una perspectiva de carácter administrativo, que no suople la función de control fiscal propia de la Contraloría, y que no la sustituye ni la desplaza.”

FONDO ADAPTACION-Gerente es un particular que cumple funciones públicas

Respecto de la -Gerencia del Fondo, en primer lugar, no desconoce la Constitución su designación por parte del Presidente de la República y si bien la norma guarda silencio sobre la naturaleza jurídica del cargo de Gerente del Fondo ha de entenderse que se trata de un particular que cumple funciones públicas con todas las incompatibilidades y responsabilidades que de ello se deriva. Lo anterior, en razón de las importantes funciones que realiza, entre las que se encuentran, el manejo de recursos públicos, la representación legal del Fondo, la facultad de ordenación de gastos e inversiones y la autorización para celebrar contratos estatales y todas las demás funciones asignadas por el artículo 4 del Decreto.

FONDO ADAPTACION-Patrimonio

FONDO ADAPTACION-Inembargabilidad de recursos/**INEMBARGABILIDAD DE RECURSOS DEL FONDO ADAPTACION-Constituye una facultad del legislador extraordinario**

En cuanto al patrimonio del Fondo se precisa que está constituido por: las partidas que se le asignen en el presupuesto nacional, los recursos provenientes de crédito interno y externo, las donaciones que reciba para sí, los recursos de cooperación nacional o internacional, los recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades y los demás recursos que obtenga o se le asignen a cualquier título, indicándose además que tales recursos serán administrados por el Fondo a través de patrimonios

autónomos y serán inembargables. Sobre estos aspectos debe hacerse especial mención a la transferencia de recursos del Fonda Nacional de Calamidades al Fondo Adaptación, pues si bien dicha transferencia fue autorizada por el legislador extraordinario, con lo que se satisface el requisito de autorización legal, resulta necesario señalar que el hecho de no requerirse operación presupuestal no implica que tales movimientos no requieran del registro presupuestal, al igual que a la medida de inembargabilidad, que en el presente caso fue determinada por el legislador extraordinario, resultando tal medida absolutamente necesaria y proporcionada.

REVIVISCENCIA DE NORMAS DEROGADAS-Condicion de procedencia/REVIVISCENCIA DE NORMAS DEROGADAS-Oportunidad para su determinación

La Corte Constitucional ha llegado a la conclusión que no siempre la inexecutable de una norma derogatoria implica “la reviviscencia de normas derogadas”, pues para ello es necesario establecer: i) si el vacío normativo es de tal entidad que el orden constitucional se pueda ver afectado y ii) efectuar una ponderación entre los principios de justicia y seguridad jurídica, y frente a la oportunidad para determinar si se revive o no una norma derogada, se dijo que no existe un término o etapa específica para esa decisión, por cuanto se puede adoptar en la misma providencia en la que se determina la inexecutable, si la Corte así lo juzga necesario, o, posteriormente, cuando deba controlar el precepto derogado, una vez se haga uso de la acción pública de inconstitucionalidad.

TRANSFERENCIA DE RECURSOS DEL FONDO ADAPTACION-Justificación de su reviviscencia

El artículo 6° del Decreto Legislativo 4819 de 2010 regulaba la transferencia de recursos del Fondo Adaptación a entes públicos y privados señalando las condiciones para dicha operación. Esta norma fue modificada en su integridad por el artículo 4° del Decreto Legislativo 142 de 2011 declarado inexecutable por consecuencia, una vez se produjo la declaratoria de inexecutable del Decreto 020 de 2011 que le servía de fundamento, por lo que se hace necesario establecer si la norma sobre transferencia de recursos debe ser revivida. Al respecto debe recordarse que la transferencia de recursos por parte del Fondo Adaptación, es una de las finalidades de esta entidad, que con la declaratoria de inexecutable del Decreto 142 de 2011 queda sin sustento ni requisitos, lo que para la Corte genera un vacío que atenta contra el principio de legalidad, toda vez que la transferencia de recursos públicos de un órgano a otro debe contar con una autorización expresa, es decir, un título legítimo, en los términos del Decreto 111 de 1996, que de no existir, impedirá la operatividad misma del ente que crea el decreto en revisión, porque siendo de la esencia de la nueva entidad pública la transferencia de recursos para dar cumplimiento a los fines mismos del

Fondo Adaptación y lograr la satisfacción de los derechos fundamentales de quienes se vieron y se verán afectados por la ola invernal producida por el fenómeno de la Niña, esencia de la declaración de emergencia, es necesario concluir que la norma derogada es fundamental para el cumplimiento de las funciones del fondo, hecho que justifica que reviva, por cuanto el nuevo ente no tendría sentido o, por lo menos, su importancia se vería disminuida, si no cuenta con un título jurídico para efectuar la transferencia de recursos que haga posible el cumplimiento de las funciones a él asignadas.

TRANSFERENCIA DE RECURSOS DEL FONDO ADAPTACION A ENTIDADES PUBLICAS Y PRIVADAS-Condicionada a que objeto social de entidades destinatarias tengan relación con actividades para atender la emergencia

TRANSFERENCIA DE RECURSOS DEL FONDO ADAPTACION A ENTIDADES PUBLICAS Y PRIVADAS-No exigencia de operación presupuestal no exonera del correspondiente registro presupuestal

La certeza y transparencia en el manejo de los recursos que el Fondo Adaptación ha de transferir a entidades tanto públicas como privadas, presuponen la obligación de realizar los registros contables correspondientes, por lo que ha de entenderse que el que el artículo 6º no exija operación presupuestal no implica que el correspondiente registro presupuestal no se efectúe, y a esa obligación se condicionará la exequibilidad del artículo bajo análisis.

TRANSFERENCIA DE RECURSOS DEL FONDO ADAPTACION A ENTIDADES PUBLICAS Y PRIVADAS-Giro a cuentas especiales y separadas

FACULTAD REGLAMENTARIA-Corresponde al Presidente de la República y a órganos expresamente facultados en la Constitución

CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO ADAPTACION-Carece de facultad reglamentaria

El artículo 7º del Decreto Legislativo 4819 de 2010 otorga unas facultades al Consejo Directivo del Fondo Adaptación, en el sentido de reglamentar las cuantías y casos en los cuales será necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública, lo que resulta contrario a la Constitución, por cuanto la facultad reglamentaria corresponde, por regla general, al Presidente de la República y excepcionalmente a otros órganos del Estado expresamente facultados para ello en la Constitución Política. Por ello, no cualquier órgano o entidad que se cree en el Estado puede ser titular de dicha función, razón por la que se debe declarar la inexecutable del aparte correspondiente del artículo 7º

**SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-
 Procedencia/SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD
 CONDICIONADA-Limitación de aplicación temporal de régimen
 contractual de Fondo Adaptación**

Referencia: expediente RE-179

Revisión oficiosa del Decreto Legislativo 4819 de 2010 “*Por el cual se crea el Fondo de Adaptación*”.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D. C., seis (6) de abril de dos mil once (2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Juan Carlos Henao Pérez -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

1. ANTECEDENTES

El 30 de diciembre de 2010, el Presidente de la República, de acuerdo con el numeral 7° del artículo 241 de la Constitución Política, remitió a la Corte Constitucional el Decreto Legislativo 4819 de 2010 “*Por el cual se crea el Fondo de Adaptación*”.

1.1. NORMA OBJETO DE REVISIÓN

El texto de la norma objeto de análisis, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial 47.937 de 29 de diciembre de 2010, es el siguiente:

“DECRETO 4819 DE 2010

(Diciembre 29 de 2010)

Por el cual se crea el Fondo Adaptación.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

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

CONSIDERANDO:

Que mediante el Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010 y con base en el artículo 215 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, con el fin de conjurar la grave calamidad pública e impedir la extensión de sus efectos;

Que según 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 la grave calamidad pública ha generado insuficiencia de las facultades gubernamentales ordinarias para lo cual es necesaria la adopción de medidas legislativas para conjurar la crisis e impedir la extensión de la misma;

Que como se indicó en los considerandos del Decreto 4580 de 2010, las funciones legales y los recursos asignados al Sistema Nacional para la Atención y Prevención de Desastres son insuficientes para conjurar los efectos de esta calamidad pública y restablecer el orden económico, social y ecológico;

Que el numeral 1.6 del Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010, determinó que la situación de calamidad pública puede en el futuro extender sus efectos a magnitudes cada vez mayores, de manera que se hace necesario adoptar medidas y construir obras para impedir definitivamente la prolongación de esta situación, y proteger en lo sucesivo a la población de amenazas económicas, sociales y ambientales como las que se están padeciendo;

Que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3.12 del Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010 es necesario adoptar medidas inmediatas de reparación y reconstrucción, de tal

manera que las prioridades de las obras en concesión y las públicas realizadas directamente por el gobierno, sean viales, aeroportuarias, portuarias, férreas o fluviales, estén orientadas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, con el fin de que la actividad económica en las zonas afectadas, la movilidad y seguridad de las personas y el acceso a servicios sociales no continúen severamente perturbados;

Que el numeral 3.19. del Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010 señala que es indispensable, adoptar entre otras medidas, disposiciones legislativas en materia tributaria, presupuestal, de endeudamiento, control ambiental, contratación pública, procesales, expropiación de inmuebles y control fiscal, así como crear mecanismos necesarios para administrar recursos, a fin de proteger y garantizar los derechos de las personas afectadas, lograr la recuperación de la actividad productiva, el fortalecimiento institucional y financiero de la Nación, y adelantar las obras de infraestructura que permitan conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos;

Que en consecuencia, resulta necesario establecer un mecanismo institucional para la estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición, transferencia y protección de recursos y demás acciones que se requieran en la etapa de recuperación, construcción y reconstrucción por el Fenómeno de "La Niña", tendientes a la mitigación y prevención de riesgos y a la protección en lo sucesivo, de la población de las amenazas económicas, sociales y ambientales que están sucediendo;

DECRETA:

Artículo 1°. **Creación del Fondo.** *Créase el Fondo Adaptación, cuyo objeto será la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de "La Niña", con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

Este Fondo tendrá como finalidad la identificación, estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición y transferencia de recursos para la recuperación, construcción y reconstrucción de la infraestructura de transporte, de telecomunicaciones, de ambiente, de agricultura, de servicios públicos, de vivienda, de

educación, de salud, de acueductos y alcantarillados, humedales, zonas inundables estratégicas, rehabilitación económica de sectores agrícolas, ganaderos y pecuarios afectados por la ola invernal y demás acciones que se requieran con ocasión del fenómeno de "La Niña", así como para impedir definitivamente la prolongación de sus efectos, tendientes a la mitigación y prevención de riesgos y a la protección en lo sucesivo, de la población de las amenazas económicas, sociales y ambientales que están sucediendo.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional podrá con cargo a los recursos de este Fondo, celebrar convenios con gobiernos extranjeros, cuyo objeto esté relacionado con las acciones de recuperación, construcción y reconstrucción requeridas para la superación definitiva del fenómeno de "La Niña".

Parágrafo 2°. Las entidades territoriales podrán aportar recursos a través de esquemas de cofinanciación para el desarrollo de los proyectos que sean identificados, estructurados y gestionados por el fondo a que se refiere el presente artículo.

Artículo 2°. Estructura. *La Dirección y Administración del Fondo estará a cargo de un Consejo Directivo, el cual estará integrado de la siguiente manera:*

- 1. Un representante designado por el Presidente de la República, quien lo presidirá.*
- 2. El Ministro del Interior y de Justicia o su delegado.*
- 3. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.*
- 4. Un Ministro designado por el Presidente de la República en atención a los proyectos o asuntos puestos a consideración del Consejo.*
- 5. El Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, o su delegado.*
- 6. El Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.*
- 7. Cinco (5) miembros del sector privado designados por el Presidente de la República.*

Parágrafo 1°. Los Ministros y Directores de Departamento Administrativo que conforman el Consejo Directivo únicamente podrán delegar su participación en los Viceministros, Subdirectores, en los Secretarios Generales o en los Directores Generales o Técnicos.

Parágrafo 2°. El Consejo Directivo podrá crear los Comités sectoriales que se requieran en los cuales podrán tener presencia representantes del sector privado, de la sociedad civil, de organizaciones no gubernamentales u organismos multilaterales.

Parágrafo 3°. A las sesiones del Consejo Directivo asistirá con voz pero sin voto, el representante legal de la sociedad fiduciaria o consorcio fiduciario que administre el patrimonio autónomo a que se refiere el parágrafo primero del artículo 5° del presente decreto.

Parágrafo 4°. Los miembros del sector privado no recibirán retribución por su participación en el Consejo.

Parágrafo 5°. El Consejo Directivo del Fondo podrá determinar las necesidades de personal para el cumplimiento de las funciones de la Gerencia.

Artículo 3°. Funciones del Consejo Directivo. *Para el cumplimiento de los objetivos del Fondo, el Consejo Directivo ejercerá las siguientes funciones:*

- 1. Adoptar los planes y proyectos que deban ejecutarse con cargo a los recursos del Fondo.*
- 2. Autorizar al Fondo para la contratación con personas públicas o privadas para la realización o ejecución de estudios, diseños, obras y en general, las demás actividades requeridas para el desarrollo de los planes y proyectos.*
- 3. Aprobar los negocios fiduciarios que se requieran para el manejo y disposición de los recursos del Fondo.*
- 4. Designar una firma de reconocido prestigio internacional para que ejerza la auditoría sobre los actos y contratos que realice el Fondo.*
- 5. Rendir al Presidente de la República, informes mensuales de gestión y resultados.*

6. Estructurar, previa aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mecanismos de financiación a través de los cuales el Fondo logre obtener recursos para la recuperación, construcción y reconstrucción por el fenómeno de "La Niña", tendientes a la mitigación y prevención de riesgos y a la protección en lo sucesivo de la población de las amenazas económicas, sociales y ambientales que están sucediendo.

7. Autorizar la participación del Fondo en Esquemas de participación público-privada.

8. Identificar, estructurar y gestionar los proyectos, la ejecución de procesos contractuales, definir los mecanismos para la disposición y transferencia de recursos.

9. Adoptar el Plan de Acción preparado por los Comités a que se refiere el párrafo 2° del artículo 2° del presente decreto, para la fase de recuperación, construcción y reconstrucción que se ejecutará para conjurar la crisis originada por el fenómeno de La Niña e impedir la extensión de sus efectos, el cual deberá integrarse con el Plan de Acción de las fases de atención humanitaria y rehabilitación a que alude el artículo 2° del Decreto 4702 de 2010, a efecto de garantizar su coordinación.

10. Darse su propio reglamento.

11. Las demás que se requieran para el cabal cumplimiento de los objetivos del Fondo y que le sean asignadas por el Gobierno Nacional.

Artículo 4°. **Gerencia del Fondo.** Créase la Gerencia del Fondo para las acciones de recuperación, construcción y reconstrucción requeridas para el fenómeno de La Niña, que tendrá a cargo además de la representación legal del Fondo, las siguientes funciones:

1. Ejecutar los planes y proyectos aprobados por el Consejo Directivo que deban celebrarse con cargo a los recursos del Fondo.

2. Celebrar como representante legal del Fondo los contratos autorizados por el Consejo Directivo.

3. Realizar los negocios fiduciarios que se requieran para el manejo y disposición de los recursos del Fondo y que hayan sido aprobados por el Consejo Directivo.

4. *Solicitar y revisar los informes de auditoría que le sean presentados al Fondo sobre los actos y contratos que realice el mismo.*

5. *Expedir los certificados correspondientes a las donaciones recibidas.*

6. *Celebrar los contratos o convenios para la participación del Fondo en aquellos Esquemas de participación público-privada aprobadas por el Consejo Directivo.*

7. *Celebrar los contratos necesarios para la ejecución de los esquemas de financiación estructurados por el Consejo Directivo.*

8. *Hacer seguimiento y asegurar el cumplimiento del Plan de Acción para la fase de recuperación, construcción y reconstrucción que sea aprobado por el Consejo Directivo.*

9. *Las demás que le sean asignadas por el Consejo Directivo o por el Gobierno Nacional.*

Parágrafo 1°. Las entidades públicas estarán obligadas a prestar, dentro del ámbito de sus competencias, la colaboración que le solicite el Gerente del Fondo para superar la crisis y mitigar la extensión de sus efectos.

Parágrafo 2°. El Presidente de la República designará al Gerente del Fondo, quien percibirá la remuneración que determine el Gobierno Nacional.

Artículo 5°. Patrimonio. *El patrimonio del Fondo estará constituido por:*

1. *Las partidas que se le asignen en el presupuesto nacional.*

2. *Los recursos provenientes de crédito interno y externo.*

3. *Las donaciones que reciba para sí.*

4. *Los recursos de cooperación nacional o internacional.*

5. *Los recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades.*

6. Los demás recursos que obtenga o se le asignen a cualquier título.

Parágrafo 1°. Los recursos de que trata el presente artículo serán administrados por el Fondo a través de los patrimonios autónomos que se constituyan para tal fin, en los términos y condiciones que reglamente el Gobierno Nacional. Estos recursos serán inembargables.

Parágrafo 2°. Con cargo a los recursos del Fondo de que trata el presente decreto, se atenderán los procesos de contratación y ejecución de los proyectos contenidos en el Plan de Acción a que se refiere el numeral 9 del artículo 3° del presente decreto. Igualmente, se podrán atender los gastos operativos y administrativos para su funcionamiento, lo relacionado con los estudios de diseños y estructuración de proyectos y demás gastos tales como subsidios, garantías e indemnizaciones.

Artículo 6°. Transferencia de recursos. *El Fondo podrá transferir recursos a entidades públicas del orden nacional o territorial y a entidades privadas para ser administrados por éstas, sin que para ello se requiera operación presupuestal alguna por parte de la entidad receptora. En el documento que ordene la transferencia se indicará de manera expresa la destinación de los recursos, los cuales se girarán a cuentas abiertas especialmente para la atención de la emergencia invernal, las cuales estarán exentas de cualquier gravamen.*

El Consejo Directivo del Fondo establecerá mediante reglamento las condiciones en que se realizarán las transferencias de que trata el inciso anterior, el control de su utilización, previa aprobación de un plan de inversiones.

La administración de dichos recursos será responsabilidad del jefe de la respectiva entidad a la cual se le efectuó la transferencia.

Parágrafo 1°. Las cuentas en las que se reciban los recursos a que hace referencia la presente disposición estarán exentas de cualquier gravamen.

Parágrafo 2°. Las entidades públicas del orden nacional o territorial podrán a su vez transferir recursos a los patrimonios autónomos que se creen en virtud del presente decreto.

Artículo 7°. Régimen Contractual. *Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su*

índole o cuantía, se registrarán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública.

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará todas las condiciones para la contratación del Fondo que permitan mayor eficiencia en la recuperación, construcción y reconstrucción por el fenómeno de "La Niña", garantizando el cumplimiento de los principios constitucionales y legales citados en el presente artículo.

Artículo 8°. Comités de Ética. *Para el control de la adecuada destinación y ejecución de los recursos, mientras se supera la situación que dio lugar a la declaración de emergencia, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y el Sistema de Control Fiscal actuarán de manera articulada para la vigilancia del manejo de los recursos estatales.*

Se podrá acudir a empresas de auditoría nacional e internacional de amplia reconocida trayectoria, se podrán igualmente auditar los recursos destinados a la atención de la emergencia económica, social y ecológica, así mismo se podrá crear un Comité de Ética y seguimiento compuesto por representantes de diferentes sectores de la sociedad.

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

Publíquese y cúmplase.

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

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

GERMÁN VARGAS LLERAS
Ministro del Interior y de Justicia

MARÍA ÁNGELA HOLGUÍN CUÉLLAR
Ministra de Relaciones Exteriores

JUAN CARLOS ECHEVERRY GARZÓN

El Ministro de Hacienda y Crédito Público

RODRIGO RIVERA SALAZAR

Ministro de Defensa Nacional

JUAN CAMILO RESTREPO SALAZAR

Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural

MAURICIO SANTAMARÍA SALAMANCA

Ministro de la Protección Social

CARLOS ENRIQUE RODADO NORIEGA

Ministro de Minas y Energía

SERGIO DIAZGRANADOS GUIDA

Ministro de Comercio, Industria y Turismo

MARÍA FERNANDA CAMPO SAAVEDRA

Ministra de Educación Nacional

BEATRIZ ELENA URIBE BOTERO

Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

DIEGO ERNESTO MOLANO VEGA

*Ministro de Tecnologías de la Información y las
Comunicaciones*

GERMÁN CARDONA GUTIÉRREZ

Ministro de Transporte

MARIANA GARCÉS CÓRDOBA

Ministra de Cultura.”

1.2. INTERVENCIONES

Repartido el asunto al Despacho del Magistrado Sustanciador, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2067 de 1991, mediante auto del 20 de enero de 2011 dispuso: **(i)** avocar el conocimiento del asunto; **(ii)** oficiar a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al Ministerio del Interior y de Justicia para que remitieran un informe detallado acerca de las razones fácticas que motivaron la expedición del Decreto Legislativo, su necesidad, idoneidad y proporcionalidad; **(iii)** oficiar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que explicara los efectos presupuestales que tienen las normas contenidas en el Decreto, y presentara el cálculo estimado de los recursos que el Fondo recibirá, y su origen posible; **(iv)** oficiar al Ministerio de Transporte para que explicara los efectos que tendrían las

disposiciones del Decreto Legislativo en materia de reparación y reconstrucción de las obras de concesión y obras públicas necesarias para conjurar la crisis; **(v)** oficiar al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para que explicara los efectos y la forma cómo las medidas adoptadas por el Decreto Legislativo contribuirán a la recuperación y promoción de la crisis en la actividad productiva; **(vi)** fijar en lista el asunto para efectos de la intervención ciudadana; **(vii)** comunicar la iniciación del proceso a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional –Acción Social-, al Ministerio de Transporte, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, al Ministerio de Protección Social, al Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación; **(viii)** invitar a universidades y otras asociaciones a defender o impugnar la constitucionalidad del Decreto Legislativo; y **(ix)** correr traslado al Procurador General de la Nación para que emitiera el concepto en rigor.

Así mismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56 del Acuerdo 05 de 1992, en el mismo auto se ordenó que una vez vencido el término anterior, 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 la constitucionalidad del Decreto Legislativo 4819 de 2010, en los términos del artículo 37 del Decreto 2067 de 1991.

Vencido el período probatorio respectivo y mediante Oficio No. 0292 del 14 de febrero de 2011, se dio traslado del expediente al Procurador General de la Nación, quien emitió el concepto de rigor dentro del término legal correspondiente.

1.2.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

1.2.1.1. Germán Eduardo Quintero Rojas, Jefe de Asesoría Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, considera que la Corte Constitucional debe declarar **exequible** el Decreto Legislativo bajo examen, por las siguientes razones:

1.2.1.1.1. El ciudadano afirma que a pesar de que existen mecanismos ordinarios para atender situaciones de desastres naturales, como el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres –Decreto Ley 919 de 1989- y el Fondo Nacional de Calamidades –Decreto 1547 de 1984-, éstas son instituciones creadas para circunstancias de menor gravedad. Anota que el Fondo Nacional de Calamidades fue previsto para las situaciones de desastre y calamidad reguladas por el Decreto Ley 919 de 1989, y sus funciones son limitadas debido a su naturaleza especial como cuenta de la Nación y a la destinación de sus recursos

principalmente a la atención humanitaria. De hecho, este mecanismo se activa en la primera fase de atención de la emergencia, una vez se da la declaración de desastre, que en este caso particular, fue declarada mediante Decreto 4579 de 2010; además este Fondo actúa prioritariamente para la asistencia de familia afectadas en el marco de necesidades básicas, como alimentación, alojamientos temporales, prevención en salud, entre otras, según lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 3° del mencionado Decreto.

Por tanto, el ciudadano resalta que el Fondo Nacional de Calamidades “(...) *no está dotado de instrumentos legales ni de recursos necesarios para llevar acabo funciones de rehabilitación, construcción y reconstrucción de la infraestructura que fue devastada por el Fenómeno de La Niña*”, y tampoco está diseñado para atender emergencias de tan grandes magnitudes en los términos establecidos por el artículo 215 de la Carta Política. Por ese motivo, el Gobierno debe acudir a sus facultades extraordinarias para crear un instrumento especial y concreto que tenga los instrumentos legales y los recursos necesarios para cumplir con la finalidad que los mecanismos ordinarios no pueden, como lo es el Fondo de Adaptación.

Anota que este Fondo tendrá funciones como las de obtener financiamiento para reconstruir lo destruido, construir nuevas obras, mitigar los riesgos presentes y prevenir los futuros, y evitar desastres de la misma naturaleza mediante la creación de la infraestructura adecuada y necesaria para atender los eventos que se han presentado.

1.2.1.1.2. Posteriormente, el ciudadano presenta un cuadro comparativo de la naturaleza jurídica, el objeto, la estructura y los fines del Sistema General de Atención y Prevención de Desastres, del Fondo Nacional de Calamidades y del Fondo de Adaptación, y concluye que si bien estas instituciones están creadas para atender situaciones imprevistas que se generen con ocasión de desastres y calamidad, éste último tiene como fin el logro de objetivos diferentes a largo plazo, mientras que el Fondo Nacional de Calamidades está previsto específicamente para la primera fase de atención de desastres, la cual está encaminada a la atención humanitaria, es decir, se trata de acciones a corto plazo. Añade que a pesar de que estas instituciones se encuentren interrelacionados entre sí, están dotados de fuentes de financiación distintas y es por esa razón que deben mantenerse independientes con el fin de no confundir sus objetivos ni las causas que dieron origen a cada uno.

1.2.1.1.3. Finalmente, advierte que según la sentencia C-145 de 2009, las medidas adoptadas en un estado de emergencia deben ir encaminadas “exclusivamente” a la superación de las causas que dieron lugar a la declaratoria de emergencia y a evitar la expansión de sus efectos, es decir, debe existir una relación “específica” entre los fines de las

medidas adoptadas y las causas de la emergencia. En este caso – sostiene- existe un nexo causal directo y específico entre las situaciones que dieron origen a la declaración de emergencia y la creación del Fondo de Adaptación, ya que este Fondo es un mecanismo institucional para “(i) el manejo eficiente y transparente de los recursos obtenidos para superar la emergencia e impedir la extensión de sus efectos y (ii) para la realización y acompañamiento de los procedimientos contractuales dirigidos a la superación de las causas de la emergencia relacionados con la construcción, reconstrucción y rehabilitación de las zonas afectadas por la ola invernal”.

1.2.1.2. La ciudadana **Natalia Surccar Jaramillo**, de la Oficina Asesora de Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, apoya la solicitud de **exequibilidad** del decreto legislativo, de la siguiente manera:

1.2.1.2.1. Asegura que el Fondo creado por el Decreto Legislativo 4819 es una persona jurídica prevista para cumplir con el propósito específico de contribuir a la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el Fenómeno de La Niña, la mitigación de riesgos, la estructuración y gestión de proyectos, la ejecución de procesos contractuales, y para la disposición y transferencia de recursos para la recuperación de la infraestructura de transporte, telecomunicaciones, ambiente, agricultura, servicios públicos, entres otros.

1.2.1.2.2. Respecto a los efectos presupuestales del Decreto 4819 de 2010, afirma que en su artículo 5º se establece el origen de los recursos del Fondo. Agrega que el Fondo tiene personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera y se encuentra adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyo efecto presupuestal es su inclusión en el Presupuesto General de la Nación como sección presupuestal y la asignación de los recursos necesarios para que la nueva entidad pueda cumplir sus funciones. Indica que mediante el Decreto 145 de 2011 “Por el cual se modifica el Presupuesto General de la Nación para la vigencia 2011” se incluyó el Fondo de Adaptación como la sección presupuestal 1315, con un total de recursos de \$ 1.500.000.000.000.

1.2.2. Ministerio del Interior y de Justicia

El ciudadano Fernando Gómez Mejía, Director de Ordenamiento Jurídico del Ministerio del Interior y de Justicia, considera que el Decreto Legislativo 4819 debe declararse **exequible**. El interviniente hace consideraciones casi idénticas a las sostenidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

1.2.2.1. Sin embargo, agrega que el Fondo de Adaptación es un mecanismo necesario debido a la gravedad de los hechos evidenciada en la

afectación de la infraestructura urbana y de los terrenos destinados para la agricultura, la ganadería y la economía pecuniaria, inundados por la ola invernal. Anota que, “según información de la Dirección de Gestión del Riesgo, (...) a 30 de diciembre de 2010 ascendía a 5.157 viviendas destruidas y 325.379 averiadas; 737 vías averiadas, 223 acueductos y 16 alcantarillados afectados; 12 centros de salud, 157 centros educativos y 37 centros comunitarios averiados, así como 726.172 hectáreas afectadas, en un total de 711 municipios, 458.087 familias y 2'220.482 personas afectadas”.

1.2.2.2. En un documento posterior, el ciudadano presenta unas consideraciones detalladas sobre la diferencia entre el Fondo de Calamidad, el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, y el Fondo de Adaptación, y señala el porqué de la necesidad de crear este último como ente autónomo. Sostiene que cada uno de estos entes está destinado a conjurar la crisis invernal en fases distintas y, por ello, deben trabajar mancomunadamente, para lograr los objetivos de atención integral e inmediata del desastre. Indica que, por otra parte, el objeto del Fondo de Calamidades es apoyar y actuar en la atención humanitaria, prevención y rehabilitación de las zonas afectadas, definir lineamientos, solicitar información, entre otros; y que el objeto del Fondo Adaptación se enfoca en la estructuración y gestión de proyectos, la ejecución de procesos contractuales ágiles, y la disposición y transferencia de recursos para la construcción, recuperación y reconstrucción de infraestructura.

1.2.3. Ministerio de Transporte

El ciudadano William Jesús Gómez Rojas, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Transporte, considera que el Decreto 4819 debe ser declarado **exequible**, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.2.3.1. Para el Ministerio de Transporte, el fenómeno de la niña ha constituido un desastre natural de dimensiones extraordinarias e imprevisibles que ha causado la destrucción de gran parte de la red vial primaria, secundaria, terciaria y por concesión, lo cual ha generado cierres totales de vías en 30 sitios a lo largo del país y pasos restringidos en más de 80 lugares de la geografía nacional.

1.2.3.2. Con base en lo anterior, el ciudadano afirma que dada la emergencia, es necesario que el gobierno acuda a mecanismos extraordinarios más eficientes, como el previsto en el Decreto Legislativo 4819, el cual es una herramienta jurídica que permite atender de manera oportuna, rápida y eficaz la emergencia generada, mediante un régimen de contratación idóneo, con recursos provenientes de diferentes fuentes, lo

que permitirá la reparación y reconstrucción de la infraestructura vial a nivel nacional, y garantizará la movilidad de los habitantes.

1.2.4. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

La ciudadana Alexandra García Ramírez, Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, considera que debe declararse la **exequibilidad** del decreto *sub examine*, por las siguientes razones:

1.2.4.1. Manifiesta que el sector agropecuario ha sido uno de los sectores más afectados con la ola invernal, lo que conllevó a que el Ministerio de Agricultura estructurara un “Plan de Choque para la atención de la emergencia” por medio del Decreto 4828 de 29 de diciembre de 2010. La interviniente presenta los componentes del Plan, entre los cuales se encuentran: **(i)** Plan de infraestructura de riego para la rehabilitación de los distritos de pequeña, mediana y gran escala; **(ii)** apoyo a la recuperación del sector de pesca y agricultura; **(iii)** Plan de Atención de Asuntos Sanitarios, a través del ICA, para atender epidemias puntuales de cultivos prioritarios; **(iv)** estrategias de respuesta a corto plazo para mitigar el impacto de las inundaciones sobre la agricultura colombiana; **(v)** suplementación de alimentos bovinos; y **(vi)** un componente financiero que implica la reestructuración de créditos, consolidación de pasivos, créditos nuevos y FAG para la recuperación de la capacidad productiva, seguro agropecuario climático, y créditos para la reparación de la vivienda de interés social rural.

1.2.4.2. Agrega que para la ejecución efectiva de las políticas anteriormente expuestas, es necesaria la existencia de herramientas extraordinarias de carácter presupuestal y de instituciones de gestión como el Fondo de Adaptación. En efecto, resalta que, de conformidad con el Decreto 4819, una de las finalidades del Fondo es la disposición y transferencia de recursos tendientes a la recuperación, construcción y reconstrucción de la infraestructura agrícola, ganadera y agropecuaria. Es por eso que puede identificarse de manera clara la relación de causalidad y necesidad entre la emergencia y la creación del Fondo, ya que éste, al tener atribuciones contractuales, capacidad financiera y recursos eficientes, garantizará la recuperación del sector agrícola, dentro del marco fáctico de la emergencia, de forma que se pueda devolver el estado anterior de las cosas y prevenir que se ocasionen nuevos daños.

1.2.5. Departamento Nacional de Planeación

Interviene dentro del proceso el ciudadano Luis Carlos Vergel Hernández, apoderado especial del Departamento Nacional de Planeación, con el fin de solicitar que se declare la **exequibilidad** del Decreto Legislativo 4819 de 2010 del 29 de diciembre de 2010 “Por el

cual se crea el Fondo Adaptación”. Sus argumentos se resumen a continuación:

1.2.5.1. El interviniente inicia presentando los hechos y circunstancias que llevaron al Gobierno Nacional a crear el Fondo Adaptación. Resalta que los hechos actuales de emergencia no tienen precedentes a nivel nacional, en esa medida, se hace más complejo su manejo por la dispersión de las afectaciones, la diversidad de los problemas generados, el dinamismo de los procesos y la dificultad de dimensionar la magnitud de la tragedia. Agrega que teniendo en cuenta que es imposible evitar la persistencia de fenómenos climáticos devastadores, las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional no sólo tienen como objeto hacer frente a la primera fase de la emergencia, sino también garantizan la no repetición y el establecimiento de soluciones duraderas más adecuadas.

1.2.5.2. Sugiere que las inversiones deben tener un impacto permanente, para lo cual es necesario el diseño de programas de reubicación de la población, mitigación de riesgos futuros, sistemas productivos más resistentes, mantenimiento integral de la infraestructura vial, entre otras acciones. En este sentido, indica que *“[s]egún estimativos preliminares, el total de hogares que se localizan en zonas de alto riesgo en el país asciende a 543 mil, lo cual implica que por lo menos 196 mil viviendas urbanas requerirían de reasentamiento preventivo o mejoras profundas, y se estima que otras 190 mil requieren acciones de mitigación del riesgo tales como taludes y canalizaciones”*.

Agrega que las necesidades de emergencia deben conjurarse priorizando su atención por fases; la primera fase corresponde a la atención humanitaria inmediata, que implica el restablecimiento de líneas vitales y la restauración de conexiones y de la movilidad. La segunda fase cubre los objetivos de rehabilitación, es decir, la implementación de políticas, planes, programas y proyectos para el reestablecimiento definitivo de la infraestructura. Finalmente, la tercera fase se concentrará en la reconstrucción y mitigación de riesgo, tiene como objeto principal evitar la propagación de los efectos de la crisis invernal y se caracteriza por tener planes a largo plazo. Según el interviniente, el Fondo Adaptación se enfoca en la tercera fase de la emergencia, ya que la existencia del Fondo asegurará los recursos de inversión necesarios para impedir la prolongación y repetición de la situación causada por el fenómeno climatológico.

1.2.5.3. De otro lado, considera que el Decreto 4819 cumple con los aspectos formales exigidos por la Constitución y la ley, puesto que: fue expedido como desarrollo de las causas invocadas en la declaratoria por el Decreto 4580, fue expedido dentro de la vigencia de la emergencia y está suscrito por el Presidente de la República.

1.2.5.4. Sostiene que el Decreto- Ley 919 de 1989, a pesar de que fue expedido para dar respuesta a situaciones de calamidad y desastre natural, en el presente caso resulta insuficiente porque no permite afrontar la situación excepcional y de graves magnitudes que se ha presentado. Advierte que es necesaria la existencia de una institucionalidad propia que esté específicamente dirigida a conjurar la crisis y a evitar la repetición de los hechos. Este esquema, que comprende la creación de un Fondo con alta gerencia y administración autónoma, repite lo realizado por el Gobierno Nacional en otras situaciones de crisis y tragedias, como cuando se crearon la Corporación Nasa Kivi y el Fondo de Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero -FOREC-.

También afirma que los mecanismos ordinarios no cuentan con los recursos suficientes y no permiten la creación de recursos nuevos, ni la redistribución de los existentes, lo que sí logra la constitución del Fondo Adaptación. Es por ello que el Fondo de Calamidades y el Sistema Nacional de Desastres deben trabajar en conjunto con el Fondo Adaptación, pero cada uno cumpliendo sus objetivos y funciones concretas.

1.2.5.5. En lo relativo a la conexidad y especificidad de las normas del Decreto 4819, el interviniente considera que las medidas tienen una relación directa y específica con las causas que las produjeron. Presenta los siguientes argumentos: Inicia recordando las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en Sentencia C-226 de 2009, en la cual se hace un análisis del criterio de conexidad en los estados de excepción, aunado con un análisis fáctico y jurídico de las circunstancias de emergencia que se presentan. Concluye que el Decreto 4580, que declaró la emergencia, señaló la necesidad de adoptar medidas inmediatas para conjurar la crisis, tendientes a optimizar la respuesta frente a la catástrofe, una de dichas medidas resulta ser el Fondo Adaptación, ya que éste tiene por objeto la recuperación, construcción, reconstrucción y demás acciones de mitigación y prevención de riesgos.

Luego, presenta un análisis de cada uno de los artículos que se consagran en el Decreto 4819, y resalta los elementos más relevantes y sus efectos:

Sobre la dirección y administración del Fondo, el artículo 2 consagra el Consejo Directivo, integrado por 11 miembros, entre los cuales se encuentran Ministros, Directores de Departamentos y personas del sector privado. Advierte que la presencia de éstos últimos no viola la Constitución y que de hecho, la Corte lo permitió en el caso del FOREC, pero aduciendo que aún tratándose de particulares, siguen

siendo responsables ante las autoridades por todas aquellas conductas, acciones y omisiones que repercutan en daño o peligro al patrimonio público. Así mismo, asegura que el Consejo Directivo es una medida propia de direccionamiento, necesaria para dar respuesta a la crisis en la medida en que la Gerencia requiere de apoyo personal que pueda desarrollar el objeto de los programas de recuperación, construcción y reconstrucción requeridas.

Respecto al patrimonio del Fondo, previsto en el artículo 5 del Decreto, el interviniente resalta el carácter inembargable de los recursos. Con base en lo anterior, presenta el concepto del embargo prescrito en el ordenamiento civil y el principio de inembargabilidad de los bienes públicos y del Presupuesto General de la Nación, según el artículo 63 de la Constitución Política y la Ley 38 de 1989, respectivamente. Concluye que en una situación de emergencia es esencial la actuación oportuna, y que por ende, si los recursos resultan paralizados como consecuencia de un embargo, se desvirtuaría el propósito de las medidas de mitigación. Así, el carácter de la situación de emergencia y la naturaleza de los derechos comprometidos, no permiten que los recursos del Fondo sean destinados para otros objetivos diferentes a las causas de la emergencia, por eso, el principio de inembargabilidad no es matizado en estos eventos.

Afirma que el artículo 6 si bien permite transferir recursos a entidades privadas, precisa su destinación y deja claro que las cuentas en las que se manejan los recursos no tienen gravamen alguno. Afirma el interviniente que esta medida permite entonces brindar mayor agilidad a los recursos y destinarlos de una manera oportuna a donde se requieran, sin perjuicio de los controles fiscales a los que sean sujetos.

Por último, sobre los Comités de Ética, afirma que “dinamizan los mecanismos de control que resultan necesarios en esta clase de situaciones y que convocan a las autoridades investidas de tales funciones para realizar el seguimiento de los recursos públicos destinados a financiar las acciones para mitigar y superar las razones que dieron lugar a la declaratoria de emergencia”.

1.2.5.6. Finalmente, anota que el Decreto bajo estudio se encuentra conforme a los principios constitucionales dispuestos en el Preámbulo de la Carta. Agrega que el Fondo busca proteger los derechos fundamentales afectados por la calamidad pública, mediante una actuación oportuna y a través de medidas adecuadas, razonables y proporcionales que respetan la división de poderes característica del Estado Social de Derecho y los mecanismos judiciales previstos para la garantía de tales derechos, como la acción de tutela. De la misma manera, aduce que la atención debe ser inmediata, permanente e integral, debido a que la población afectada por la catástrofe se encuentra en una “desprotección

evidente” por ser uno de los sectores más vulnerables de la sociedad colombiana. Concluye que el Decreto 4819 es depositario de todos estos propósitos y en cada una de sus disposiciones persigue una solución adecuada y duradera, así como una institucionalidad que se adapta a los hechos.

1.2.6. Ciudadano Miguel Ángel Enciso Pava

El ciudadano Miguel Ángel Enciso interviene dentro del proceso para solicitar a la Corte Constitucional que declare la **inexequibilidad** del Decreto 4819 de 2010, por las siguientes razones:

1.2.6.1. Afirma que la creación del Fondo Adaptación vulnera lo dispuesto en los artículos 121, 150 -numeral 7º- y 215 de la Constitución Política. Sobre el artículo 215, considera que en ninguna parte de dicha disposición se faculta al Presidente de la República ni a los Ministros, a crear entidades de orden nacional, como lo es el Fondo Adaptación, ni a asumir funciones privativas del Legislador, conforme al artículo 150. Resalta que el hecho de declarar un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica no reviste, de forma automática, al Presidente y a los Ministros a realizar funciones propias del Legislador, con el pretexto de conjurar la crisis originada.

1.2.6.2. A continuación, el interviniente se pregunta por qué razón el Gobierno Nacional, por una parte, evita por disposición legal, suprimir o fusionar las Corporaciones Autónomas Regionales o el mismo Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que también tienen relación con la crisis atribuida a las lluvias; y por otra, en cambio, crea una entidad que no le corresponde según sus competencias constitucionales, como es el Fondo Adaptación.

1.2.6.3. Concluye que las funciones legislativas del Gobierno Nacional dentro de un estado de emergencia, según el artículo 215 superior, no son las expresamente asignadas al Congreso de la República, sino aquellas necesarias y específicamente dirigidas a conjurar la crisis. Por ende, si el Gobierno consideraba que era necesaria la creación del Fondo Adaptación, como una entidad administrativa de orden nacional, debía haber presentado el correspondiente proyecto de ley ante el Congreso.

1.2.7. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

Interviene dentro del proceso la ciudadana Cristina Pardo Schlesinger, Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, con el fin de solicitar a la Corte Constitucional declarar **exequible** el Decreto Legislativo 4819 de 2010 “Por el cual se crea el Fondo Adaptación”. Sus argumentos se pueden resumir así:

1.2.7.1. Preliminarmente, la interviniente recuerda las consecuencias de las inundaciones producidas por el fenómeno de La Niña y afirma que esta emergencia tiene una diferencia fundamental con las demás declaradas, esta es la magnitud del desastre, pues cubre casi todo el territorio nacional; al respecto expresa:“(...) las aguas afectaron a más de 337 mil familias, más de millón y medio de personas –muchas de ellas desplazadas-; destruyeron más de 2 mil viviendas; paralizaron la prestación de los servicios públicos esenciales y suspendieron los canales de comunicación y transporte en más de 30 puntos de la geografía nacional; dañaron cultivos; arrasaron zonas ganaderas; imposibilitaron la prestación del servicio hospitalario y de educación, de suministro de agua potable (...)”. Agrega que los recursos económicos y técnicos ordinarios resultaron insuficientes para hacer frente a la crisis, por lo que se hace necesaria la adopción de medidas extraordinarias.

1.2.7.2. Luego, señala que en este caso se cumplen los requisitos formales de la expedición del Decreto Legislativo.

1.2.7.3. A continuación, presenta un análisis de constitucionalidad global de la creación del Fondo, su objeto y sus rasgos definitorios. En particular, realiza un estudio de cada uno de los artículos que componen el respectivo Decreto.

1.2.7.4. En materia de **conexidad**, afirma que la creación del Fondo es indispensable propender por la recuperación de las condiciones en las que estaba la población vulnerable antes del desastre natural. Resalta que, así como la población desplazada por actos de violencia tienen derecho a la no repetición, las familias desplazadas, como víctimas del fenómeno de La Niña, merecen también el derecho a la no repetición, y para esto, el Estado, a través del Fondo, debe garantizar obras tendientes a la reconstrucción y rehabilitación de las viviendas que garanticen que en otros períodos de invierno no se vuelva a perder todo.

En relación con lo anterior, recuerda que la creación de este tipo de fondos en casos de emergencia económica, social y ecológica no es nuevo, pues en su momento fue necesario crear la Corporación para la Reconstrucción de la Cuenca del Río Páez y zonas aledañas – Corpopaeces- y el Fondo para la Reconstrucción del Eje Cafetero – FOREC- después del terremoto de 1999, ambas medidas declaradas exequibles por la Corte Constitucional.

Luego contrasta el objetivo del Fondo con los hechos que dieron origen a la declaratoria de emergencia, según las motivaciones 1.6, 3.4 y 3.12 del Decreto 4580, y resalta que, **primero**, la finalidad del Fondo Adaptación no es sólo recuperar las áreas devastadas, sino también adoptar soluciones duraderas que garanticen que no se repita lo

sucedido; y **segundo**, el Gobierno considera necesario contar con un organismo dedicado exclusivamente a atender los efectos del desastre dotado de la capacidad económica y jurídica para cumplir eficiente y oportunamente su misión.

1.2.7.5. Sobre la necesidad de la medida y la insuficiencia de los medios ordinarios, anota que la creación del Fondo era indispensable que se hiciera mediante un decreto legislativo, toda vez que se trata de una nueva entidad con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Además, en tanto su integración a la rama ejecutiva modifica la estructura de la administración nacional, se requería la intervención del legislador extraordinario.

De otro lado, sostiene que la creación de una entidad con las características de Fondo Adaptación es constitucional en el marco de un estado de emergencia, como lo estableció la Corte en la Sentencia C-218 de 1999.

Advierte que el Fondo Adaptación no riñe con la Constitución Política, ya que en el marco de un estado de emergencia, el ejecutivo puede disponer la creación de un organismo público con funciones destinadas a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, específicamente para la reconstrucción de las condiciones físicas con el fin de que los afectados puedan volver a ejercer debidamente sus derechos fundamentales.

Afirma que era indispensable crear un organismo que se dedique exclusivamente a administrar los recursos económicos y técnicos para atender la emergencia, y que implemente una política coherente de adaptación, reconstrucción y adecuación de las zonas afectadas. Indica que la autonomía “(...) le garantiza la movilidad en materia jurídica, una independencia de contratación y una agilidad exclusiva en el manejo de los asuntos relacionados con la recuperación de los efectos del fenómeno de La Niña”.

Añade que pesar de que existen medios ordinarios para conjurar los efectos la ola invernal, como lo son, el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y el Fondo Nacional de Calamidades, no son suficientes, porque fueron creados con objetivos distintos, y claramente demarcados. En el caso del primero, tiene competencia para atender cualquier daño grave o alteración de las condiciones normales de vida como consecuencia de la acción de la naturaleza o la intervención del hombre; y el segundo, se enfoca en la atención humanitaria de las víctimas de desastres naturales y en la rehabilitación de las zonas afectadas.

Reitera que el Fondo es necesario para asegurar que las medidas que se adopten **no se limiten a la solución de problemas coyunturales, sino que prevengan futuras repeticiones ante fenómenos de igual intensidad**. Explica que el programa de soluciones inmediatas, humanitarias, reconstructivas y de rehabilitación previsto en la primera fase del plan de atención de la emergencia diseñado por el Gobierno, será ejecutado principalmente por el Fondo Nacional de Calamidades, una institución especializada y con experiencia en dichos temas. No obstante, explica que en tanto sus instrumentos legales no son suficientes ante los efectos del invierno actual, su trabajo debe ser acompañado y complementado por el Fondo Adaptación. **Advierte que el Fondo, además de acompañar la primera fase del plan**, cumplirá el requisito de “impedir la extensión de los efectos” de la actual crisis, el cual corresponde a las medidas de “adaptación”¹ **de las comunidades a las nuevas condiciones ambientales**, por lo cual el Fondo se concentrará en soluciones duraderas que deben ser ecológicamente sostenibles, sin perjuicio del gasto público que represente. En este sentido, la Secretaria Jurídica de la Presidencia explica que el Fondo de Adaptación es precisamente una medida que brindará a la población soluciones duraderas, puesto que busca la reconstrucción de las estructuras e infraestructura vial, acceso a los servicios públicos, educación y demás condiciones necesarias para la satisfacción de las necesidades, de corto, mediano y largo plazo, teniendo en cuenta que puede presentarse otro período invernal.

1.2.7.6. La interviniente también aduce que el Fondo Adaptación es una medida de emergencia **es proporcionada**, en cuanto persigue un fin legítimo e imperioso, por medio de una innovación institucional, que tiene como propósito específico y esencial la reconstrucción de las zonas devastadas por la fuerza de la naturaleza. Agrega que la experiencia con otras emergencias ha demostrado que las labores de reconstrucción las debe asumir un ente nuevo, especializado y exclusivamente dedicado al diseño e implementación de soluciones definitivas y duraderas. Aduce que las obras requeridas abarcan la mayor parte del territorio nacional y exigen cuantiosas inversiones para responder al concepto de adaptación. Es por eso que no es desproporcionado disponer de un nuevo organismo, autónomo, con patrimonio independiente, dotado de solidez financiera apropiada, que afronte la magnitud de la devastación.

1.2.7.7. En cuanto al artículo 3, numeral 9, del Decreto, en el cual se establece que los recursos del Fondo Adaptación se utilizarán para atender los procesos de contratación y ejecución de los proyectos, la Secretaria

¹ “El concepto de Adaptación fue incorporado al lenguaje científico desde hace algunos años. En Europa, por ejemplo de acuerdo con el “*Libro Blanco: Adaptación al cambio climático: Hacia un marco europeo de actuación*”, el impacto producido por las variaciones medioambientales debe enfrentarse con dos tipos de respuestas: las de mitigación y las de adaptación”. Intervención página 18.

Jurídica advierte que el Fondo en sí no ha sido creado para la contratación de cualquier tipo de obra pública en las zonas afectadas, sino que es necesario que dichas obras estén relacionadas con la atención de la crisis e impedir la extensión de los efectos. Por eso, no se trata de autorizar de manera abierta la contratación, sino de “(...) la formulación de un plan de contratación exclusivamente dirigido a recuperar los daños producidos por este fenómeno natural en las zonas más golpeadas por el mismo”, lo que refuerza la función enfocada y exclusiva del Fondo para la emergencia y sus efectos.

1.2.7.8. Posteriormente, la interviniente realiza un análisis de cada uno de los artículos que componen el Decreto 4819 de 2010. Se resaltan las siguientes consideraciones:

El artículo 1 dispone la creación del Fondo Adaptación y establece su objetivo institucional. Afirma que ésta es la norma “medular” del Decreto y señala que los párrafos primero y segundo se limitan a reconocer que los recursos del Fondo pueden ser invertidos en los objetivos propuestos mediante la celebración de convenios entre gobiernos extranjeros, y también admite la posibilidad de que las entidades territoriales aporten recursos propios para la realización de los objetivos encomendados, mediante convenios de cofinanciación. Es decir, permite que los recursos propios de las entidades territoriales se integren con los del Fondo para atender proyectos de construcción; sin embargo, precisa que las entidades territoriales no están obligadas a aportarlos sino cuando lo consideren conveniente.

El artículo 2 dispone la estructura de la Dirección Ejecutiva del Fondo. Se refiere a la organización interna del Fondo Adaptación y no tiene repercusiones constitucionales que pongan en riesgo la legitimidad. Afirma que los particulares que forman parte del Fondo son elegidos por el Presidente de la República y, en ese sentido, su participación depende de la voluntad del jefe de la administración y no representan al sector privado sino que prestan un apoyo o colaboración al poder ejecutivo. Advierte que el propósito de la participación privada es garantizar que las personas más expertas, se involucren en la gestión de recursos, prestación de servicios, construcción de obras públicas, entre otras funciones.

El artículo 3 establece las funciones del Consejo Directivo del Fondo Adaptación. Sobre esta disposición, anota que aunque el artículo no lo diga de manera expresa y establezca la posibilidad para contratar una auditoría sobre actos y contratos realizados en el Fondo, no se excluye la presencia y control directo de los recursos por parte de la Contraloría General de la Nación, ente competente para ejercer la gestión fiscal sobre los recursos provenientes de la Nación.

El artículo 4 desarrolla las funciones del Gerente del Fondo Adaptación. Sobre esto se resalta que se tratan de medidas administrativas al interior del organismo.

El artículo 5 se ocupa de la composición patrimonial del Fondo Adaptación. Aduce la interviniente que la creación del Fondo se traduce presupuestalmente en la inclusión en el Presupuesto General de la Nación de una sección presupuestal que asigna los recursos necesarios para tender la emergencia. Recuerda el carácter inembargable de los recursos y advierte que los recursos del Fondo Nacional de Calamidades pueden transferirse al Fondo Adaptación sin mayores formalidades presupuestales. Lo anterior es posible en virtud de los decretos de emergencia económica que permiten la modificación del régimen patrimonial de una entidad constituida legalmente, en aras a conjurar la crisis invernal. Así mismo, manifiesta que esta disposición debe ser armónicamente interpretada con el Decreto 4820 de 2010, por el cual se decidió la enajenación de una parte del capital suscrito de Ecopetrol con fines de financiación de las obras de reconstrucción de la infraestructura afectada. El Decreto mencionado establece que los recursos obtenidos de la venta del 10% de la participación accionaria de la Nación en ECOPETROL deben transferirse al Fondo Adaptación.

El artículo 6 del Decreto 4819 de 2010 fue modificado por el artículo 4 del Decreto 142 de 2011. Antes de este último Decreto, la norma permitía hacer transferencias sin operación presupuestal alguna y otorgaba al documento de transferencia la facultad de indicar la destinación de los recursos que serían depositados en cuentas especialmente abiertas para atender la emergencia invernal. Ahora, con la derogatoria, dichas transferencias se someten, por disposición directa, a la vigilancia de la Contraloría General de la Nación, con el fin de asegurar la destinación específica de los recursos.

El artículo 7 dispone que todos los contratos celebrados por el Fondo Adaptación se deben regir, sin importar su cuantía, por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones constitucionales de los artículos 209 y 267, y a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y 13 de la Ley 1150 de 2007. Según la interviniente, el objeto de esta disposición es el de regular las condiciones de contratación que garanticen mayor eficiencia.

Por último, el artículo 8 prevé la posibilidad de conformar comités de ética con el propósito de garantizar la destinación específica de los recursos para las obras de reconstrucción que se requieran, y evitar la corrupción y el “despilfarro” del dinero recaudado, sin perjuicio de la intervención de la Contraloría General de la Nación.

1.2.7.9. Finalmente, la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República solicita que esta Corporación declare la exequibilidad del Decreto 4819 de 2010 y concluye que éste es acorde con la Constitución Política y establece medidas indispensables ante una crisis invernal como la que se presenta, y posibilita la existencia y funcionamiento básico del Fondo, garantizando que los recursos sean invertidos para los fines concretos, sobre un estructura administrativa autónoma y constituida para conjurar los efectos de la ola invernal.

1.2.8. Ciudadano Hernando Robles Villa

El ciudadano Hernando Robles Villa presenta en tiempo oportuno intervención acerca de la “Contribución ciudadana a organizar y adecuar el dominio de las aguas y sus cauces en el territorio en la República de Colombia”.

El interviniente presenta consideraciones sobre el medio ambiente y los hechos acaecidos por la ola invernal que, a su parecer, pueden verse agravados por una normativa incompleta y “mal concebida”.

Solicita a la Corte Constitucional que en la revisión de las normas de estado de excepción se tengan en cuenta conceptos como gobernabilidad ambiental, idoneidad técnica sobre la materia, autoridad cuenca, caudales ecológicos mínimos, dominio público de las aguas, precisión de caudales ecológicos mínimos, afianzar el dominio de las aguas, entre otros, para garantizar los ajustes legales correspondientes.

No se manifiesta concretamente sobre la creación del Fondo Adaptación.

1.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación, mediante Concepto 5102 de 28 de febrero de 2011, solicita a la Corte Constitucional declarar **exequible** el Decreto Legislativo 4819 de 2010 “Por el cual se crea el Fondo Adaptación”.

1.3.1. Preliminarmente, el Procurador recuerda que mediante Concepto 5080 rindió concepto favorable al Decreto 4580 de 2010, “por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por razón de la grave calamidad pública”, por ende, realizará el análisis formal y de contenido pertinente sobre los Decretos que lo desarrollan. Advierte que tanto la parte motiva como resolutive del Decreto 4819, están encaminadas a mitigar y a prevenir los riesgos y a proteger “en los sucesivo” a la población afectada, lo que evidencia su conexidad y especificidad con los efectos del fenómeno de La Niña.

- 1.3.2.** Procede luego a transcribir el contenido de cada uno de los artículos que componen el Decreto 4819 y concluye que las medidas que adoptan guardan estrecha relación de conexidad teleológica con los propósitos de instrumentalizar y dotar de recursos a los entes públicos encargados de la recuperación, construcción y reconstrucción de la infraestructura física afectada por la ola invernal. Agrega que las medidas dispuestas buscan ofrecer a la población, las condiciones adecuadas para el reestablecimiento de la actividad productiva, y permitir que cada una de las familias pueda desarrollar su vida cotidiana como lo venía haciendo antes del desastre causado por las excesivas lluvias.
- 1.3.3.** En lo relativo al requisito de motivación suficiente, indica que el mismo Decreto dispone que las medidas están orientadas a permitir una rápida reconstrucción de la infraestructura física y a canalizar hacia un objeto concreto los recursos del Estado, motivos suficientes para afrontar la emergencia declarada por el Gobierno.
- 1.3.4.** Advierte que la normativa del Decreto en cuestión armoniza plenamente con los considerandos 1.6, 3.12 y 3.19 del Decreto 4580 de 2010, por esto se advierte la conexidad formal entre el Decreto examinado y las circunstancias que dieron origen a la declaratoria de emergencia.
- 1.3.5.** El Procurador General de la Nación destaca que los reglamentos concebidos en el artículo 3 numeral 10 y artículo 6 del Decreto 4819, sobre el Consejo Directivo del Fondo y las facultades que versan sobre la transferencia de recursos a entidades públicas o privadas, respectivamente, merecen especial atención. En efecto, señala que todas las tareas de recuperación, construcción y reconstrucción de la infraestructura, adopción de planes, autorizaciones para la contratación, aprobación de negocios fiduciarios, gestión de proyectos, etc., quedan supeditados a la expedición del reglamento del Consejo Directivo. Por eso, advierte el Procurador, es necesario que en el momento en el que se dicte, el Gobierno Nacional, y en especial el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, aplique los principios de eficacia y celeridad consagrados en el artículo 209 Constitucional.
- 1.3.6.** En conclusión, el Procurador General de la Nación no advierte vicio de constitucionalidad alguno en el contenido del Decreto 4819 “Por el cual se crea el Fondo Adaptación”.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 4819 de 2010, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 215 y el numeral 7° del artículo 241 de la Carta Política.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

2.2.1. La Corte, en ejercicio de las facultades previstas en el párrafo del artículo 215 y el numeral 7° del artículo 241 de la Carta Política, asumió el análisis de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 4819 de 2010, tanto en su sentido material como formal.

2.2.2. Corresponde entonces a esta Sala estudiar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 4819 de 2010 *“Por el cual se crea el Fondo Adaptación.”*

2.2.3. Dentro de la motivación del Decreto, el ejecutivo arguye: **(i)** la necesidad de la adopción de medidas urgentes que mitiguen los graves efectos que generó la catástrofe invernal ocasionada por el fenómeno de La Niña; **(ii)** la insuficiencia de los mecanismos y recursos asignados al Sistema Nacional para la Atención y Prevención de Desastres para conjurar los efectos de esta calamidad pública y restablecer el orden económico, social y ecológico; **(iii)** la posibilidad de la extensión de los efectos de la catástrofe a magnitudes mayores, lo que hace necesaria la adopción de medidas y la construcción de obras para impedir definitivamente la prolongación de esta situación y proteger a la población de una situación similar; **(iv)** la necesidad de adoptar medidas inmediatas de reparación y reconstrucción, de tal manera que las prioridades de las obras en concesión y las públicas realizadas directamente por el gobierno estén orientadas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, con el fin de que la actividad económica en las zonas afectadas, la movilidad y seguridad de las personas y el acceso a servicios sociales no continúen severamente perturbados; **(v)** la necesidad de adoptar disposiciones legislativas en materia tributaria, presupuestal, de endeudamiento, control ambiental, contratación pública, procesales, expropiación de inmuebles y control fiscal, así como crear mecanismos necesarios para administrar recursos, a fin de proteger y garantizar los derechos de las personas afectadas, lograr la recuperación de la actividad productiva, el fortalecimiento institucional y financiero de la Nación, y adelantar las obras de infraestructura que permitieran conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, y **(vi)** la necesidad de establecer *“un mecanismo institucional para la estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición, transferencia y protección de recursos y demás acciones que se requieran en la etapa de recuperación, construcción y reconstrucción por el Fenómeno de “La Niña”, tendientes a la mitigación y prevención de riesgos y a la*

protección en lo sucesivo, de la población de las amenazas económicas, sociales y ambientales que están sucediendo”.

- 2.2.4.** El Decreto 4819 de 2010 crea el Fondo Adaptación, cuyo objeto es la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de "La Niña". La entidad se crea con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Al Fondo se le asignan las funciones de identificación, estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición y transferencia de recursos para la recuperación, construcción y reconstrucción de la infraestructura y demás acciones que se requieran con ocasión del fenómeno de "La Niña". De la misma forma, se le asigna la prevención de riesgos y a la protección de la población, en lo sucesivo, de las amenazas económicas, sociales y ambientales que generaron el fenómeno.
- 2.2.5.** Los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, del Interior y de Justicia, de Transporte, de Agricultura y Desarrollo, el Departamento Nacional de Planeación y la Secretaría Jurídica de la Presidencia defienden la constitucionalidad del Decreto. Aducen que los hechos que originaron la emergencia no tienen precedentes a nivel nacional, razón por la cual las facultades del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres –Decreto Ley 919 de 1989- y el Fondo Nacional de Calamidades –Decreto 1547 de 1984-, no son suficientes para hacer frente a la crisis. En efecto, estas instituciones no están dotadas de instrumentos legales ni de recursos necesarios para desarrollar las funciones de rehabilitación, construcción y reconstrucción de la infraestructura que fue devastada por el Fenómeno de “La Niña”.

En ese sentido, las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional no sólo tienen como objeto hacer frente a la primera fase de la emergencia, sino garantizar la no repetición y el establecimiento de soluciones duraderas más adecuadas. Por tanto, el Fondo creado se enfoca en la estructuración y gestión de proyectos, la ejecución de procesos contractuales ágiles, y la disposición y transferencia de recursos para la construcción, recuperación y reconstrucción de infraestructura.

Los intervinientes sostienen que existe un nexo causal directo y específico entre las situaciones que dieron origen a la declaración de emergencia y la creación del Fondo Adaptación, por cuanto este último permite el manejo eficiente y transparente de los recursos obtenidos y se establece un acompañamiento y planeación coordinada de los procedimientos contractuales dirigidos a la superación de las causas de la emergencia relacionados con la construcción, reconstrucción y rehabilitación de las zonas afectadas por la ola invernal. Además, ponen de presente que la creación de un Fondo con alta gerencia y administración autónoma, repite lo realizado por el Gobierno Nacional

en otras situaciones de crisis y tragedias, como cuando se crearon la Corporación Nasa Kivi y el Fondo de Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero -FOREC-.

Por su parte, el ciudadano Miguel Ángel Enciso Pava solicita a la Corte se declare inconstitucional el Decreto 4819 de 2010, por considerar que la declaratoria de un estado de emergencia económica, ecológica y social no faculta al Presidente de la República, ni a los Ministros, a crear entidades de orden nacional, como lo es el Fondo Adaptación, ni a asumir funciones privativas del Legislador, conforme al artículo 150 Superior.

2.2.6. Finalmente, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional declarar **exequible** el Decreto Legislativo 4819 de 2010, por cuanto, en su concepto, las medidas que se adoptan guardan estrecha relación de conexidad teleológica con los propósitos de instrumentalizar y dotar de recursos a los entes públicos encargados de la recuperación, construcción y reconstrucción de la infraestructura física afectada por la ola invernal.

2.2.7. Con base en las anteriores consideraciones, procede la Sala a realizar el control jurídico del Decreto Legislativo 4819 de 2010, dictado bajo el amparo del estado de emergencia económica, social y ecológica decretado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto Legislativo Este comprenderá los juicios acerca de la conexidad, la necesidad y suficiencia de los medios ordinarios y la proporcionalidad de las medidas adoptadas, tal como se desprende del artículo 215 superior y de lo establecido en la Ley 137 de 1994, Estatutaria de Estados de Excepción, como pasa a explicarse.

2.3. GENERALIDADES DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

2.3.1. La regulación de los estados de excepción en la Constitución de 1991 fue la respuesta al empleo abusivo de la figura del estado de sitio en Colombia bajo la Constitución de 1886. Por ello la Carta de 1991 les impuso límites materiales y temporales al ejercicio de las facultades presidenciales bajo cada uno de los estados de excepción, y reforzó sus controles².

² En la sentencia C-802 de 2002 se hace amplia referencia a las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente en materia de la regulación de los estados de excepción. Se cita por ejemplo el Informe – Ponencia para primer debate en plenaria “Normas de Excepción. El Estado de Sitio y el Estado de Excepción. La Emergencia Económica y Social”, preparado por los constituyentes Antonio Navarro Wolff, Antonio Galán Sarmiento, Fabio Villa Rodríguez y José Matías Ortiz, documento en el cual textualmente se afirma: “el estado de excepción no es ni puede ser un estado de hecho. Es una de las expresiones del estado de derecho. Por lo tanto debe ser normado. Tiene como objeto el reforzamiento de la facultad defensiva del Estado para recuperar la normalidad dentro del estado de derecho” *Cfr.* Gaceta Constitucional No. 76 del 18 de mayo de 1991, páginas 12 a 16. También se hace alusión a la ponencia “Suspensión de Derechos y Libertades en Estado de Excepción” coordinada por el delegatario Jaime Ortiz Hurtado. En este documento se

Lo primero que regula la Carta Política es la existencia de tres estados de excepción: guerra exterior³, conmoción interior⁴ y emergencia económica, social y/o ecológica, o de grave calamidad pública⁵.

pone de manifiesto la necesaria sujeción de las facultades excepcionales a la intangibilidad de derechos tales como la vida, la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, la prohibición de discriminación, el derecho a la personalidad jurídica, los derechos de nacionalidad, los derechos políticos, el principio de legalidad y retroactividad, las libertades de conciencia y de religión, la protección a la familia y los derechos del niño *Cfr.* Gaceta Constitucional No. 107 del 24 de junio de 2002, páginas 6 y 7.

³ Artículo 212. El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad. | La declaración del Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión. | Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos. | Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara.

⁴ Artículo 213. En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. | Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. | Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más. | Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración. | En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

⁵ Artículo 215. 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 por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. | Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. | Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos 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. | El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. | El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. | El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. | El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo. | El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia. | El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo. | Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

A continuación, el artículo 152 superior ordena al Congreso expedir una ley estatutaria que regule los estados de excepción. En desarrollo de este mandato, el legislador expidió la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, Ley 137 de 1994 (en adelante LEEE), que en su artículo 2° señala que su finalidad es (i) “establecer los controles al ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno” y (ii) fijar “las garantías para proteger los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales”. De conformidad con la misma disposición, los hechos que autorizan el uso de las facultades excepcionales deben corresponder a “circunstancias extraordinarias [que] hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado”.

2.3.2. Según el artículo 214 de nuestra Carta Política, son características generales de estas tres clases de estados de excepción las siguientes: (i) la declaratoria que encuentra en cabeza del Gobierno en pleno, es decir, del Presidente de la República y todos sus ministros, quienes deben suscribir el decreto que motiva la adopción de medidas extraordinarias. (ii) Bajo su vigencia, es posible la limitación de algunos derechos fundamentales, pero en ninguno su suspensión. Además, en todo caso se deben respetar las reglas de derecho internacional humanitario. (iii) Son regulados por una ley estatutaria. (iv) Las medidas que se adoptan bajo su vigencia deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos. (v) Su declaración no puede interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado. (vi) El Presidente y los ministros son responsables cuando se declara un estado de excepción sin que concurren los requisitos previstos en la Constitución. Así mismo, todos los funcionarios son responsables por el abuso de las facultades extraordinarias concedidas. (vii) El decreto que lo declara debe estar motivado, es decir, debe existir una relación causal entre los hechos que causaron la perturbación, las razones que justifican su declaración y las medidas legislativas que se adoptan. (viii) El decreto que declara el estado de excepción y los posteriores que se dicten en ejercicio de las facultades legislativas trasladadas al Presidente están sometidos al control jurídico constitucional automático de la Corte Constitucional y a control político por parte del Congreso de la República.

2.3.3. Adicionalmente, la LEEE establece los principios que guían tanto la declaración como todas aquellas medidas que sean adoptadas en el desarrollo de los estados de excepción, entre los que se encuentran los de necesidad, proporcionalidad, temporalidad, legalidad, proclamación e intangibilidad de ciertos derechos.

2.3.3.1. El **principio de necesidad** se refiere a la exigencia de que la situación que da origen a la proclamación de un régimen de excepción sea de tal gravedad que justifique investir al Presidente de facultades

excepcionales. En estos términos, el artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación”. Así mismo, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra que “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado”.

El artículo 2 de la LEEE desarrolla este principio y prevé que las facultades excepcionales sólo podrán ser empleadas bajo “circunstancias extraordinarias [que] hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado”.

Los tribunales internacionales también se han pronunciado sobre este principio. Así por ejemplo, en el caso *Lawless*, en sentencia del 1 de julio de 1961, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que “*el peligro público para la vida de la Nación al que se refiere el Convenio Europeo debe ser una situación excepcional de crisis o emergencia que afecte toda la población y que constituya una amenaza a la vida organizada de la comunidad que compone un Estado*”. De manera similar, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No.29, Parr 3, estableció que “*aún en un conflicto armado las disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto se permitirán sólo en la medida en que la situación constituya un peligro para la vida de la Nación*”. Por último, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estableció en la “Observación general sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: estados de excepción y suspensión de derechos” lo siguiente:

“Las medidas que suspenden la aplicación de alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal. Antes de que un Estado adopte la decisión de invocar el artículo 4 es necesario que se reúnan dos condiciones fundamentales: que la situación sea de un carácter excepcional que ponga en peligro la vida de la nación y que el Estado Parte haya proclamado oficialmente el estado de excepción. Este último requisito es esencial para el mantenimiento de los principios de legalidad e imperio de la ley cuando son más necesarios. Al proclamar un estado de excepción cuyas consecuencias pueden entrañar la suspensión de cualquier disposición del Pacto, los Estados deben actuar dentro del marco constitucional y demás disposiciones de ley que rigen esa proclamación y el ejercicio de las facultades de excepción; incumbe al Comité vigilar que las leyes pertinentes faciliten y garanticen el cumplimiento del artículo 4. Para que el Comité pueda cumplir esta tarea, los Estados Partes en el Pacto deben proporcionar en sus informes presentados con

arreglo al artículo 40 información suficiente y exacta sobre su legislación y práctica en materia de facultades de excepción.”

2.3.3.2. En relación con el **principio de proporcionalidad**, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra que las medidas que podrán tomar los estados en las situaciones de crisis deberán ser “*estrictamente limitadas a las exigencias de la situación*”. Por su parte, el artículo 27 de la Convención Americana permite que los Estados adopten disposiciones “*que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención*”.

El artículo 13 de la LEEE atribuye al principio de proporcionalidad el siguiente contenido: “*Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar*”.

Lo anterior quiere decir que toda medida de excepción así como su declaratoria debe ser proporcional a la situación que la justifica en lo que respecta a la gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación. Es decir, las disposiciones adoptadas efectivamente deben conjurar la amenaza al Estado. Así, podría presentarse un caso en el que aunque la declaratoria de emergencia esté justificada, las medidas no, puesto que no son idóneas para afrontar la crisis.

En este sentido, un importante doctrinante en la materia -**Daniel Zovatto**- considera que el principio de proporcionalidad debe tener en cuenta “*i) Un análisis de la situación real que está viviendo el país determinado en su momento concreto; ii) demostrar que las medidas ordinarias no son suficientes para hacer frente a la situación, y iii) cuáles son las otras medidas de emergencia o de excepción alternativas, que pueden resultar menos lesivas para el disfrute de los derechos humanos*”.⁶

2.3.3.3. El principio de temporalidad apunta a que toda medida de excepción tenga una duración limitada de acuerdo con las exigencias de la situación. Es decir, se prohíbe la permanencia de las medidas de excepción una vez finalizada la emergencia, así como la adopción de medidas por tiempo ilimitado. De lo contrario, podría darse el fenómeno de la institucionalización de los regímenes de excepción.

Este principio de temporalidad fue recogido por el artículo 215 de la Carta cuando estableció que el estado de emergencia económica, social o ecológica será declarado por períodos de hasta 30 días, que sumados

⁶ ZOVATTO GARETTO DANIEL. “La suspensión de garantías: Un análisis comparativo de la Convención Americana de Derechos Humanos y las Constituciones de los Estados Partes” En: The American University Law Review. Vol 13 1980.

no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Sin embargo, las medidas adoptadas en él serán intemporales, dado que regirán mientras el legislador expresamente las derogue, modifique o sustituya, salvo el caso de los impuestos.

2.3.3.4. El principio de legalidad tiene dos acepciones; desde la perspectiva del derecho interno, supone la obligación del Estado de actuar de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales que rigen la declaratoria de un estado de emergencia y el otorgamiento de poderes excepcionales. Desde la perspectiva del derecho internacional público, implica que las limitaciones de derechos adoptadas en virtud de la declaratoria de un estado de excepción no deben ser incompatibles con otras obligaciones bajo el derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional.

2.3.3.5. Según el principio de proclamación o de declaración pública, el Estado que haga uso de las medidas excepcionales debe comunicar expresamente las razones que fundamentan su decisión, esto es, las circunstancias que amenazan la vida de la nación y que justifican la suspensión de garantías.⁷ La comunicación implica el aviso a los organismos internacionales de la declaratoria del estado de excepción y de los derechos suspendidos. Esta notificación debe hacerse por intermedio del Secretario General de las Naciones Unidas, de la Organización de los Estados Americanos o del Consejo de Europa, según el caso, en la forma como lo determine cada instrumento. Estos organismos, a su vez, deben hacer llegar la información correspondiente a los Estados Partes de los diferentes pactos.

2.3.3.6. Por último, el principio de intangibilidad de derechos se recoge en el artículo 4 de la LEEE, que a su turno tiene origen en el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸ y en el artículo

⁷ Un sector de la doctrina clasifica en formales y materiales las garantías contenidas en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Las garantías formales son el principio de proclamación y el principio de notificación. Y las garantías materiales son el principio que debe tratarse de una amenaza excepcional, el principio de proporcionalidad, el principio de no discriminación, el principio de intangibilidad de ciertos derechos fundamentales y el principio de compatibilidad con las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional. Zobatto, Daniel. Ob. cit. p.87 y ss.

⁸ Artículo 4°:

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

27 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁹. El contenido y alcance de esta cláusula es el siguiente “*los derechos enunciados como garantías intangibles no pueden ser limitados ni restringidos bajo los estados de excepción*”.

El artículo 4 consagra que no podrán suspenderse en estados de excepción las siguientes garantías: *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 y el derecho al habeas corpus*¹⁰. Igualmente, prevé que no podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La jurisprudencia constitucional también ha señalado que el principio de intangibilidad de derechos se extiende a otros distintos a los señalados en los artículos 27 de la Convención y 4º del Pacto.¹¹

⁹ Artículo 27 – Suspensión de garantías:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

¹⁰ El texto original de la LEEE señalaba también como intangible el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados, sin embargo esta previsión quedó derogada en virtud del Acto Legislativo 1º de 1997.

¹¹ En este sentido en la Sentencia C-135 de 2009, se señaló que esta extensión se origina por tres vías: primera, cuando el contenido de los derechos expresamente excluidos de restricción excepcional involucra no uno, sino un conjunto de prerrogativas que guardan relación entre sí, todas éstas quedan cobijadas por la salvaguarda. La segunda, dada la prohibición que tienen los Estados de proferir medidas de excepción incompatibles con otras normas internacionales, se amplía también el número de derechos excluidos, a menos que en los instrumentos suscritos existan previsiones sobre su suspensión en los mismos términos de los artículos 27 de la Convención y 4º del Pacto. Y la tercera, dada la vigencia de las garantías judiciales en los estados de excepción, ellas, en especial los recursos de amparo y de hábeas corpus, también están excluidas de la restricción de su ejercicio. En torno a este punto, si bien la Convención Americana, al enumerar en el artículo 27 los derechos intangibles durante los estados de excepción no hizo referencia expresa a los artículos

2.4. PARTICULARIDADES DEL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y/O ECOLÓGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PÚBLICA

2.4.1. El artículo 215 de la Constitución Política establece que “[c]uando 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 por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario (...)”

Es decir, la Constitución restringe la discrecionalidad del Presidente de la República para apreciar los **presupuestos fácticos** que dan lugar a la declaración de este estado de excepción, pues exige que los hechos en los que se fundamenta sean: **(i)** distintos a los previstos para la declaración del estado de conmoción interior y de guerra exterior, **(ii)** sobrevinientes y **(iii)** tengan tal gravedad que **atenten o amenacen atentar** de manera inminente el orden económico, social o ecológico, o constituyan calamidad pública.

De conformidad con lo señalado en la sentencia C-179 de 1994¹², el estado de emergencia económica, social y ecológica es una modalidad de los estados de excepción expresamente diseñado por el Constituyente para conjurar “aquellas alteraciones que desequilibran en forma grave e inminente uno o varios de tales órdenes, o que constituyan grave calamidad pública”.

En esta misma providencia se resaltaron las particularidades de la declaración de la emergencia económica, social y ecológica. La Corte señaló que el estado de emergencia se encuentra genéricamente regulado por el artículo 215 constitucional, aunque puede adquirir distintas modalidades según los hechos que lo originen. Al respecto precisó:

“(...) puede ser declarado estado de emergencia económica cuando los hechos que dan lugar a la declaratoria guardan relación con la perturbación del orden económico; se recurrirá al estado de emergencia social cuando la crisis que origina la adopción de la medida excepcional se relaciona con el orden social; se declarará el estado de emergencia ecológica cuando la situación crítica invocada por el gobierno tenga esta naturaleza y; finalmente, se acudirá al estado de

7.6 y 25.1, su ejercicio tampoco puede restringirse por tratarse de garantías judiciales indispensables para la efectiva protección de los derechos

¹²M.P. Carlos Gaviria Díaz

emergencia por calamidad pública cuando sobrevenga una catástrofe de este tipo. También se pueden combinar las modalidades anteriores cuando los hechos invocados como causantes de la declaratoria revistan la connotación de perturbar o amenazar de manera simultánea los distintos órdenes protegidos por el artículo 215 constitucional, en todo caso compete al Presidente de la República de conformidad con los hechos invocados declarar el estado de emergencia que corresponda a la situación.”¹³

2.4.2. El Presidente de la República puede declarar el estado de emergencia económica, social y ecológica **tanto en todo el territorio como en una porción de él**. En efecto, la jurisprudencia ha señalado que toda vez que ni el texto constitucional ni la LEEE regulan expresamente este asunto, puede aplicarse por analogía la regulación prevista para el estado de conmoción interior que permite que sea declarado en todo el territorio nacional o en una parte de éste.

2.4.3. En lo que tiene que ver con las facultades concedidas al Presidente de la República en un estado de emergencia, el artículo 215 constitucional lo habilita para dictar normas con fuerza y rango de ley **destinadas específicamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia**. Los decretos legislativos que se dicten son permanentes, excepto en el evento de normas que establecen o modifican tributos, caso en el cual dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente.

En relación con este punto, la jurisprudencia ha señalado que “si bien, esta fórmula permite cierto margen de maniobra para que el Ejecutivo determine cuales son las atribuciones de las cuales hará uso, en todo caso tiene una finalidad claramente restrictiva al menos en un doble sentido: por un lado impedir un uso excesivo de las atribuciones excepcionales –lo que guarda relación con el principio de proporcionalidad de las medidas adoptadas bajo los estados de excepción-, en segundo lugar proscribir el empleo de atribuciones que no sean necesarias para conjurar la crisis –lo que a su vez se relaciona con el principio de necesidad-.”

2.4.4. La Constitución también **prohíbe desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante decretos legislativos expedidos en virtud del estado de emergencia económica, social o ecológica**. Sobre el alcance de esta prohibición, la sentencia C-179 de 1994¹⁴, con motivo

¹³ Cfr. Sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz

del examen de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de los estados de excepción, señaló:

“Los derechos sociales son entonces aquellos derechos subjetivos colectivos que se establecen en favor de grupos o sectores de la sociedad dentro de los cuales podemos citar, a manera de ejemplo, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, etc. Dichos derechos se caracterizan por la existencia de un interés común y solidario, destinado a asegurar un vivir libre y digno. En nuestra Carta Política no se permite desmejorar, mediante los decretos legislativos dictados con fundamento en el estado de emergencia económica, social y ecológica, los derechos sociales que tal Estatuto confiere a los trabajadores, algunos de los cuales se encuentran consagrados en el capítulo 2o. del Título II, v.gr.: el derecho de huelga, el de negociación colectiva, etc.”.

2.4.5. Adicionalmente, la Carta establece una serie de mecanismos de control jurídico y político tanto de la declaración de los estados de excepción, como de las medidas adoptadas a su amparo.

2.4.5.1. En primer lugar, el artículo 215 superior precisa que en el decreto que declara la emergencia, el Presidente debe convocar al Congreso dentro de los diez días siguientes a la declaración de emergencia, si éste no se hallare ya reunido, con el fin de que examine el informe detallado que debe elaborar el Gobierno sobre las causas que determinaron la declaración del estado de excepción y las medidas adoptadas bajo su amparo. Si el Presidente no convoca al Congreso, la misma disposición indica que éste se reunirá por derecho propio con el fin de ejercer el control político correspondiente.

El control político a cargo del Congreso tiene al menos dos finalidades: de un lado, verificar la conveniencia y oportunidad de las medidas introducidas durante la emergencia y, de otro, examinar la posible responsabilidad del Presidente y sus ministros por uso inadecuado o abusivo de la institución.

Dentro del año siguiente a la declaración de la emergencia, el Congreso tiene otra oportunidad para ejercer control político; durante este lapso puede derogar, modificar o adicionar las medidas adoptadas por el Gobierno en uso de las facultades extraordinarias y que versen sobre materias que ordinariamente no pueden tener iniciativa en los miembros del Congreso. Las medidas relacionadas con materias que no tengan reservada la iniciativa, pueden ser modificadas o derogadas en cualquier tiempo. En este punto vale la pena recordar que, salvo las

medidas tributarias, todas las implementadas durante un estado de emergencia tienen vocación de permanencia.

2.4.5.2. El segundo control es el que ejerce la Corte Constitucional de manera posterior, automática e integral. Este control se caracteriza por su naturaleza eminentemente jurídica, pues su finalidad es verificar que la declaración de emergencia y las medidas adoptadas bajo su amparo cumplan con los requisitos formales y materiales que imponen la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la LEEE. Como ha indicado esta Corte, este control de constitucionalidad automático también es definitivo, de modo que los decretos no pueden ser nuevamente examinados por la Corte, por ejemplo, con ocasión de una demanda interpuesta por un ciudadano.

2.4.5.3. El control constitucional de los decretos dirigidos a conjurar o prevenir la crisis se centra en el análisis de **(i) la conexidad; (ii) la necesidad** y **(iii) la proporcionalidad de las medidas que introducen**, de conformidad con el artículo 215 superior y la LEEE.

El juicio de **conexidad** se orienta a la verificación de un nexo causal entre **(i)** las situaciones que de manera mediata e inmediata han dado origen a la declaración del estado de excepción y la finalidad de las medidas introducidas (**conexidad externa**), y entre **(ii)** tales causas y la materia regulada por los decretos legislativos correspondientes (**conexidad interna**).¹⁵

Este juicio se desprende del artículo 215 superior que en su incisos tercero y cuarto señala que los decretos deben estar destinados “*exclusivamente*” a superar la situación que hubiere determinado la declaración del estado de excepción y a impedir la extensión de sus efectos, y deben referirse a materias que tengan “relación directa y específica” con el estado de emergencia.

En la sentencia C-145 de 2009¹⁶, se dijo que acepciones tales como *exclusivamente*, “(...) apuntan a que los decretos de desarrollo del estado de emergencia no puedan tener otra finalidad que la mencionada, de conjurar la crisis que dio lugar a su declaración y evitar la propagación de sus consecuencias; la exigencia de una ‘relación directa’, excluye la simple relación incidental, indirecta, tangencial entre los hechos causantes del estado de excepción y la materia que regulan; tal relación además debe ser “específica”, es decir, de la misma clase, de igual naturaleza, de idéntica especie.”

Por su parte, el estudio de **necesidad** ha sido definido en dos partes, la primera que busca determinar la relación entre la medida adoptada y los hechos que dieron origen a la declaración, *necesidad fáctica*, la segunda

¹⁵ Ver, entre otras, la sentencia C-033 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ M.P. Nilson Pinilla Pinilla

que hace referencia a la *necesidad jurídica*, en donde se debe determinar si las medidas ordinarias no resultan suficientes para conjurar o evitar la crisis que originó la declaración de emergencia¹⁷.

Finalmente, el **juicio de proporcionalidad** el cual busca verificar la adecuación de los medios con los fines propuestos tanto por la Constitución como por los decretos de excepción. Dicho juicio comprende un estudio de (i) la **finalidad** de la medida; (ii) la **idoneidad y conducencia de los medios** escogidos por el Ejecutivo para realizar no sólo el fin general de “*conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos*”, sino también los fines específicos definidos por el respectivo decreto legislativo¹⁸; y (iii) la **proporcionalidad en estricto sentido** de la medida. La proporcionalidad estará dada por la mínima repercusión negativa que las medidas adoptadas para alcanzar el fin o los fines propuestos, tengan sobre otros principios igualmente fundamentales.

2.5. LAS FACULTADES DEL EJECUTIVO DURANTE LOS ESTADOS DE EMERGENCIA PARA CREAR NUEVAS ENTIDADES PÚBLICAS

La modificación de la estructura de la Administración nacional que normalmente corresponde al Congreso, de conformidad con el artículo 150, numeral 7, de la Constitución Política, puede cumplirse por el Ejecutivo dotado de las atribuciones legislativas contempladas en el artículo 215, para afrontar los efectos de una catástrofe e impedir la extensión de sus efectos, por las razones que a continuación se exponen:

- 2.5.1.** Ha de tenerse en cuenta que como expresión del principio democrático, el Legislador es “*el titular de la llamada potestad organizadora cuya manifestación primordial es la formulación del modo de ser y de actuar de una determinada organización administrativa, en sus elementos configurativos y en el conjunto de éstos*”¹⁹. En estos términos, el Legislador es el llamado a determinar la estructura de la Administración a través de la creación, fusión o supresión de entidades u organismos del orden nacional.

En este sentido, el numeral 7 del artículo 150 Superior dispone:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

¹⁷ Sentencia C-149 de 2003.

¹⁸ Sentencia C-145 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

¹⁹ S.V. M. Álvaro Tafur Galvis y M. Cristina Pardo Shlesinger a la Sentencia C-1437/00 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

“7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.”

2.5.2. Partiendo del enunciado de dicho artículo, la Corte ha precisado que corresponde al Legislador la determinación de la estructura de la Administración nacional. En desarrollo de dicha competencia, debe definir los elementos de esa estructura, la tipología de la entidad y sus interrelaciones²⁰. Así mismo, el Congreso tiene la potestad consecuente de fusión, transformación y supresión de dichos organismos²¹. No obstante, la competencia a que se refiere el numeral 7° del artículo 150 Superior no supone un ejercicio totalmente independiente por parte del Congreso de la República, pues es necesario contar con la participación gubernamental para expedir o reformar las leyes referentes a la estructura de la Administración nacional, toda vez que la iniciativa para su adopción pertenece en forma exclusiva al Gobierno Nacional de conformidad con lo preceptuado en el artículo 154 Superior²².

En ese orden de ideas, en la jurisprudencia de la Corporación se ha explicado que *“i) la función de determinar la estructura de la administración nacional, no se agota con la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, sino que abarca proyecciones mucho más comprensivas que tienen que ver con el señalamiento de la estructura orgánica de cada uno de ellos, la precisión de sus objetivos, sus funciones generales y la vinculación con otros organismos para fines del control”*²³, así como también regular los asuntos relacionados con el régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario, entre otras.

2.5.3. Ahora bien, frente a las previsiones constitucionales contenidas en los artículos 150, numerales 7 y 10, es pertinente reiterar que la determinación de la estructura de la Administración nacional, en los términos atrás señalados, así como la creación y autorización de la existencia específica de los diferentes organismos y entidades llamados a conformar dicha estructura, compete al Congreso. Sin embargo, **la jurisprudencia ha admitido que esta labor, en épocas de**

²⁰ Sentencia C-1190/00 M.P. Álvaro Tafur Galvis .

²¹ Sentencia C-299 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Ver igualmente la Sentencia C-465 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

²² Sentencia C-012 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²³ “Sentencia C-299 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.”

anormalidad, como la que fue decretada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4580 de 2010, sea desarrollada excepcionalmente por el Legislador extraordinario, siempre y cuando la creación del respectivo ente, cumpla con los requisitos que debe observar toda medida en un estado de excepción.

En ese sentido, a propósito de otras emergencias analizadas por esta Corporación, se ha avalado la creación de entidades del orden nacional para llevar a cabo las labores de reconstrucción de un territorio devastado por catástrofes naturales, así por ejemplo, en las **sentencias C-367 de 1994 y C-218 de 1999**, se analizó la creación de la Corporación para la Reconstrucción de la Cuenca del Río Páez y zonas aledañas – CORPOPAECES y el Fondo de Reconstrucción del Eje Cafetero-FOREC.

2.5.3.1. En la **sentencia C-367 de 1994**²⁴ se declaró la constitucionalidad del Decreto N° 1179 de 1994 *"Por el cual se crea la Corporación para la Reconstrucción de la Cuenca del Río Páez y zonas aledañas - CORPOPAECES -"*. Sobre el particular sostuvo la Corte:

“La norma examinada está destinada exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos y, por ende, se refiere a materias que tienen relación directa y específica con el estado de emergencia. La relación de conexidad que guarda este decreto con la causa que motivó la declaratoria de la emergencia es evidente. Los daños humanos y materiales, producidos por los desbordamientos de varios ríos y las avalanchas que generaron, precisan ser enfrentados mediante una tarea de coordinación de todos los esfuerzos enderezados a reconstruir las zonas afectadas y rehabilitar social, económica y materialmente a la población, víctima del infortunio. Para tal efecto, se crea justamente la Corporación, a la que se la dota de recursos y facultades suficientes. Si se quiere abundar más en la conexidad, exigida constitucionalmente, baste señalar que en el mismo decreto que declaró la emergencia, se puso de presente que la magnitud de la calamidad superaba la capacidad para conjurar la crisis que podría haberse articulado a través del sistema nacional de atención y prevención de desastres y que, por tanto, era necesario crear un organismo idóneo con ese fin.”

En ese mismo orden, el Decreto 4819 de 2010, objeto de análisis, crea un establecimiento público, señala sus objetivos y estructura. Esa atribución, tal como se señaló, es del resorte del Legislador ordinario

²⁴ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

(CP art. 150-7), excepcionalmente el Legislador extraordinario puede atribuírsela una vez declarado un estado excepcional como el de la emergencia que declaró el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4580. De otra parte, salvo el objeto particular y específico de la Corporación que se establece, su organización y funcionamiento, corresponde al esquema genérico de las entidades públicas de su clase.

2.5.3.2. En **sentencia C-218 de 1999**²⁵, la Corte declaró al exequibilidad del Decreto Legislativo 197 del 30 de enero de 1999, "por el cual se crea un Fondo para la Reconstrucción de la Región del Eje Cafetero afectada por el terremoto del 25 de enero de 1999", en el entendido de que: **(i)** el Director Ejecutivo del Fondo debía ser servidor público; **(ii)** la designación de una firma de reconocido prestigio internacional para que ejerciera la auditoría sobre los actos y contratos que realizara el Fondo debía recaer sobre una empresa colombiana escogida por concurso público de méritos y contratada previo concepto del Consejo de Estado, y que cumpliera sus funciones sin perjuicio del control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República; y **(iii)** los informes de gestión y resultados que por mandato del Decreto se rindieran al Presidente de la República no impedirían el ejercicio del control correspondiente a cargo del Contralor General.

La Corte encontró que la magnitud del desastre natural que antecedió la declaración de emergencia demandaba la creación de una institucionalidad adecuada para obtener con eficiencia y prontitud los resultados que la población esperaba. Además, consideró que tal institucionalidad podía ser creada por el Presidente en ejercicio de las facultades legislativas extraordinarias que le otorga la declaración de emergencia, siempre y cuando el diseño de la nueva institución guardara conexidad directa con la mitigación del problema que dio lugar a la declaración del estado de excepción. En el caso particular, la Corte concluyó que el Fondo que allí se creó, sí tenía conexidad con el desastre que ocasionó la emergencia, pues su objeto especialísimo era la reconstrucción de la zona afectada por el terremoto, para lo cual era dotado de herramientas adecuadas en términos generales.

La Corte examinó en particular algunas de las herramientas previstas por el decreto y encontró lo siguiente: **En primer lugar**, aseguró que se ajustaba a la Carta la disposición que señalaba que el Director del Fondo sería elegido por el Consejo Directivo conformado en su totalidad por representantes del Presidente. A juicio de la Corte, el decreto legislativo hacía las veces de ley en los términos del artículo 189, numeral 13, de la Carta Política y, por tanto, podía definir a quién correspondía nombrar al Director del Fondo.

²⁵ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

En segundo lugar, en relación con la posibilidad de designar una firma de reconocido prestigio internacional para que ejerciera auditoría sobre los actos y contratos que realizara el Fondo, sostuvo que se ajustaba a la Constitución –especialmente al artículo 267-, siempre y cuando tal control se hiciera sin perjuicio del control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República, quien debía cumplir su función de manera posterior y selectiva.

En tercer lugar, sobre la obligación del Consejo Directivo del Fondo de "*rendir al Presidente de la República informes mensuales de gestión y resultados, los cuales serán públicos*", la Corte reiteró que por mandato constitucional, el control fiscal, que incluye un control financiero, de gestión y de resultados, corresponde a la Contraloría General de la República, "*sin que pueda ser despojado del contenido de su atribución constitucional por una norma de la ley que traslade ese control a funcionarios distintos.*" Por tanto, a juicio de la Corte, debía entenderse que los informes que el Consejo Directivo debía remitir al Presidente de la República serían un instrumentos de verificación de la gestión y los resultados del Fondo desde una perspectiva de carácter administrativo, y no suplía la función de control fiscal propia de la Contraloría y que no la sustituye ni la desplaza.

En cuarto lugar, respecto del artículo que indicaba que los miembros del Consejo Directivo no serían considerados servidores públicos, la Corte señaló que ello era posible según los artículos 123 y 210 de la Carta, sin que ello los eximiera de su responsabilidad ante las autoridades por todas aquellas conductas, acciones y omisiones que repercutieran en daño o peligro para el patrimonio público o para la gestión y los resultados de la actividad que se les había encomendado. La Corte precisó: "*Las eventuales responsabilidades de tales personas pueden deducirse en el campo penal, en el civil y en el fiscal, de conformidad con las normas de la ley, que, según el artículo 123 de la Carta, 'determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.'*"

En quinto lugar, la Corte sostuvo que no desconocía la Carta que el decreto dispusiera el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Calamidades destinados a la emergencia causada por el terremoto, al nuevo Fondo, con la finalidad de centralizar y coordinar su administración. Además, la Corte precisó que para poder llevar a cabo este traslado era necesaria una norma de rango legal, carácter que cumplía el Decreto Legislativo 197 de 1999, de modo que el traslado se ajustaba a la Carta.

En sexto lugar, para la Corte era constitucional que el decreto previera que el Fondo administraría recursos de donaciones privadas de forma separada y sin sometimiento a las normas que regulan la ejecución del

Presupuesto Público. Ciertamente, en tanto tales recursos conservaban su naturaleza privada y habían sido donados con una destinación específica, no podía una ley, “(...) *aun la dictada en tiempo de emergencia, disponer abusivamente de ellos, incorporándolos al Tesoro Público o modificando su asignación o la voluntad de sus antiguos propietarios, con lo cual se habría desconocido, y de manera flagrante, el artículo 62 de la Carta Política.*”

En séptimo lugar, la Corte señaló que no desconocía el texto constitucional que el decreto autorizara el traslado de recursos del Fondo al Fogafin para el desarrollo del programa de financiación de vivienda en la zona afectada, teniendo en cuenta las necesidades apremiantes en términos de vivienda de la zona.

En octavo lugar, a juicio de la Corte, eran igualmente constitucionales las reglas que consagraba el artículo 6 del decreto, según las cuales los contratos indispensables para la operación del Fondo no estarían sujetos a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y se regirán por el derecho privado. Para la Corte, la excepción era constitucional en la medida en que era transitoria.

Por último, la Corte aclaró que aunque el decreto hubiera expirado, el Gobierno quedaba facultado para suprimir el Fondo cuando hubiera culminado el desarrollo de su objeto. La Corte expresó:

“Como lo ha expresado la Corte en otras ocasiones, es el legislador -por regla general el Congreso- el encargado de suprimir las entidades de la administración nacional que haya creado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 7, de la Constitución.

Empero, la propia Carta (artículo 189, numeral 15) faculta al legislador para prever, hacia el futuro, que determinados organismos o entidades se supriman o fusionen, encomendando al Presidente de la República la tarea de ejecutar y culminar la supresión o fusión. El Gobierno estará entonces encargado de proferir, dentro de los límites que le señale la ley, los actos administrativos mediante los cuales se concrete la decisión legislativa.

En el caso de entidades u organismos creados al amparo del Estado de Emergencia, siendo posible que su actividad deba extenderse más allá del tiempo de vigencia de las atribuciones legislativas de excepción, pero sin que resulte imprescindible prolongarla indefinidamente -toda vez que naturalmente se encuentra atada a los requerimientos que el cometido institucional imponga y a los imponderables que resulten del

desenvolvimiento práctico de su gestión, así como a las dificultades inherentes a la culminación de la misma-, se justifica plenamente que no sea el propio legislador el que agote las distintas etapas de la supresión del ente creado con un propósito específico, y que, no obstante ser él quien prevé la misma y la dispone, deje en manos del Gobierno su ejecución material y su realización. Estas tendrán lugar, a partir del impulso inicial de la ley y con arreglo a sus criterios y disposiciones, cuando el agotamiento de los fines correspondientes haga innecesaria la permanencia del ente u organismo establecido.

Tal ocurre en el asunto que ahora se decide, pues al momento de declarar la emergencia y de crear el Fondo se ignoraba, y todavía se ignora, por cuánto tiempo se hará menester su subsistencia, sin que resulte razonable pensar en la necesidad de dictar una ley para su supresión -ya desde ahora prevista por norma dotada de fuerza legislativa- y menos declarar un nuevo Estado de Emergencia Económica para el único efecto de ponerle fin a su actividad por haberse alcanzado el propósito de reconstruir la zona del Eje Cafetero.

En Estado de Emergencia, la ley exigida en el artículo 189, numeral 15, de la Constitución, para que el Gobierno suprima o fusione entidades u organismos nacionales, está contenida en el decreto legislativo correspondiente, que puede ser, sin violar los mandatos superiores, el mismo por el cual se haya creado un ente de duración precaria y finalidad delimitada, con miras a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Advierte la Corte: no es que el Gobierno conserve o retenga una facultad legislativa, de suyo temporal, ni que prolongue su actuación extraordinaria más allá del tiempo de duración señalado al Estado de Emergencia. Ello no sería posible a la luz de lo ya expuesto por la doctrina constitucional:

(...)

Lo que ocurre es que, habilitado como legislador extraordinario, el Presidente de la República, expide la ley -en sentido material- requerida por el numeral 15 del artículo 189 de la Carta para cumplir en su momento la función que allí se le encomienda, que es puramente ejecutiva.”

2.5.4. Se concluye entonces que el Legislador extraordinario se encuentra facultado para modificar la estructura de la administración nacional,

pero bajos los estrictos términos establecidos en la Constitución Política.

2.6. EXAMEN DE LOS ASPECTOS FORMALES DEL DECRETO LEGISLATIVO 4819 de 2010.

Con base en el texto auténtico del Decreto 4819 de 2010, la Sala constata lo siguiente:

- 2.6.1.** El Decreto fue proferido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 superior, en concordancia con la Ley 137 de 1994 –Estatutaria de los Estados de Excepción- y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 4580 del 7 de diciembre de 2010 que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional.
- 2.6.2.** El Decreto contiene un conjunto de consideraciones que pretenden dar cuenta de la necesidad, conexidad y pertinencia de las disposiciones en ella contenidas y su relación con la solución de los hechos que dieron lugar a la declaración del estado de excepción.
- 2.6.3.** El Decreto fue suscrito por el Presidente de la República y la totalidad de los ministros.
- 2.6.4.** El Decreto fue promulgado el 29 de diciembre de 2010, esto es, dentro del término de vigencia del estado de emergencia social declarado en el Decreto Legislativo 4580 de 2010.

2.7. EXAMEN DE LOS ASPECTOS MATERIALES DEL DECRETO LEGISLATIVO 4819 de 2010

Antes de emprender en análisis de la constitucionalidad del decreto, es preciso ubicar el Fondo Adaptación en el contexto del plan de atención de la emergencia diseñado por el Gobierno Nacional.

En este sentido, el **Departamento Nacional de Planeación** explica que el Gobierno planea conjurar la crisis que dio lugar a la declaración del estado de excepción y evitar la expansión de sus efectos, por medio de un plan de acción que comprende **tres etapas**: una etapa de **atención humanitaria de emergencia**, que se ejecutará en el 2011, una etapa de **rehabilitación**, a desarrollarse entre el 2012 y el 2014, y una etapa de **prevención y reconstrucción** con una duración estimada de otros cuatro años, lo que significa que el plan terminará de implementarse hacia el 2018. Esta entidad precisa que el Fondo concentrará sus esfuerzos en la tercera fase del plan. Al respecto expresa:

“El Fondo de Adaptación se enfoca en la tercera fase de la emergencia. La existencia del Fondo asegura los recursos de

inversión necesarios para impedir la prolongación y repetición de la situación causada por este fenómeno climatológico. Su estructura de gobierno está pensada para asegurar que las inversiones y acciones estén articuladas, y coordinadas, que el sector privado sea partícipe y vigilante del proceso de reconstrucción y que los recursos se utilicen y complementen de la mejor manera posible. (...)”.

Con fundamento en esta información, la Sala pasa a examinar la constitucionalidad del Decreto 4819 de 2010.

2.7.1. Examen del artículo 1°: Creación del Fondo de Adaptación

2.7.1.1. Contenido y justificación

2.7.1.1.1. El artículo 1° del Decreto Legislativo 4819 de 2010 dispone la creación de un Fondo Adaptación para la **recuperación, construcción y reconstrucción** de las zonas afectadas por el fenómeno de La Niña. Este Fondo tiene las siguientes **características**: **(i)** es un Fondo con personería jurídica, **(ii)** autonomía presupuestal y financiera y **(iii)** adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De acuerdo con este artículo, las **funciones** específicas del Fondo son: **Primero**, identificar, estructurar y gestionar proyectos. **Segundo**, ejecutar los procesos contractuales que tales proyectos requieren. **Tercero**, disponer y transferir los recursos necesarios para **(i)** la recuperación, construcción y reconstrucción de la infraestructura de transporte, telecomunicaciones, ambiente, agricultura, servicios públicos, vivienda, educación, salud, acueducto y alcantarillado, humedales y zonas inundables estratégicas; **(ii)** para la rehabilitación económica de los sectores agrícola, ganadero y pecuario afectados por la crisis que dio lugar a la emergencia; **(iii)** para impedir definitivamente la prolongación de los efectos de la crisis; y **(iv)** para la ejecución de las demás acciones que se requieran con ocasión del fenómeno de La Niña, tendientes a la mitigación y prevención de riesgos, y a la protección en lo sucesivo de la población de las amenazadas económicas, sociales y ambientales que están sucediendo.

2.7.1.1.2. Adicionalmente, el Decreto Legislativo 4819 de 2010 señala en su parte motiva que el Fondo Adaptación es un mecanismo institucional para la estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición, transferencia y protección de recursos y demás acciones que se requieran en la etapa de **recuperación, construcción y reconstrucción**. Resalta que su finalidad es la **(i)** mitigación del riesgo, **(ii)** su prevención futura y **(iii)** la protección de la población en lo sucesivo frente a las amenazas económicas, sociales y ambientales que causa el fenómeno de La Niña.

2.7.1.1.3. En cuanto a la **justificación de la creación del Fondo**, en el Decreto 4580 de 2010 y en el decreto objeto de examen, el Gobierno Nacional explica que la creación del Fondo era necesaria debido a que los recursos y medios del Sistema Nacional de Atención y Prevención de Desastres son insuficientes para atender la crisis generada por el fenómeno de La Niña. Explica que ya ejerció sus facultades ordinarias en materia de prevención y atención de desastres, pues, por ejemplo, declaró la situación de desastre prevista en el Decreto 919 de 1989, sin que tales medidas hayan conducido a superar la crisis ni impedir su extensión. También sostiene que el sistema no es apropiado para la realización de medidas de reparación y reconstrucción, para la administración de los recursos ni para coordinar la realización de las obras públicas que la superación de la emergencia demanda, especialmente para priorizar la realización de aquellas que el Gobierno considera prioritarias.

2.7.1.1.4. En las intervenciones allegadas a esta Corporación, varias entidades del Gobierno Nacional agregan que el Sistema Nacional de Atención y Prevención de Desastres y el Fondo de Calamidades Públicas no son una institucionalidad adecuada para coordinar el desarrollo de las obras públicas e intervenciones de otra índole que se requieren para conjurar la emergencia y evitar su repetición, y por ello era necesario crear el Fondo.

Por ejemplo, el **Departamento Nacional de Planeación** afirma que a través de la institucionalidad ordinaria para la atención de desastres naturales no es posible realizar las intervenciones que requiere la tercera fase del plan de respuesta a la emergencia, es decir, la fase de reconstrucción y prevención en la que concentrará sus esfuerzos el Fondo, entre las que se encuentran las intervenciones para el manejo y saneamiento ambiental de las cuencas del país, para el manejo de sedimentos, para promover el uso adecuado del recurso hídrico y de las fuentes abastecedoras de los distritos de riego, para el mejoramiento de la calidad de agua que se vierte en los ríos, y para reducir la vulnerabilidad de la infraestructura vial, entre otras.

Esta entidad aduce que era necesario centralizar en una sola entidad la toma de decisiones sobre la ejecución del plan de atención y la administración de todos los recursos destinados a este fin para **(i)** garantizar la suficiencia y adecuada distribución de estos últimos durante todas las fases del plan; **(ii)** asegurar su administración eficiente y transparente; y **(iii)** tomar decisiones eficientes, coordinadas y con vocación de integralidad en materia de identificación, estructuración y gestión de proyectos, ejecución de los procesos contractuales, y disposición y transferencia de fondos.

El **Ministerio del Interior y de Justicia**, de otro lado, resalta que el Sistema Nacional de Atención y Prevención de Desastres y el Fondo de Calamidades Públicas solamente son útiles para atender la primera fase de la emergencia, es decir, la de atención humanitaria, pero no las otras dos fases.

Por último, la **Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República** agrega que la estructura administrativa encargada de superar los estragos de los desastres naturales no estaba preparada para responder a los problemas generados por el fenómeno de La Niña ni para introducir soluciones duraderas, lo que justifica la creación del Fondo. Se hace énfasis particularmente en la ejecución de la tercera fase del Plan de Atención de la emergencia, con el argumento de que el concepto de “*conjurar la crisis*” no puede comprender solamente la asistencia de los damnificados y el reacondicionamiento de las edificaciones dañadas, sino todo aquello que pueda evitar que se repitan los problemas que originaron el estado de excepción. En este sentido manifiesta: “(...) *la crisis debe ser conjurada de tal manera que se logra ‘impedir la extensión de sus efectos’, lo cual requiere soluciones duraderas y no meramente paliativas*”. Añade:

“La dimensión de la tragedia hace suponer que las medidas que se adopten para conjurar la crisis no pueden limitarse a la solución de los problemas coyunturales puntuales, sino que deben tener en cuenta futuras repeticiones del fenómeno de igual intensidad o incluso mayores, lo cual es difícil de predecir, pero sería imprudente soslayar.”

2.7.1.2. Examen de conexidad

2.7.1.2.1. De la motivación y argumentación del Gobierno y del contenido del artículo 1° se desprende que la creación del Fondo Adaptación **guarda conexidad desde el punto de vista externo** con las causas que originaron la declaración de emergencia. **En primer lugar**, las finalidades del Fondo se dirigen a **(i)** solucionar los problemas que ha generado la ola invernal y que llevaron a la declaración de emergencia, **(ii)** evitar la expansión de los efectos de tales problemas y **(iii)** prevenir que a futuro vuelvan a presentarse crisis asociadas a fenómenos naturales con características similares al fenómeno de La Niña. **En segundo lugar**, las funciones que desempeñará el Fondo responden precisamente al tipo de daños y consecuencias dejadas por la crisis, entre las que se destacan las siguientes, según la motivación del Decreto 4580 de 2010: pérdidas de vidas debido a inundaciones y derrumbes, daños en la infraestructura vial, eléctrica, de telecomunicaciones y de prestación de servicios públicos domiciliarios, pérdida de animales y cultivos y deterioro y destrucción de viviendas e infraestructura educativa y hospitalaria, entre otras.

2.7.1.2.2. Desde el punto de vista **interno**, para la Sala es claro que los asuntos que regula el artículo 1° del Decreto Legislativo 4819 de 2010 se relacionan directamente con los propósitos generales del Fondo, pues sin la definición de la naturaleza y funciones de la entidad, ésta no podría cumplir su cometido.

2.7.1.3. Examen de necesidad e insuficiencia de los medios ordinarios

En relación con la **necesidad del Fondo** y la **presunta insuficiencia de los mecanismos ordinarios** de los que disponía el Gobierno para llevar a cabo los propósitos encomendados a aquél, la Sala observa lo siguiente:

2.7.1.3.1. A juicio de la Sala, **los instrumentos que otorga la normativa ordinaria sobre prevención y atención de desastres son efectivamente insuficientes para responder a las exigencias que demandan las causas y los efectos que originaron la declaración de emergencia, en razón a la magnitud del desastre que causó y que puede causar la ola invernal producto del fenómeno de la Niña.** Veamos:

Mediante el Decreto Ley 1547 de 1984 se creó el **Fondo Nacional de Calamidades** como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, administrada por una sociedad fiduciaria. Su finalidad es **prestar apoyo económico a las actividades** de (i) atención de desastres y calamidades declaradas, (ii) control de sus efectos, (iii) saneamiento ambiental de las comunidades afectadas durante las etapas de rehabilitación y reconstrucción, (iv) instalación y operación de sistemas y equipos de información adecuados para la prevención, diagnóstico y atención de situaciones de desastre o de calamidad, y (v) prevención de desastres o atenuación de sus efectos (artículo 2 del Decreto 1547 de 1984).

Este Fondo financia en particular las labores de los organismos que conforman el **Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres** creado por la Ley 46 de 1988 y cuya finalidad es **definir responsabilidades y articular el trabajo** de las entidades públicas y privadas que realizan planes, programas, proyectos y acciones específicas para la prevención y atención de desastres.

A este sistema pertenece la **Dirección de Gestión del Riesgo para la Prevención y Atención de Desastres** del Ministerio del Interior (artículo 2 del Decreto 989 de 1989)²⁶, quien se encarga, entre otras

²⁶ Inicialmente, el Decreto 989 de 1989 asignaba las tareas de esta dirección a la Oficina Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, una dependencia del Departamento Administrativo de la Presidencia de

funciones, la de organizar y mantener un sistema integrado de información sobre la ubicación territorial de los riesgos existentes en el país, llevar a cabo análisis de vulnerabilidad y elaborar el **Plan Nacional para la Prevención y Atención de Desastres** (artículo 3 *ibídem*), el cual contiene las actividades específicas que deben desarrollar las entidades del sistema y a las que se destinan los recursos del Fondo Nacional de Calamidades (artículo 9 del Decreto 1547 de 1984).²⁷ Este plan, antes de ser ejecutado, debe ser aprobado por el **Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres** y expedido por el Gobierno Nacional mediante decreto.

Este último comité, conformado por varios representantes del Gobierno Nacional²⁸, cumple un papel orientador y es responsable también de definir los principales mecanismos para la ejecución, seguimiento y evaluación del Plan Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y de aprobar los planes nacionales preventivos de emergencia, entre otras funciones (artículo 54 *ibídem*).

El Plan Nacional para la Prevención y Atención de Desastres vigente en la actualidad está contenido en el Decreto 93 de 1998.

Específicamente, el trabajo de las entidades que conforman el sistema es coordinado por el **Comité Técnico Nacional**, conformado por representantes de entidades públicas con competencias directas en la

la República. El Decreto 1680 de 1991 reorganizó el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y se trasladó esta oficina al Ministerio de Gobierno. El Decreto 2035 de 1991 reestructuró el Ministerio de Gobierno y cambió el nombre de Oficina Nacional por el de Dirección Nacional. Posteriormente, el Decreto 0372 de 1996 reformó el Ministerio de Gobierno, el cual pasó a denominarse Ministerio del Interior. Este decreto además organizó la Dirección General Unidad Administrativa Especial para la Prevención y Atención de Desastres. En 1999, el Decreto 546 cambió el nombre de la oficina por el de Dirección General para la Prevención y Atención de Desastres. Por último, el Decreto 4530 de 2008, por el cual se modifica la estructura del ministerio, cambió el nombre al de Dirección de Gestión del Riesgo para la Prevención y Atención de Desastres.

²⁷ Según el artículo 3 de Decreto 989 de 1989, este plan debe contener lo siguiente: “El Plan incluirá y determinará todas las políticas, acciones y programas, tanto de carácter sectorial como del orden nacional, regional y local que se refieran, entre otros, a los siguientes aspectos:

- a) Las fases de prevención, atención inmediata, reconstrucción y desarrollo en relación con los diferentes tipos de desastres y calamidades públicas;
- b) Los temas de orden económico, financiero, comunitario, jurídico e institucional;
- c) La educación, capacitación y participación comunitaria;
- d) Los sistemas integrados de información y comunicación a nivel nacional, regional y local;
- e) La coordinación interinstitucional e intersectorial;
- f) La investigación científica y los estudios técnicos necesarios;
- g) Los sistemas y procedimientos de control y evaluación de los procesos de prevención y atención.”

²⁸ El artículo 53 del Decreto 989 de 1989 dispone:

“**Artículo 53. COMITÉ NACIONAL PARA LA ATENCIÓN Y PREVENCIÓN DE DESASTRES.** El Comité Nacional para la Atención y Prevención de desastres estará integrado de la siguiente manera:

- a) El Presidente de la República o su delegado, quien lo presidirá.
- b) Los Ministros de Gobierno, Hacienda y Crédito Público, Defensa Nacional, Salud, Comunicaciones y Obras Públicas y Transporte.
- c) El Jefe del Departamento Nacional de Planeación.
- d) Los Directores de la Defensa Civil y de la Cruz Roja Nacional.
- e) El Jefe de la Oficina Nacional para la Atención de Desastres, y
- f) Los representantes del Presidente de la República, escogidos de las asociaciones gremiales, profesionales o comunitarias.”

materia y un delegado de la Cruz Roja (artículo 55 del Decreto 989 de 1989).

Dentro de las **herramientas** que el sistema otorga al Gobierno se encuentra, en primer término, la posibilidad de **declarar una situación de desastre** hasta por tres meses (artículo 19 del Decreto 989 de 1989)²⁹. En virtud de esta declaración, el Gobierno debe elaborar, con base en el plan nacional, un plan de acción específico para el manejo de la situación de desastre, el cual es de obligatorio cumplimiento por todas las entidades públicas o privadas que según el plan deban contribuir a su ejecución (artículo 20 *ibídem*). Esto significa que las acciones del plan específico son ejecutadas por distintas entidades que conforman el sistema, pero bajo la dirección, coordinación y control de la Dirección de Gestión del Riesgo para la Prevención y Atención de Desastres (artículo 21 *ibídem*).

Adicionalmente, en el decreto que declara la situación de desastre, el Gobierno puede **definir las normas legales que se aplicarán para el desarrollo del plan específico de atención** en materia de contratos, control fiscal de recursos, adquisición y expropiación, ocupación y demolición, imposición de servidumbres, solución de conflictos, moratoria o refinanciación de deudas, incentivos de diverso orden para la rehabilitación, la reconstrucción y el desarrollo, administración y destinación de donaciones, y autorización, control, vigilancia e inversión de los bienes donados (artículo 24 *ibídem*).

La declaración de una situación de desastre también faculta a las entidades públicas encargadas de implementar el plan específico de atención, para **celebrar contratos** con personas o entidades privadas o públicas, cuyo objeto tenga inmediata relación con la atención de la situación de desastre, **con sujeción a las normas que regulan la contratación entre particulares**, salvo en materia de cláusulas excepcionales y previa autorización del Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres (artículo 25 *ibídem*).

Finalmente, cuando se declara una situación de desastre, el Gobierno puede celebrar **contratos de empréstito externo o interno** para atender la crisis, para lo que requiere solamente el concepto previo del Consejo Nacional de Política Económica y Social y las firmas del representante de la entidad prestamista y del Presidente de la República (artículo 26 *ibídem*).

²⁹ El término “desastre” es definido por el Decreto 989 de 1989 de la siguiente manera:

“**Artículo 18. DEFINICIÓN DE DESASTRE.** Para efectos del presente estatuto, se entiende por desastre el daño grave o la alteración grave de las condiciones normales de vida en un área geográfica determinada, causada por fenómenos naturales y por efectos catastróficos de la acción del hombre en forma accidental, que requiera por ello de la especial atención de los organismos del Estado y de otras entidades de carácter humanitario o de servicio social.”

Otro de los instrumentos que la normativa sobre atención de desastres otorga al Gobierno Nacional es la posibilidad de declarar una **situación de calamidad pública**, cuando la crisis a la que se enfrenta es de menor magnitud que la de un desastre. En estos eventos, la declaración la hace directamente la Oficina Nacional para la Atención de Desastres y son aplicables las reglas de la declaración de desastre en tanto sean necesarias (artículo 49 *ibídem*).

Del anterior recuento normativo se puede deducir como lo sostiene el Gobierno, **que los instrumentos que otorga la normativa ordinaria sobre prevención y atención de desastres son insuficientes para responder de forma efectiva no sólo a las causas sino a los efectos de la ola invernal que, según el IDEAM, se extenderá hasta junio de 2011**. En efecto, aunque el Gobierno, por intermedio de la Dirección de Gestión del Riesgo para la Prevención y Atención de Desastres, cuenta con la posibilidad de declarar una situación de desastre y adoptar un plan específico de atención de obligatorio cumplimiento, las actividades de tal plan deben ser contratadas y ejecutadas por las distintas entidades del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, lo que significa un fraccionamiento de la ejecución del plan con los consecuentes costos de transacción, los cuales, ante la gravedad e inminencia de la actual emergencia, deben ser eliminados en la medida de lo posible. El Fondo Adaptación, en ese sentido, permitirá centralizar no sólo la toma de decisiones relacionadas con la atención de emergencia y la rehabilitación, sino la ejecución de las actividades, lo que permitirá respuestas rápidas y efectivas a los requerimientos propios de esta emergencia.

2.7.1.3.2. Teniendo en cuenta que muchas de las actividades que se propone el Gobierno Nacional adelantar a través del Fondo Adaptación para superar y conjurar la crisis, en tiempo de normalidad deben ser definidos por el Consejo Nacional de Planeación e incluidas en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo y en los planes de desarrollo de las entidades territoriales, es importante dejar en claro que los estados de excepción no pueden convertirse en el instrumento para soslayar el proceso de planeación que diseñó el Constituyente de 1991. No obstante, la magnitud de la ola invernal y sus efectos, hacen necesario que el Gobierno Nacional, a través del Fondo Adaptación, adelante una serie de obras y actividades que entiende la Corte, pueden ser desarrolladas de forma concomitante con las denominadas fases de atención humanitaria y de rehabilitación.

En ese sentido, es claro que las acciones que debe emprender el Fondo Adaptación para la atención de la emergencia y prevenir la extensión de sus efectos pueden iniciarse durante el 2011, pese a que sus funciones se centren especialmente en el desarrollo de la tercera fase, esto es, la concebida para la prevención y reconstrucción, con un

enfoque más que asistencialista y coyuntural de prevención estructural. En esta etapa se tiene previsto realizar actividades como las de rectificación de trazados viales, reasentamiento preventivo de viviendas, mitigación de riesgos como taludes y canalizaciones, reparación de la infraestructura de acueductos y alcantarillados, saneamiento de cuencas y programas de saneamiento de aguas residuales, etc., que implican proyectos de mediano y largo plazo, que excederían el ámbito de lo que se considera una situación excepcional de emergencia y por tanto deberían ser debatidas en el marco del Sistema Nacional de Planeación e incluidas en los planes nacionales y territoriales de desarrollo.

No obstante, si el Fondo Adaptación se concibe especialmente para las acciones de identificación, estructuración y gestión de esos proyectos a mediano y largo plazo, con el objeto de lograr la recuperación y reconstrucción, la medida resulta *proporcionada* por las importantes finalidades que persigue el Fondo desde la perspectiva constitucional, para la adopción de decisiones coordinadas, eficientes y con vocación de integralidad, además de garantizar la suficiencia y adecuada distribución de los recursos para mitigar los efectos asociados al Fenómeno de La Niña, así como prevenir en lo sucesivo los futuros impactos para la población en lo económico, social y ambiental por dicho fenómeno. Con tal objeto, el Decreto contempla una medida *idónea* para alcanzar los fines indicados.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las acciones descritas en el precepto objeto de revisión **(i)** están dirigidas a atender las **causas mediatas y estructurales** que contribuyeron a la generación de la emergencia, y **(ii)** están **previstas para el mediano y largo plazo**, se ajustan a la Constitución. Es importante señalar si, que las medidas de prevención, atención y reconstrucción deben concentrarse en las zonas afectadas por la ola invernal, igualmente, que las actividades del Fondo Adaptación no pueden ser diversas a esa atención.

En consecuencia, encuentra la Sala que el mencionado Fondo podrá desarrollar todas las acciones que se enumeran en el precepto objeto de análisis, siempre y cuando su accionar se dirija a las zonas afectadas y busquen la prevención, reparación y mitigación de las causas y efectos de la causas que dieron origen a la declaración de emergencia.

2.7.1.4. Examen de proporcionalidad

2.7.1.4.1. En primer lugar, la creación del Fondo **persigue finalidades importantes** desde la perspectiva constitucional, como **(i)** permitir la adopción de decisiones coordinadas, eficientes y con vocación de integralidad en materia de identificación, estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, y disposición y

transferencia de recursos, y **(ii)** garantizar la suficiencia y adecuada distribución de estos últimos, con el fin de contribuir a mitigar los efectos asociados al fenómeno de La Niña, prevenir futuros impactos y proteger a la población en lo sucesivo frente a las amenazas económicas, sociales y ambientales que causa el fenómeno.

2.7.1.4.2. Para ello, el Decreto Legislativo 4819 de 2010 contempla una **medida idónea para alcanzar los fines antes indicados**, pues como se analizó en apartes previos, la centralización de la administración de los recursos, de la toma de decisiones y de la gestión de los proyectos redundan en ahorro de tiempo y en la reducción de costos de transacción, lo que permite que la acción del Estado para responder a la emergencia sea más eficiente y eficaz.

2.7.1.4.3. Finalmente, la creación del Fondo Adaptación es **una medida proporcionada para atender la emergencia y los efectos de ésta**. Ciertamente, la centralización de la toma de decisiones y de la ejecución de los proyectos permitirá al Gobierno Nacional actuar con mayor prontitud y coordinar esfuerzos a nivel nacional, para atender oportunamente las necesidades de los damnificados, así como evitar que el fenómeno de La Niña siga teniendo efectos devastadores y responder de manera efectiva a los millares de los damnificados que ya se reportan y los que pueden presentarse si, como lo dicen los informes oficiales, la ola invernal se extiende hasta mediados del año 2011.

Aunque esta centralización sacrifica la participación de las entidades territoriales en la identificación y gestión de los proyectos que demandan las actividades que pretende adelantar el Gobierno Nacional a través del Fondo Adaptación, este sacrificio se encuentra justificado, teniendo en cuenta la importancia de que el Gobierno Nacional intervenga con prontitud y eficacia en la prevención y mitigación de las causas y efectos generadores de la emergencia. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha admitido que cuando sea imperativo en aras de garantizar un interés nacional superior, es posible restringir la autonomía de las entidades territoriales³⁰, asunto que en el caso en estudio se hace necesario para lograr una atención más rápida y efectiva de las víctimas y los daños causados por el Fenómeno de la Niña.

Se repite, muchas de las acciones que planea adelantar el Fondo Adaptación son, en épocas de normalidad, propias de los planes de desarrollo nacional y territorial, **sin embargo la institucionalidad ordinaria, en este caso**, no resulta suficiente para lograr la atención inmediata que demandan las causas de la emergencia.

³⁰ Ver sentencia C-149 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En ese sentido, ha de concluirse que la creación del Fondo Adaptación es una medida proporcionada en estricto sentido, siempre y cuando aspectos tales como la contratación, se emprendan desde ahora y no superen el año 2014, pues no se encuentran razones de tiempo ni de materia que justifiquen después de ese lapso, el no acudir a la institucionalidad ordinaria para lograr los objetivos propuestos con la excepcionalidad.

El tema relacionado con la materia contractual será analizado específicamente al estudiar el artículo 7.

2.7.1.5. Conclusión

En este orden de ideas, la Sala declarará exequible el artículo 1º de Decreto 4819 de 2010.

2.7.2. Estudio de la constitucionalidad del artículo 2º: Estructura del Fondo Adaptación

2.7.2.1. Contenido y justificación

2.7.2.1.1. El artículo 2 del Decreto 4819 de 2010 dispone que la dirección y administración del Fondo Adaptación estará a cargo de un Consejo Directivo integrado por un representante designado por el Presidente de la República, quien lo presidirá, el Ministro del Interior y de Justicia o su delegado, el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, un Ministro designado por el Presidente de la República en atención a los proyectos o asuntos puestos a consideración del Consejo, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, o su delegado, el Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado, y cinco miembros del sector privado designados por el Presidente de la República.

Adicionalmente, la disposición autoriza la creación de comités sectoriales con participación de la sociedad civil, el sector privado, organizaciones no gubernamentales y organismos multilaterales.

Finalmente, indica que a las sesiones del Consejo Directivo asistirá con voz, pero sin voto, el representante legal de la sociedad fiduciaria o consorcio fiduciario que administre el patrimonio autónomo.

2.7.2.1.2. El Departamento Nacional de Planeación justifica este diseño de la estructura de dirección y administración del Fondo de la siguiente forma: *“Esta composición busca asegurar que las decisiones sean del más alto nivel, que los criterios utilizados sean objetivos y no sujetos al interés prioritario de un sector ejecutivo específico, y que la austeridad y eficacia primen. De la misma forma, al abrir la participación al*

sector privado, se busca la complementariedad de los esfuerzos públicos y privados y del apalancamiento de recursos.” Añade que la participación de particulares en el direccionamiento de una entidad no es novedosa e incluso se permitió en el caso del FOREC. Finalmente, manifiesta que en el Consejo Directivo “(...) existe una presencia pública importante de reparticiones administrativas claves en la gestión de los recursos y en su direccionamiento. Es más, con el fin de garantizar su realce, en el decreto se prevé que la delegación sólo puede realizarse en ciertos cargos y no en todos los que tengan carácter directivo o asesor, como lo indica el artículo 9° de la Ley 489 de 1998.”

2.7.2.2. Examen de conexidad

A juicio de esta Corporación, la definición de la estructura de gobernación del Fondo Adaptación es necesaria para que pueda cumplir su cometido y, por tanto, guarda conexidad con las causas que originaron la emergencia.

2.7.2.3. Examen de necesidad e insuficiencia de los medios ordinarios

La Sala reitera que la definición de la estructura de dirección del Fondo es necesaria para que éste pueda cometer su cometido.

Además, es preciso recordar que, de conformidad con el artículo 150-7 de la Constitución, en tiempos de normalidad, corresponde al Legislador definir la estructura general de las entidades públicas, de modo que esta función debe ser ejercida por el Ejecutivo como legislador extraordinario en tiempos de emergencia. Si el Gobierno no hubiera fijado la estructura de gobernación del Fondo en el decreto bajo estudio, tendría que haber acudido al Congreso, lo que habría dilatado considerablemente el desarrollo del objeto del Fondo.

2.7.2.4. Examen de proporcionalidad

Para la Sala, el diseño de la estructura de dirección del Fondo es **proporcionado**, por las siguientes razones:

2.7.2.4.1. Según lo indicado por el Departamento Nacional de Planeación, el diseño de la estructura de la nueva entidad **persigue finalidades legítimas** a la luz de la Carta, tales como: **(i)** asegurar que las decisiones que se tomen en el Fondo sean del más alto nivel, **(ii)** garantizar que los criterios utilizados para la toma de decisiones sean objetivos y no sujetos al interés prioritario de un sector ejecutivo específico, y **(iii)** permitir la participación de los particulares para lograr complementariedad de los esfuerzos públicos y privados y el apalancamiento de recursos.

2.7.2.4.2. Para el logro de estos objetivos, el diseño de la estructura de gobierno del Fondo se muestra como una **medida idónea**, pues, de un lado, prevé la participación de altos funcionarios de Gobierno, y de otro, contempla la intervención de cinco miembros del sector privado designados por el Presidente de la República, así como la creación de comités sectoriales con participación de la sociedad civil, el sector privado, organizaciones no gubernamentales y organismos multilaterales.

2.7.2.4.3. Finalmente, a juicio de la Corte, el artículo 2° del Decreto Legislativo 4819 de 2010 **es proporcionado en estricto sentido**, teniendo en cuenta que, aunque impone un sacrificio de la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales, en especial de su garantía institucional de autogobernarse y gestionar sus propios intereses³¹, tal sacrificio halla justificación en la necesidad de coordinación de las acciones del Gobierno y actuar con mayor eficacia y eficiencia ante las magnitudes de la actual catástrofe. A continuación se analizan las razones de esta conclusión:

El artículo 1° de la Constitución señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista. Por su parte, el artículo 287 indica que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses **dentro de los límites de la Constitución y la ley**. Esa autonomía se traduce en garantías institucionales como la posibilidad de autogobernarse, ejercer las competencias que le corresponden, administrar sus recursos y participar en las rentas nacionales.

Como se indicó en la sección anterior, la Corte ha entendido que toda vez que los principios de autonomía y descentralización territorial deben ejercerse dentro de los límites de la Constitución, uno de los cuales es el principio de unidad, **intereses nacionales superiores pueden justificar la limitación excepcional de las garantías institucionales de las entidades territoriales**. En este caso, la necesidad de actuar con prontitud, coordinación, eficacia y eficiencia para atender las causas de la emergencia, justifica la limitación de la autonomía de las entidades territoriales y su exclusión de la estructura de la dirección del Fondo Adaptación.

El Legislador ordinario ya había considerado que en casos de desastres naturales como el que dio lugar a la presente emergencia, la necesidad de actuar con prontitud y de manera coordinada, justificaba la

³¹ En la sentencia C-837 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería, la Corte precisó que la garantía institucional de autogobierno y gestión de los intereses propios es uno de los elementos del núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales.

centralización de la toma de decisiones y la exclusión de la participación de las entidades territoriales de los escenarios de decisión nacional. Así, en el artículo 53 del Decreto 989 de 1989 se observa que en la conformación del Comité Nacional para la Atención y Prevención de Desastres no se incluyeron representantes de las entidades territoriales, lo que no significa que éstas hayan sido excluidas del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, pues su participación se garantiza en los comités regionales y locales, pero con una función consultiva y ejecutora (artículo 69 *ibídem*).

2.7.2.5. Conclusión

En este orden de ideas, la Sala declarará exequible el artículo 2 de Decreto 4819 de 2010.

2.7.3. Análisis de la constitucionalidad de los artículo 3° y 4°: Órganos de dirección

2.7.3.1. Contenido y justificación

El artículo 3 enuncia las funciones del Consejo Directivo del Fondo Adaptación, entre las que se encuentran: la adopción de planes y proyectos que deben ejecutarse con cargo a los recursos del Fondo, autorizar la contratación con personas públicas o privadas para la realización o ejecución de estudios, diseños, obras y en general, las demás actividades requeridas para el desarrollo de los planes y proyectos, aprobar los negocios fiduciarios, designar una firma de reconocido prestigio internacional para que ejerza la auditoría sobre los actos y contratos que realice el Fondo, rendir al Presidente de la República, informes mensuales de gestión y resultados, estructurar mecanismos de financiación con el fin de obtener recursos para la reconstrucción de las zonas afectadas con el fenómeno de la niña, autorizar la participación del Fondo en Esquemas de participación público-privada, identificar, estructurar y gestionar los proyectos, la ejecución de procesos contractuales, definir los mecanismos para la disposición y transferencia de recursos, adoptar el Plan de Acción preparado por los Comités a que se refiere el parágrafo 2° del artículo 2° del presente decreto, para la fase de recuperación, construcción y reconstrucción que se ejecutará para conjurar la crisis originada por el fenómeno de La Niña e impedir la extensión de sus efectos, darse su propio reglamento y las demás que se requieran para el cabal cumplimiento de los objetivos del Fondo y que sean asignadas por el Gobierno.

La Gerencia del Fondo y la asignación de sus competencias se encuentran consagradas en el artículo 4 del Decreto 4819 de 2010. El Gerente será designado por el Presidente de la República y tendrá la

función de ejecutar los planes y proyectos aprobados por el Consejo Directivo, actuar como representante legal del Fondo, realizar los negocios fiduciarios para el manejo de los recursos, solicitar y revisar los informes de auditoría que le sean presentados al Fondo sobre los actos y contratos que realice el mismo, expedir los certificados correspondientes a las donaciones recibidas, celebrar los contratos o convenios para la participación del Fondo en aquellos esquemas de participación público-privada aprobadas por el Consejo Directivo, celebrar los contratos necesarios para la ejecución de los esquemas de financiación estructurados por el Consejo Directivo, hacer seguimiento y asegurar el cumplimiento del Plan de Acción para la fase de recuperación, construcción y reconstrucción que sea aprobado por el Consejo Directivo y las demás que le sean asignadas por el Consejo Directivo o por el Gobierno Nacional.

2.7.3.2. Examen de conexidad

De la lista de funciones asignadas al Fondo, establecidas en el artículo 3, se colige que el Consejo Directivo es el órgano encargado de tomar las decisiones institucionales del Fondo. Además, el artículo 4 crea la Gerencia del Fondo para las acciones de recuperación, construcción y reconstrucción requeridas para el fenómeno de La Niña, que tendrá a cargo además de la representación legal del Fondo.

Considera la Sala que el establecimiento de un órgano de decisión de alta gerencia, en cabeza tanto del Consejo Directivo como de su gerente, permite el manejo eficiente y transparente de los recursos obtenidos para superar la emergencia e impedir la extensión de sus efectos y la planificación, ejecución y acompañamiento de los proyectos encaminados a la construcción, reconstrucción y rehabilitación de las zonas afectadas.

Además, existe una justificación de la necesidad del establecimiento de una estructura especial de gerencia. El Decreto 4819 de 2010 expresamente señala que *“resulta necesario establecer un mecanismo institucional para la estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición, transferencia y protección de recursos y demás acciones que se requieran en la etapa de recuperación, construcción y reconstrucción por el Fenómeno de “La Niña”, tendientes a la mitigación y prevención de riesgos y a la protección en lo sucesivo, de la población de las amenazas económicas, sociales y ambientales que están sucediendo”*.

En lo que toca con la **conexidad externa** con el Decreto 4580 de 2010 *“Por el cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública”*, el Consejo Directivo ejecutará los objetivos del Fondo de Adaptación que a su vez hacen

frente a las situaciones que dieron origen a la declaratoria y a los graves efectos que ésta produjo. Por su parte, el Gerente será el encargado de hacer cumplir las decisiones tomadas por el Consejo Directivo.

En efecto, en los numerales 1.6, 3.12 y 3.19 del Decreto declaratorio se señala:

“1.6. Que esta situación de calamidad pública puede en el futuro extender sus efectos a magnitudes cada vez mayores, de manera que se hace necesario adoptar medidas y construir obras para impedir definitivamente la prolongación de esta situación, y proteger en lo sucesivo a la población de amenazas económicas, sociales y ambientales como las que se están padeciendo.

3.12. Que es necesario adoptar medidas inmediatas de reparación y reconstrucción, de tal manera que las prioridades de las obras en concesión y las públicas realizadas directamente por el gobierno, sean viales, aeroportuarias, portuarias, férreas o fluviales, estén orientadas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, con el fin de que la actividad económica en las zonas afectadas, la movilidad y seguridad de las personas y el acceso a servicios sociales no continúen severamente perturbados.

3.19. Que por todo lo anterior es indispensable, dentro del marco de los considerandos anteriores, adoptar entre otras medidas, disposiciones legislativas en materia tributaria, presupuestal, de endeudamiento, control ambiental, contratación pública, procesales, expropiación de inmuebles y control fiscal, así como crear mecanismos necesarios para administrar recursos, a fin de proteger y garantizar los derechos de las personas afectadas, lograr la recuperación de la actividad productiva, el fortalecimiento institucional y financiero de la Nación, y adelantar las obras de infraestructura que permitan conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.”

En relación con la **conexidad interna**, existe una relación entre la creación de la institucionalidad y la organización operativa con las causas que dieron origen a la declaratoria de emergencia. En efecto, es necesario adoptar medidas inmediatas de reparación y reconstrucción, y para ello es necesario contar con un órgano de decisión, representado en la Junta Directiva del Fondo y además resulta indispensable determinar quien ejercerá su representación legal.

2.7.3.3. Examen de necesidad e insuficiencia de los medios ordinarios

En relación con la existencia de mecanismos ordinarios, el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y su estructura interna son insuficientes para hacer frente y contrarrestar los efectos de la calamidad, como se examinó en apartes previos. Por ello, la gravedad de la situación ameritaba crear un ente especial, con una estructura particular, que asegurara el cumplimiento de los fines de recuperación, construcción y reconstrucción de la infraestructura azotada por el invierno en materia de atención de emergencia y rehabilitación.

2.7.3.4. Examen de proporcionalidad

2.7.3.4.1. En relación con el **artículo 3 -Funciones del Consejo Directivo**, esta Sala también encuentra que las funciones asignadas al Fondo son necesarias y proporcionales al objeto del Fondo. En estos términos, permiten la rehabilitación, construcción y reconstrucción de infraestructura de una forma tal que se le dé solución a las causas de los daños actuales y los que pueda dejar la ola invernal producto del fenómeno de la Niña. En efecto, el Fondo no sólo hará frente a los problemas humanitarios y de emergencia, sino que debe tomar todas las acciones para que se restablezca toda la estructura no sólo al estado que se encontraba antes, sino previendo que dicha situación no vuelva a ocurrir.

Las funciones del Consejo Directivo (artículo 3) son necesarias para adelantar la tarea administrativa encomendada al Fondo. No obstante, es preciso hacer algunas aclaraciones. Veamos:

2.7.3.4.1.1. Numeral 4: *“Designar una firma de reconocido prestigio internacional para que ejerza la auditoría sobre los actos y contratos que realice el Fondo.”*

Para la Corte, si bien es posible que la autoridad contrate con entidades privadas la vigilancia de la gestión fiscal del Estado, debe precisarse que ello tan sólo es admisible si se entiende y aplica sin perjuicio del control fiscal posterior a cargo de la Contraloría General de la República.

El numeral 2 del artículo 267 de la Constitución expresamente autoriza, de manera excepcional, esta figura en los siguientes términos:

“ARTICULO 267°—El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Ésta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. (...)"

Es decir, la norma constitucional establece cuatro condiciones para permitir tal figura: (i) sólo podrá hacerse para casos excepcionales, (ii) la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas, (iii) escogidas por concurso público de méritos, y (iv) contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

Esta Sala considera que efectivamente la figura que aquí se analiza, se encuentra justificada y es necesaria y proporcional para el cumplimiento de fines encomendados al Fondo. En este sentido, nos encontramos ante una situación especial en donde la magnitud del daño, radica en cabeza del Fondo la administración de un gran flujo de recursos, provenientes no sólo del patrimonio público, sino de donaciones de particulares y de recursos de cooperación internacional y nacional, y por tanto, amerita el establecimiento de controles reforzados. Esto también explica que el decreto en revisión exija que la firma cuente con un amplio prestigio internacional, en razón a que serán administrados recursos de diversas fuentes, inclusive de Gobiernos y organizaciones internacionales.

Sin embargo, en razón a que en que en los estados de excepción, el legislador extraordinario también se encuentra sometido y limitado por las prescripciones constitucionales, esta facultad debe cumplir los requerimientos exigidos por el artículo 267 Constitucional.

Esta precisión la hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-218 de 1999³², por medio de la cual se estudió la constitucionalidad del Decreto Legislativo 197 del 30 de enero de 1999, "Por el cual se crea un Fondo para la Reconstrucción de la Región del Eje Cafetero

³² M.P José Gregorio Hernández Galindo

afectada por el terremoto del 25 de enero de 1999- FOREC" y en el cual se le asigna esta misma función al Consejo Directivo.

2.7.3.4.1.2. Numeral 5: Rendir al Presidente de la República, informes mensuales de gestión y resultados.

En concordancia con lo expuesto anteriormente, el artículo 267 de la Constitución establece que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un *“control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”*. Por ello, debe aclararse que tal presentación de informes debe realizarse sin perjuicio de las atribuciones dadas por el ordenamiento superior al Contralor General de la República. Es por ello que en términos de la referida sentencia C-218 de 1999 *“que los informes al Presidente de la República permitirán que éste verifique la gestión y los resultados del Fondo desde una perspectiva de carácter administrativo, que no suople la función de control fiscal propia de la Contraloría, y que no la sustituye ni la desplaza.”*

Las demás funciones del Consejo Directivo –autorizar la contratación con personas públicas o privadas para la realización o ejecución de estudios, diseños, obras y en general, las demás actividades requeridas para el desarrollo de los planes y proyectos; aprobar los negocios fiduciarios; estructurar mecanismos de financiación con el fin de obtener recursos para la reconstrucción de las zonas afectadas con el fenómeno de la niña; autorizar la participación del Fondo en Esquemas de participación público-privada; identificar, estructurar y gestionar los proyectos, la ejecución de procesos contractuales, definir los mecanismos para la disposición y transferencia de recursos, adoptar el Plan de Acción preparado por los Comités a que se refiere el parágrafo 2° del artículo 2° del presente decreto, para la fase de recuperación, construcción y reconstrucción que se ejecutará para conjurar la crisis originada por el fenómeno de La Niña e impedir la extensión de sus efectos, darse su propio reglamento y las demás que se requieran para el cabal cumplimiento de los objetivos del Fondo- se ajustan a la Constitución, en razón a que permiten el funcionamiento operativo y administrativo de las labores encomendadas al Fondo.

2.7.3.4.1.3. Respecto del artículo 4 -Gerencia del Fondo, en primer lugar, esta Sala considera que no desconoce la Constitución la designación por parte del Presidente de la República, de la Gerencia del Fondo. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 189, numeral 13, de la Carta Política, el Presidente de la República nombra a quienes deban desempeñar empleos nacionales *"cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley"*. En este caso, el Decreto tiene la fuerza material de ley que autoriza al Presidente a su nombramiento.

El parágrafo 2 del artículo 4 del Decreto 4819 de 2010 guarda silencio sobre la naturaleza jurídica del cargo de Gerente del Fondo. Por ello, resulta necesario señalar que en razón de las funciones que se le asignan a éste, ha de entenderse que es un particular que cumple funciones públicas con todas las incompatibilidades y responsabilidades que de ello se deriva. Lo anterior, en razón de las importantes funciones que realiza, entre las que se encuentran, el manejo de recursos públicos, la representación legal del Fondo, la facultad de ordenación de gastos e inversiones y la autorización para celebrar contratos estatales y todas las demás funciones asignadas por el artículo 4 del Decreto.

En lo que tiene que ver con las tareas asignadas a la Gerencia, éstas hacen parte de la necesidad operativa de las decisiones del Consejo Directivo del Fondo. En efecto, a partir de allí se cristalizan todos los lineamientos y su objeto reside en desarrollar las acciones de recuperación, construcción y reconstrucción requeridas.

2.7.3.5. Conclusión

En este orden de ideas, la Sala declarará exequible los artículos 3 y 4 del Decreto 4819 de 2010.

2.7.4. Juicio de constitucionalidad del artículo 5°: Patrimonio y administración de los recursos

2.7.4.1. Contenido y justificación

El artículo 5 enuncia los recursos que harán parte del patrimonio del Fondo entre los que se encuentran: las partidas que se le asignen en el presupuesto nacional, los recursos provenientes de crédito interno y externo, las donaciones que reciba para sí, los recursos de cooperación nacional o internacional, los recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades, los demás recursos que obtenga o se le asignen a cualquier título. El parágrafo 1 agrega que tales recursos serán administrados por el Fondo a través de patrimonios autónomos y serán inembargables. El parágrafo 2 dispone que con estos recursos se atenderán los procesos de contratación y ejecución de los proyectos contenidos en el Plan de Acción, los gastos operativos y administrativos para su funcionamiento, lo relacionado con los estudios de diseños y estructuración de proyectos y demás gastos tales como subsidios, garantías e indemnizaciones.

2.7.4.2. Examen de conexidad

La constitución del patrimonio del Fondo y la necesidad de distintas fuentes de financiamiento guarda relación interna y externa con las causas que dieron origen a la declaratoria de emergencia y se encuentra justificada en las acciones que debe emprender el Fondo para la etapa de reconstrucción de las zonas afectadas por la emergencia invernal.

2.7.4.3. Examen de necesidad e insuficiencia de los medios ordinarios

Cabe señalar que el numeral 7 del artículo 150 Superior. dispone que corresponde al Legislador determinar la estructura de la administración nacional, incluyendo los recursos que la conforman. Por esta razón, resultaba necesaria la expedición de un Decreto Legislativo que determinará los recursos que hacen parte del Fondo, su destinación y administración, así como su carácter de inembargables.

2.7.4.4. Examen de proporcionalidad

En relación con la conformación del patrimonio, cabe señalar que el artículo 83 del Decreto 111 de 1996. Estatuto Orgánico del Presupuesto, dispone que los decretos de estado de excepción constituyen la fuente del gasto público en relación con las partidas necesarias para atender la emergencia.

Las fuentes de financiación establecidas en el Decreto no merecen reproche alguno. Debe hacerse especial mención a la transferencia de recursos del Fondo Nacional de Calamidades al Fondo de Adaptación. En efecto, la transferencia de recursos de una entidad creada por Ley a otra debe hacerse con autorización legal. En este caso, dicha transferencia fue autorizada por el legislador extraordinario en el artículo 4 del Decreto 4702 de 2010, modificado por el artículo 1 del Decreto 4830 de 2010, por el que se modificaron algunas normas del Decreto Ley 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989.

En relación con la ausencia de operación presupuestal, es necesario señalar como se hizo en las sentencias C-193 y C-194 de 2011, que el hecho de no requerirse operación presupuestal no implica que tales movimientos no requieran del registro presupuestal. En ese orden, ha de entenderse que las transferencias que se autorizan en el artículo en comento han de tener su correspondiente registro, tal como expresamente se analizará en relación con el artículo 6.

En punto a la inembargabilidad, es el legislador, en este caso el extraordinario, quien puede determinar los bienes que no pueden ser embargados. En el presente asunto, tal medida es absolutamente proporcional y necesaria para que los recursos del Fondo sean utilizados e invertidos en la recuperación de las zonas afectadas. En

efecto, en una situación de emergencia la paralización de los recursos en razón de una orden de embargo puede afectar gravemente las labores encomendadas.

En lo relacionado con la utilización de los recursos y su administración a través de fiducias, considera esta Sala que estas medidas se dirigen a asegurar que el importante caudal de recursos sean efectivamente invertidos en el proceso de identificación, estructuración y gestión de proyectos, por tanto, la constitución de fiducias se ajusta a la Constitución.

2.7.4.5. Conclusión

En este orden de ideas, la Sala declarará exequible el artículo 5 de Decreto 4819 de 2010.

2.7.4.6. Examen del artículo 6°: Transferencia de los recursos del Fondo Adaptación

2.7.4.6.1. Vigencia del artículo 6 del Decreto 4819 de 2010. El artículo 6 del Decreto en estudio, fue modificado, en su integridad, por el artículo 4 del Decreto 142 de 2011. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la derogación de una norma exime al juez constitucional de pronunciarse sobre su exequibilidad.

Sin embargo, una vez se produjo la declaración de inexecutable de Decreto 020 de 2011 *“Por medio del cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional hasta el 28 de enero de 2011, con el fin de conjurar la grave calamidad pública e impedir la extensión de sus efectos”*, con fundamento en el cual se expidió el Decreto 142 de 2011, se hace necesario analizar si el artículo 6 recobró vigencia y si la Corte está en la obligación de ejercer control sobre la misma.

2.7.4.6.2. La necesidad de revivir el artículo 6 del Decreto 4819 de 2010.

La jurisprudencia reciente de esta Corporación, sentencia C-402 de 2010³³, después de un análisis de las distintas posturas que ha adoptado la Corte Constitucional en relación con si la declaración de inexecutable revive la norma derogada por el precepto excluido del ordenamiento jurídico, llegó a la conclusión que no siempre implica *“la reviviscencia de normas derogadas”*, pues para ello es necesario establecer: **i)** si el vacío normativo es de tal entidad que el orden constitucional se pueda ver afectado y **ii)** efectuar una ponderación entre los principios de justicia y seguridad jurídica.

³³ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Frente a la oportunidad procesal constitucional para determinar si se revive o no una norma derogada, se dijo en el fallo en comento que no existe un término o etapa específica para esa decisión, por cuanto se puede adoptar en la misma providencia en la que se determina la inexecutableidad, si la Corte así lo juzga necesario, o, posteriormente, cuando deba controlar el precepto derogado, una vez se haga uso de la acción pública de inexecutableidad.

En el caso de la referencia, es claro que la declaración de inexecutableidad del Decreto 020 de 2011, la cual se hizo sin ningún condicionamiento en el fallo C-216 de 2011, ha de generar la inexecutableidad por consecuencia del Decreto 142 de 2011³⁴. Por tanto, se hace necesario establecer si la norma sobre transferencia de recursos debe ser revivida. Veamos:

El artículo 6 original del decreto en estudio, regulaba la transferencia de recursos del Fondo Adaptación a entes públicos y privados señalando las condiciones para dicha operación.

La transferencia de recursos por parte del Fondo Adaptación, es una de las finalidades de esta entidad, según se lee en el artículo, transferencia que ante la declaración de inexecutableidad del Decreto 142 de 2011 queda sin sustento ni requisitos, cuestión que para la Corte genera un vacío que atenta contra el principio de legalidad, toda vez que la transferencia de recursos públicos de un órgano a otro debe contar con una autorización expresa, es decir, un título legítimo, en los términos del Decreto 111 de 1996, que de no existir, impedirá la operatividad misma del ente que crea el decreto en revisión, porque siendo de la esencia de la nueva entidad pública la transferencia de recursos para lograr entre otras *“la recuperación, construcción y reconstrucción de la infraestructura de transporte, de telecomunicaciones, de ambiente, de agricultura, de servicios públicos, de vivienda, de educación, de salud, de acueductos y alcantarillados, humedales, zonas inundables estratégicas, rehabilitación económica de sectores agrícolas, ganaderos y pecuarios afectados por la ola invernal y demás acciones que se requieran con ocasión del fenómeno de “La Niña”* dicha función debe tener unos requisitos que, de no existir, pueden afectar los objetivos del fondo, el cual fue creado, entre otras, para contrarrestar los efectos de la mencionada ola invernal.

En ese orden de ideas, como la transferencia de recursos es indispensable para dar cumplimiento a los fines mismos del Fondo Adaptación y lograr la satisfacción de los derechos fundamentales de quienes se vieron y se verán afectados por la ola invernal producida por el fenómeno de la Niña, esencia de la declaración de emergencia, es

³⁴ En sentencia C-264 de 2011, se declaró la inexecutableidad del Decreto 142 de 2011.

necesario concluir que la norma derogada es fundamental para el cumplimiento de las funciones del fondo, hecho que justifica que reviva, por cuanto el nuevo ente no tendría sentido o, por lo menos, su importancia se vería disminuida, si no cuenta con un título jurídico para efectuar la transferencia de recursos que haga posible el cumplimiento de las funciones a él asignadas.

En consecuencia, la Sala Plena debe pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 6 original del Decreto en estudio.

2.7.4.6.3. Examen de necesidad, conexidad e insuficiencia de los medios ordinarios

El artículo 6 establece que el Fondo podrá transferir recursos a entidades públicas del orden nacional o territorial y a entidades privadas para ser administrados por éstas, sin que para ello se requiera operación presupuestal. Igualmente dispone que en el documento que ordene la transferencia, se debe indicar de manera expresa la destinación de los recursos, los cuales se girarán a cuentas abiertas especialmente para la atención de la emergencia invernal, las cuales estarán exentas de cualquier gravamen.

Igualmente, le entrega al Consejo Directivo del Fondo la facultad de reglamentar las condiciones en que se realizarán las transferencias, el control de su utilización, previa aprobación de un plan de inversiones. Así mismo, le asigna al jefe de la entidad a la que se le efectuó la transferencia, la responsabilidad sobre la administración de los recursos transferidos.

Finalmente, señala que las cuentas en las que se reciban las transferencias estarán exentas de cualquier gravamen y que las entidades públicas del orden nacional o territorial podrán transferir recursos a los patrimonios autónomos que autoriza el mismo decreto.

En el numeral anterior, se dejaron expresadas las razones por las cuales el artículo referente a las transferencias por parte del Fondo Adaptación es necesario para su funcionamiento y cumplimiento de objetivos.

Igualmente, es clara su relevancia tanto externa como interna con las causas que originaron la emergencia como aquellas que dieron origen a la creación del fondo en estudio.

No obstante, el juicio de necesidad impone hacer algunas salvedades que, frente a preceptos con el mismo contenido normativo del que ahora es objeto de análisis, ha efectuado esta Sala recientemente. Veamos:

2.7.4.6.3.1. Transferencia a entidades privadas. Esta transferencia ha sido condicionada en otros pronunciamientos de la Sala, relativos a la emergencia, a que las entidades privadas destinatarias de recursos públicos deben tener un objeto social directamente relacionado con actividades destinadas a atender la emergencia invernal. Sobre el particular, en sentencia C- 193 de 2011, se consideró lo siguiente:

“..., considera la Corte que la expresión “entidades privadas” contenida en el inciso primero del artículo 14 del decreto 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 del Decreto Ley 919 de 1989, modificado por el Decreto 4702 de 2010, se refiere únicamente a aquellas cuyo objeto social tenga relación directa con las actividades que se requieran para atender la emergencia que se requiere superar; por lo que se condicionará en ese sentido su exequibilidad.”

Ese mismo condicionamiento se reiteró en la sentencia C-194 de 2011, cuando se efectuó el control del inciso primero del artículo 14 del Decreto Legislativo 4830 del 29 de diciembre de 2010, *“Por el cual se modifica el decreto 4702 de 2010”*.

2.7.4.6.3.2. La expresión “sin que para ello se requiera operación presupuestal alguna”.

El inciso primero del artículo 6 dispone que el Fondo Adaptación transferirá a entidades públicas nacionales o territoriales y privadas para su administración recursos *“sin que para ello se requiera operación presupuestal alguna”*. En sentencia C-193 de 2011, se condicionó esa expresión, referida en ese entonces al Fondo Nacional de Calamidades, a que se entendiera que no se estaba eximiendo de la obligación de realizar registros contables, por cuanto los mismos son necesarios para que exista certeza y transparencia en el manejo de los recursos que el Fondo Adaptación ha de transferir a entidades tanto públicas como privadas. En consecuencia, el que el artículo 6 no exija operación presupuestal no implica que el correspondiente registro presupuestal no se efectúe, y a esa obligación se condicionará la exequibilidad del artículo bajo análisis.

2.7.4.6.3.3. La expresión “cuentas abiertas”

El artículo 6 determina, igualmente, que en materia de transferencias del Fondo Adaptación a entidades públicas y privadas, se indicará en el documento correspondiente la destinación de los recursos, los que han de girarse *“a cuentas abiertas”*. La Sala, en las sentencias C-193 y C-194 de 2011, consideró que esta expresión es ambigua, además de no garantizar la transparencia en el manejo de los recursos destinados a los afectados por la ola invernal, motivo por el cual condicionó su

exequibilidad a que estas cuentas sean “*especiales y separadas*”, para garantizar un manejo transparente y adecuado de los recursos destinados a atender las causas y efectos de la ola invernal.

En ese orden de ideas, el condicionamiento que se efectuó en los mencionados fallos debe hacerse en el presente caso, tal como efectivamente se hará en la parte resolutive de esta providencia.

2.7.4.7. Las medidas adoptas en los decretos de emergencia se deben aplicar en las zonas y municipios afectados a que se refiere el decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010.

La Sala Plena estima igualmente necesario advertir que la constitucionalidad de las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo sometido a su revisión, sólo pueden ser aplicadas en y para aquellas zonas y municipios afectados por la ola invernal producto del Fenómeno de la Niña. En efecto, los recursos económicos dirigidos y creados mediante la adopción de diversos decretos legislativos, al igual que las estructuras burocráticas creadas o modificadas mediante normas de excepción, como sucede en el presente caso, deben apuntar exclusivamente a atender las necesidades apremiantes de aquellas zonas y municipios afectados por los hechos descritos en el Decreto Legislativo 4580 de 2010. En otras palabras, con prescindencia del lugar en donde se encuentren ubicadas las instituciones competentes para girar los recursos económicos, al igual que el sitio en donde se celebren los contratos relacionados con la ola invernal, lo que debe quedar claro es que los recursos económicos deben ser ejecutados exclusivamente en aquellas zonas y municipios afectados por la ola invernal. El anterior condicionamiento deriva del principio de conexidad material.

2.7.4.8. Examen de proporcionalidad

Tal como se analizó en la sentencia C-193 de 2011, las fuentes de financiación establecidas en el decreto que ahora se revisa no merecen reproche alguno. Debe hacerse especial mención a la transferencia de recursos del Fondo Nacional de Calamidades al Fondo de Adaptación. En efecto, la transferencia de recursos de una entidad creada por Ley a otra debe hacerse con autorización legal. En este caso, dicha transferencia fue autorizada por el legislador extraordinario en el artículo 4 del Decreto 4702 de 2010, modificado por el artículo 1 del Decreto 4830 de 2010, por el que se modificaron algunas normas del Decreto Ley 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989. Allí se faculta al Fondo Nacional de Calamidades para transferir recursos a otras entidades públicas, sin requerimiento de operación presupuestal alguna.

En relación con la ausencia de operación presupuestal, es insiste en que en las sentencias C-193 y C-194 de 2011, se estableció que el hecho de no requerirse operación presupuestal no excluye la exigencia de registro, y a ello se condicionará el artículo en análisis.

2.7.4.9. Conclusión

El artículo 6 del Decreto Legislativo 4819 de 2010, se declarará exequible bajo las siguientes condiciones: (i) las transferencias a las que él se refiere sólo pueden hacerse a entidades privadas cuya competencia u objeto social tengan relación directa con las actividades que se requieran para atender la emergencia; (ii) la expresión “*sin que para ello se requiera operación presupuestal alguna*”, no exime de la obligación de realizar registros contables y (iii) la expresión “*cuentas abiertas especialmente*” se refiere a cuentas especiales y separadas.

2.7.4.10. Examen del artículo 7°: Régimen contractual

2.7.4.10.1. Contenido y justificación

El artículo 7 del Decreto 4819 de 2010 establece el régimen de los contratos celebrados por el Fondo para el cumplimiento de su objeto, así:

“Artículo 7°. Régimen Contractual. Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública.

“Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará todas las condiciones para la contratación del Fondo que permitan mayor eficiencia en la recuperación, construcción y reconstrucción por el fenómeno de "La Niña", garantizando el cumplimiento de los principios constitucionales y legales citados en el presente artículo.”

La anterior disposición implica que: (i) los contratos que celebre el Fondo Adaptación para el cumplimiento de su objeto se someterán al derecho privado, es decir, no estarán sujetos a las reglas de contratación estatal, sin importar ni su índole ni cuantía, (ii) que estarán vinculados por los principios de la función administrativa y de control fiscal

(artículos 209 y 267 de la Constitución), (iii) en su desarrollo se dará aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993, es decir, al establecimientos de cláusulas excepcionales y (iv) en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 estarán excepcionados del Estatuto General de la Administración Pública.

Por otra parte, cabe señalar que la norma no hace distinción alguna y por tanto, este tipo de contratación, exenta de los requisitos especiales de la contratación estatal, se entiende que ha de aplicarse para todo el término de vigencia del fondo, asunto que será analizado más adelante.

2.7.4.10.2. Examen de conexidad

En los considerandos 3.12 y 3.19 del Decreto 4580 de 2010, “*Por el cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública*”, el Gobierno aduce la necesidad de tomar medidas especiales de contratación estatal. En términos del Decreto declaratorio se advierte:

“3.12. Que es necesario adoptar medidas inmediatas de reparación y reconstrucción, de tal manera que las prioridades de las obras en concesión y las públicas realizadas directamente por el gobierno, sean viales, aeroportuarias, portuarias, férreas o fluviales, estén orientadas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, con el fin de que la actividad económica en las zonas afectadas, la movilidad y seguridad de las personas y el acceso a servicios sociales no continúen severamente perturbados.”

3.19. Que por todo lo anterior es indispensable, dentro del marco de los considerandos anteriores, adoptar entre otras medidas, disposiciones legislativas en materia tributaria, presupuestal, de endeudamiento, control ambiental, contratación pública, procesales, expropiación de inmuebles y control fiscal, así como crear mecanismos necesarios para administrar recursos, a fin de proteger y garantizar los derechos de las personas afectadas, lograr la recuperación de la actividad productiva, el fortalecimiento institucional y financiero de la Nación, y adelantar las obras de infraestructura que permitan conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.”

Esta misma motivación es reproducida en el Decreto 4819 de 2010. Allí se sostiene que es indispensable adoptar “*disposiciones legislativas en materia tributaria, presupuestal, de endeudamiento, control ambiental, contratación pública, procesales, expropiación de*

inmuebles y control fiscal, así como crear mecanismos necesarios para administrar recursos (...)”, agregan que resulta necesario “*establecer un mecanismo institucional para la estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición, transferencia y protección de recursos y demás acciones que se requieran en la etapa de recuperación, construcción y reconstrucción por el Fenómeno de "La Niña", tendientes a la mitigación y prevención de riesgos y a la protección en lo sucesivo, de la población de las amenazas económicas, sociales y ambientales que están sucediendo.*” (subraya fuera del texto)

Es decir, efectivamente el artículo 7 del Decreto 4819 de 2010 desarrolla los objetivos del Decreto 4580 de 2010 y por tanto, guarda conexidad externa con las herramientas necesarias para hacer frente a la crisis. Por otra parte, en relación con la conexidad interna esta Sala considera que, en principio, la adopción de un régimen de contratación para hacer frente en forma eficiente a las necesidades generadas por el Fenómeno de La Niña, guarda conexidad con los hechos y causas de la crisis, y permite al Estado adquirir los bienes y servicios necesarios para superar la emergencia. No obstante, tal como lo ha señalado esta Sala en otras providencias, sentencias C-193 y C-194 de 2011, el régimen especial de contratación que se ha diseñado para afrontar esta emergencia, no puede mantenerse indefinidamente en el tiempo, razón por la que se ha considerado razonable establecer un límite temporal, el cual se ha fijado en el 31 de diciembre de 2014. Este período se ha considerado más que prudencial para que, entre otros, el Fondo Adaptación haga la planeación necesaria para el cumplimiento de sus objetivos y estructure las contrataciones que se requieren bajo la modalidad excepcional que consagra el decreto objeto de revisión. Finalizado ese período, se entiende que el Fondo deberá recurrir a las normas ordinarias de contratación.

En estos términos, considera esta Sala que no hay razón alguna que justifique la existencia de un régimen especial de contratación indefinido en el tiempo.

En efecto, la conexidad implica “*la constatación de un nexo causal entre las situaciones que de manera **mediata e inmediata** han dado origen a la declaratoria del estado de excepción y la materia regulada por los decretos legislativos correspondientes*”³⁵ Además, resulta necesario que las medidas estén encaminadas **exclusiva y específicamente** a la superación de las causas que dieron lugar a la declaratoria de emergencia y a evitar la extensión de sus efectos. No obstante, el Gobierno no explicó por qué se hacía necesario excepcionar la aplicación del Estatuto de la Contratación indefinidamente, cuando

³⁵ C-145 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

para la Sala resulta evidente que el Gobierno Nacional sólo requiere de un periodo razonable y prudencial para el efecto, en el que la planeación y contratación serán vitales, después de este término, el Gobierno ha de recurrir a las normas ordinarias.

2.7.4.10.3. Examen de necesidad e insuficiencia de los medios ordinarios

Las mismas consideraciones pueden hacerse en relación con la suficiencia de mecanismos ordinarios. En efecto, en los primeros años de aplicación de estas normas de excepción se hace necesaria la inaplicación del Estatuto General de Contratación, por cuanto él no es idóneo para hacer frente a todas las necesidades que ha generado y ha de generar el Fenómeno de La Niña, no obstante, esa excepcionalidad debe ser temporal y no mantenerse en el tiempo, razón por la que la Sala insiste en que la contratación por el Fondo Adaptación, por fuera de los causes de la Ley 80 de 1993 y normas modificatorias, sólo es razonable si tiene un límite en el tiempo, límite que se repite, termina el 31 de diciembre de 2014.

2.7.4.10.4. Examen de proporcionalidad

El examen de proporcionalidad, en este caso, está delimitado por las razones que antes se expusieron. Es decir, que Sala considera que la excepción a la contratación se justifica, es decir, sólo es necesaria y proporcional en la medida que tenga un límite en el tiempo, es decir, el 31 de diciembre de 2014.

En estos términos, la medida que implementa el precepto acusado, permite que los proyectos a que hace referencia el decreto, no se sometan ni a los principios de la contratación estatal ni a todas aquellas disposiciones establecidas en el Estatuto General de Contratación.

Con la limitación explicada, se ha de entender que la medida es proporcional en sentido estricto. La Corte ha considerado que en los estados de excepción las medidas que restrinjan derechos sólo serán admisibles “*en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad*”. Por ello, la inaplicación de la contratación pública sólo es proporcional si se entiende limitada en el tiempo, sin la limitación expuesta, se sacrificarían importantes principios constitucionales.

Igualmente, es necesario advertir, como se hizo en las sentencias C-193 y C-194 de 2011, que las facultades otorgadas al Consejo Directivo del Fondo Adaptación, en el sentido de reglamentar las cuantías y casos en los cuales será necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública, es contrario a la Constitución, por cuanto la facultad reglamentaria corresponde, por regla general, al

Presidente de la República y excepcionalmente a otros órganos del Estado expresamente facultados para ello en la Constitución Política, como sucede, por ejemplo, con la Contraloría General de la República, el Consejo Nacional Electoral, entre otros³⁶.

En ese orden de ideas, no cualquier órgano o entidad que se cree en el Estado puede ser titular de dicha función, razón por la que se debe declarar la inexequibilidad del siguiente aparte del artículo 7: *“El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública.”*

2.7.4.10.5. Conclusión

El artículo 7 del Decreto Legislativo 4819 de 2010, se declarará exequible bajo el entendido que el régimen de contratación al que allí se alude sólo podrá tener vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014 y que el aparte según el cual *“El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública”*, es contrario a la Constitución, razón por la que se declarará **INEXEQUIBLE**.

2.7.4.11. Examen del artículo 8º: Comités de ética

2.7.4.11.1. Contenido y justificación

El artículo 8 dispone la creación de Comités de Ética para el control de la adecuada destinación y ejecución de los recursos, mientras se supera la situación que dio lugar a la declaración de emergencia. La Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y el Sistema de Control Fiscal actuarán de manera articulada para la vigilancia del manejo de los recursos estatales. La norma permite acudir a empresas de auditoría nacional e internacional de amplia reconocida trayectoria para auditar los recursos. De la misma manera, la disposición permite crear un Comité de Ética y seguimiento compuesto por representantes de diferentes sectores de la sociedad.

2.7.4.11.2. Examen de conexidad

En relación con la conexidad interna y externa, la creación del Comité guarda relación con el objeto de la declaratoria de emergencia económica, ecológica y social, así como con el cabal cumplimiento de los objetivos asignados al Fondo Adaptación. Así, este mecanismo permite ejercer un control sobre la destinación e inversión de los recursos, evitando la corrupción y el despilfarro.

³⁶ Sobre el particular se pueden consultar las sentencias C-805 de 2001 y C-913 de 2010.

2.7.4.11.3. Examen de necesidad e insuficiencia de los medios ordinarios

Esta Sala considera que, a pesar de existir mecanismos de control en cabeza tanto de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la Nación, las importantes funciones del Fondo y la magnitud de los recursos que serán utilizados por éste, justifican medidas adicionales como la auditoría a la que se refiere el precepto que aquí se analiza, que garanticen que éste cumpla de forma efectiva los objetivos que le han sido encomendados.

2.7.4.11.4. Examen de proporcionalidad

La Sala considera que estas medidas resultan necesarias para asegurar el buen manejo de los recursos e implican la articulación de todas las entidades de control tanto fiscal como disciplinario. Cabe señalar que este control también debe ejercerse sin perjuicio del control posterior que constitucionalmente se le asigna a la Contraloría General de la República.

En ese sentido, la autorización que hace el inciso 2 del artículo 8 del Decreto 4819 de 2010 para contratar auditorías externas, si bien cumple con el requisito de la excepcionalidad, debe observar las exigencias que imponen las normas constitucionales, entre ellas, el artículo 267, pues su inobservancia generará las responsabilidades correspondientes.

2.7.4.12. Examen del artículo 9º: Vigencia

Esta norma se limita a determinar la vigencia del decreto, que no es otra que a partir de la fecha de su publicación, asunto éste que no genera ninguna duda constitucional, dado que sigue los parámetros ordinarios de la entrada en vigor de las normas con fuerza de Ley, razón por la que se declarará su exequibilidad.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Declárense **EXEQUIBLES** los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 8º y 9º del Decreto Legislativo 4819 del 29 de diciembre de 2010, “*Por el cual se crea el Fondo Adaptación*”.

SEGUNDO.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 6º del Decreto Legislativo 4819 del 29 de diciembre de 2010, bajo el entendido que: (i) las transferencias sólo pueden hacerse a entidades públicas y privadas cuya

competencia u objeto social tenga relación directa con las actividades que se requieran para atender la emergencia; (ii) la expresión “*sin que para ello se requiera operación presupuestal alguna*”, no exime de la obligación de realizar registros contables y (iii) la expresión “*cuentas abiertas especialmente*” se refiere a cuentas especiales y separadas.

TERCERO.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 7° del Decreto Legislativo 4819 del 29 de diciembre de 2010, “*Por el cual se crea el Fondo Adaptación*”, bajo el entendido que el régimen contractual allí previsto tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, inclusive, salvo la expresión “*El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública*”, la cual se declara **INEXEQUIBLE**.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA
A LA SENTENCIA C-251/11**

Referencia: expediente RE-179

Asunto: Revisión oficiosa de
constitucionalidad del Decreto Legislativo
4819 de 2010, “Por el cual se crea el
Fondo Adaptación”

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito salvar parcialmente mi voto a la presente sentencia, en la cual se decidió (i) declarar exequibles los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 8º y 9º del Decreto Legislativo 4819 de 2010, “*Por el cual se crea el Fondo Adaptación*”; (ii) declarar exequible el artículo 6º del Decreto Legislativo 4819 de 2010, “*bajo el entendido que: (i) las transferencias sólo pueden hacerse a entidades públicas y privadas cuya competencia u objeto social tenga relación directa con las actividades que se requieran para atender la emergencia; (ii) la expresión “sin que para ello se requiera operación presupuestal alguna”, no exime de la obligación de realizar registros contables y (iii) la expresión “cuentas abiertas especialmente” se refiere a cuentas especiales y separadas*”; y (iii) declarar exequible el artículo 7º del Decreto Legislativo 4819 del 2010, “*por el cual se crea el Fondo Adaptación*” “*bajo el entendido que el régimen contractual allí previsto tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, inclusive, salvo la expresión “El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública”, la cual se declara inexecutable*”.

La razón de mi disenso parcial frente al presente fallo, se fundamenta en los siguientes argumentos:

1. Si bien comparto que el Presidente de la República cuenta con las facultades constitucionales para crear nuevas entidades, considero que en la presente providencia no se logra demostrar que el Decreto 4819 de 2010 cumple con los requisitos de necesidad y suficiencia, de conformidad con lo exigido por el artículo 215 Superior. Lo anterior, en razón a que no se comprueba que la creación de otra entidad, en este caso el “*Fondo Adaptación*”, para atender la emergencia generada por la ola invernal, sea realmente necesaria e imperiosa, y que los mecanismos jurídicos e institucionales ya existentes, tales como el Fondo Nacional de Calamidades,

sean insuficientes para cumplir con las finalidades que se aducen como fundamento para la creación de la nueva institución. Tales finalidades, que en nuestro criterio cumplen los mecanismos y la institucionalidad ya existentes, se refieren a la centralización de las funciones y de los recursos, así como a la coordinación de las funciones en materia de atención de desastres naturales. En este mismo sentido, se evidencia que también existen otros mecanismos ordinarios e instituciones tales como el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, la Dirección de Gestión del Riesgo para la Atención de Desastres, el Plan Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, el Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, y un Comité Técnico Nacional, todos los cuales constituyen herramientas jurídicas e institucionales operantes que en nuestro criterio pueden resultar suficientes para atender la emergencia originada por la ola invernal.

En consecuencia, a juicio de este magistrado, si bien se afirma la necesidad e insuficiencia de los instrumentos jurídicos e institucionales existentes, no se comprueba dicho aserto.

2. En segundo lugar, el disenso parcial del suscrito magistrado se refiere también a algunas consideraciones y condicionamientos que se incluyen, o que debieron incluirse, en la parte resolutive de esta sentencia, como se explica a continuación:

(i) Considero que las disposiciones del Decreto Legislativo 4819 de 2010 debieron restringirse a las fases de atención de emergencia y rehabilitación, ya que para las fases de reconstrucción y construcción, el Gobierno cuenta con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo territorial, de conformidad con el art. 339 Superior. De esta manera, a mi juicio ha debido condicionarse el art. 1 del Decreto bajo estudio, en el sentido de que este Decreto se aplicará solamente para las fases de atención de emergencia y rehabilitación, tal y como lo ha venido condicionando esta Corporación en el control de constitucionalidad de los decretos de emergencia que desarrollan el Decreto 4580 de 2010 que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, con el fin de conjurar la grave calamidad pública e impedir la extensión de sus efectos.

(ii) De otra parte, encuentro que las facultades de contratación consagradas en el artículo 7° del Decreto Legislativo 4819 de 2010 deben restringirse exclusivamente para la fase de emergencia, por cuanto para la contratación en las demás fases el Gobierno cuenta con los mecanismos ordinarios previstos en la regulación de la contratación pública prevista en la Ley 80 de 1993. De esta manera, en mi criterio debió condicionarse el artículo 7 de dicha normativa en el sentido de que el régimen contractual allí previsto podrá aplicarse solamente para la fase de emergencia, por las razones expuestas.

(iii) En concordancia con lo anterior, el suscrito magistrado no comparte el condicionamiento que se prevé en el ordinal tercero de la parte resolutive de

esta sentencia, relativo al artículo 7° del Decreto Legislativo 4819 de 2010, en cuanto a que el régimen contractual allí previsto tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014. Lo anterior, por cuanto a mi juicio la Corte no tiene la competencia para determinar la vigencia de las facultades conferidas en los Decretos de emergencia, en razón a que ni la Constitución, en su artículo 215 Superior, determina la vigencia de estas regulaciones extraordinarias, que en principio tienen vocación de permanencia; ni tampoco el Legislador de excepción determinó la vigencia de dicho régimen de contratación. Por lo anterior, esta Corte tampoco puede, supliendo la Constitución y reemplazando al Legislador, determinar la vigencia de estas facultades en materia de contratación. No obstante lo anterior, como ya se mencionó, considero que el condicionamiento que sí debió incluir esta sentencia debió referirse a que el régimen contractual previsto en el artículo 7° del Decreto Legislativo 4819 de 2010 se debe aplicar solamente en la fase de emergencia, por las razones que ya se expusieron.

(iii) Finalmente, en criterio de este magistrado debió condicionarse igualmente el artículo 8° del Decreto 4819 de 2010, en relación con que las firmas para las auditorías tienen que ser nacionales y escogidas mediante concurso público, contratadas previo concepto del Consejo de Estado, y adicionalmente en el sentido de que en estos casos se debe respetar el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, de conformidad con los artículos 119, 267 y ss. Superiores.

Con fundamento en lo expuesto, salvo parcialmente mi voto a la presente providencia.

Fecha *ut supra*

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado