

LA APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO PARA LA ADQUISICIÓN EN EL MERCADO INTERNACIONAL DE EQUIPOS MÉDICOS, MOBILIARIO, REACTIVOS DE DIAGNÓSTICO, DISPOSITIVOS MÉDICOS, ELEMENTOS DE PROTECCIÓN PERSONAL Y MEDICAMENTOS ALLÍ SEÑALADOS, ASÍ COMO, EXCLUIR DETERMINADOS REQUISITOS, PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL, PARA LA CONTRATACIÓN CON PERSONAS EXTRANJERAS, CONSTITUYEN MEDIDAS QUE CUMPLEN CON LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN. NO OBSTANTE, LA CORTE REITERÓ QUE EXIMIR DE TENER SUCURSAL EN EL PAÍS A LAS EMPRESAS EXTRANJERAS CON LAS QUE SE CONTRATEN PARA LA ADQUISICIÓN DE ESTOS BIENES, NO CUMPLE CON EL REQUISITO DE NECESIDAD JURÍDICA O SUBSIDIARIEDAD

IV. EXPEDIENTE RE-275 - SENTENCIA C-172/20 (junio 11)
M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994.

²⁰ Corte Constitucional, sentencias SU-098 de 2018, C-310 de 2007 y C-669 de 2006.

1. Norma objeto de revisión constitucional

DECRETO 544 DE 2020 (abril 13)

Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado global de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus COVID-19

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA,

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

CONSIDERANDO:

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

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

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

Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo Coronavirus COVID-19.

Que dentro de las razones generales tenidas en cuenta para la adopción de dicha medida se incluyeron las siguientes: Que el 30 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud identificó el nuevo Coronavirus COVID-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional.

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

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

Que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud - OMS declaró el actual brote de enfermedad por Coronavirus COVID-19 como una

pandemia, esencialmente por la velocidad de su propagación y la escala de transmisión, toda vez que el 11 de marzo de 2020 a la OMS se habían notificado cerca de 125.000 casos de contagio en 118 países y que a lo largo de esas últimas dos semanas el número de casos notificados fuera de la República Popular China se había multiplicado en 13 veces, mientras que el número de países afectados se había triplicado, por lo que instó a los países a tomar acciones urgentes.

Que según la OMS la pandemia del Coronavirus COVID-19 es una emergencia sanitaria y social mundial, que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas. Que mediante la Resolución 0000380 del 10 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó, entre otras, medidas preventivas sanitarias de aislamiento y cuarentena de las personas que, a partir de la entrada en vigencia de la precitada resolución, arribaran a Colombia desde la República Popular China, Francia, Italia y España.

Que mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud de la misma, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID-19 y mitigar sus efectos.

Que el vertiginoso escalamiento del brote de Coronavirus COVID-19 hasta configurar una pandemia representa actualmente una amenaza global a la salud pública, con afectaciones al sistema económico, de magnitudes impredecibles e incalculables, de la cual Colombia no podrá estar exenta.

Que la expansión en el territorio nacional del brote de enfermedad por el Coronavirus - COVID-19 y cuyo crecimiento exponencial es imprevisible, sumado a los efectos económicos negativos que se han venido evidenciando en la última semana, es un hecho que, además de ser una grave calamidad pública, constituye una grave afectación al orden económico y social del país que justifica la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social, toda vez que se trata de situaciones diferentes a las que se refieren los artículos 212 y 213 de la Constitución Política.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 9 de marzo de 2020 0 muertes y 3 casos confirmados en Colombia. Que al 17 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social había reportado que en el país se presentaban 75 casos de personas infectadas con el Coronavirus COVID-19 y 0 fallecidos, cifra que ha venido creciendo a nivel país de la siguiente manera: 102 personas contagiadas al 18 de marzo de 2020; 108 personas contagiadas al día 19 de marzo de 2020; 145 personas contagiadas al día 20 de marzo, 196 personas contagiadas al día 21 de marzo, 235 personas contagiadas al 22 de marzo, 306 personas contagiadas al 23 de marzo de 2020; 378 personas contagiadas al día 24 de marzo; 470 personas contagiadas al día 25 de marzo, 491 personas contagiadas al día 26 de marzo, 539 personas contagiadas al día 27 de marzo, 608 personas contagiadas al 28 de marzo, 702 personas contagiadas al 29 de marzo; 798 personas contagiadas al día 30 de marzo; 906 personas contagiadas al día 31 de marzo, 1.065 personas

contagiadas al día 1 de abril, 1.161 personas contagiadas al día 2 de abril, 1.267 personas contagiadas al día 3 de abril, 1.406 personas contagiadas al día 4 de abril, 1.485 personas contagiadas al día 5 de abril, 1.579 personas contagiadas al día 6 de abril, 1.780 personas contagiadas al 7 de abril, 2.054 personas contagiadas al 8 de abril, 2.223 personas contagiadas al 9 de abril, 2.473 personas contagiadas al 10 de abril, 2.709 personas contagiadas al 11 de abril y cien (100) fallecidos a esa fecha . Que pese a las medidas adoptadas, el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 11 de abril de 2020 100 muertes y 2.709 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (1.164), Cundinamarca (105), Antioquia (253), Valle del Cauca (479), Bolívar (117), Atlántico (84), Magdalena (57), Cesar (32), Norte de Santander (41), Santander (27), Cauca (19), Caldas (33), Risaralda (58), Quindío (47), Huila (52), Tolima (23), Meta (21), Casanare (7), San Andrés y Providencia (5), Nariño (38), Boyacá (31), Córdoba (13), Sucre (1) y La Guajira (1), Chocó (1). Que según la Organización Mundial de la Salud - OMS, se ha reportado la siguiente información: (i) en reporte número 57 de fecha 17 de marzo de 2020 a las 10:00 a.m. CET1 señaló que se encuentran confirmados 179.111 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 7.426 fallecidos, (ii) en reporte número 62 de fecha 21 de marzo de 2020 a las 23:59 p.m. CET señaló que se encuentran confirmados 292.142 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 12.783 fallecidos, (iii) en reporte número 63 de fecha 23 de marzo de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 332.930 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 14.509 fallecidos, (iv) en el reporte número 79 de fecha 8 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET se encuentran confirmados 1,353.361 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 79.235 fallecidos, (v) en el reporte número 80 del 9 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1,436,198 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 85,521 fallecidos, (vi) en el reporte número 81 del 10 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1,521,252 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 92,798 fallecidos, (vii) en el reporte número 82 del 11 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1,610,909 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 99,690 muertes, y (viii) en el reporte número 83 del 12 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1,696,588 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 105,952 fallecidos. Que según la Organización Mundial de la Salud - OMS, en reporte de fecha 11 de abril de 2020 a las 19:00 GMT-5, - hora del Meridiano de Greenwich-, se encuentran confirmados 1,696,588 casos, 105,952 fallecidos y 213 países, áreas o territorios con casos del nuevo coronavirus COVID-19.

Que el Fondo Monetario Internacional mediante Comunicado de Prensa 20/114 del 27 de marzo de 2020, publicó la "Declaración conjunta del Presidente del Comité Monetario y Financiero Internacional y la Directora Gerente del Fondo Monetario Internacional", la cual expresa: "[...] Estamos en una situación sin precedentes en la que una pandemia mundial se ha convertido en una crisis económica y financiera. Dada la interrupción repentina de la actividad económica, el producto mundial se contraerá en 2020. Los países miembros ya han tomado medidas extraordinarias para salvar vidas y salvaguardar la actividad económica. Pero es necesario hacer más. Se debe dar prioridad al apoyo fiscal focalizado para los hogares y las empresas vulnerables a fin de acelerar y afianzar la recuperación en 2021 [...]"

Que la Organización Internacional del Trabajo en el comunicado de fecha de 18 de marzo de 2020 sobre el "El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas", afirma que "[...] El COVID-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud

de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral [...]"

Que así mismo la Organización Internacional del Trabajo en el referido comunicado estima "[...] un aumento sustancial del desempleo y del subempleo como consecuencia del brote del virus. A tenor de varios casos hipotéticos sobre los efectos del COVID-19 en el aumento del PIS a escala mundial [...], en varias estimaciones preliminares de la OIT se señala un aumento del desempleo mundial que oscila entre 5,3 millones (caso "más favorable") y 24,7 millones de personas (caso "más desfavorable"), con respecto a un valor de referencia de 188 millones de desempleados en 2019. Con arreglo al caso hipotético de incidencia "media", podría registrarse un aumento de 13 millones de desempleados (7,4 millones en los países de ingresos elevados). Si bien esas estimaciones poseen un alto grado de incertidumbre, en todos los casos se pone de relieve un aumento sustancial del desempleo a escala mundial. A título comparativo, la crisis financiera mundial que se produjo en 2008-9 hizo aumentar el desempleo en 22 millones de personas".

Que en consecuencia la Organización Internacional del Trabajo -OIT en el citado comunicado insta a los Estados a adoptar medidas urgentes para (i) proteger a los trabajadores y empleadores y sus familias de los riesgos para la salud generados por el coronavirus COVID- 19; (ii) proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo; (iii) estimular la economía y el empleo, y (iv) sostener los puestos de trabajo y los ingresos, con el propósito de respetar los derechos laborales, mitigar los impactos negativos y lograr una recuperación rápida y sostenida.

Que el artículo 47 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 faculta al Gobierno nacional para que en virtud de la declaración del Estado de Emergencia, pueda dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, siempre que (i) dichos decretos se refieran a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado, (ii) su finalidad esté encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos, (iii) las medidas adoptadas sean necesarias para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria de Estado de Excepción correspondiente, y (iv) cuando se trate de decretos legislativos que suspendan leyes se expresen las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción.

Que mediante Decreto Legislativo 440 del 20 de marzo de 2020, se adoptaron medidas en materia de contratación estatal con la finalidad de prevenir la propagación del Coronavirus COVID-19 y facilitar los instrumentos jurídicos para adquirir de forma ágil y expedita bienes, obras o servicios para contener la expansión de la pandemia y atender la mitigación de la misma, pudiendo acudir a la modalidad de contratación directa.

Que en este Decreto Legislativo se estableció la posibilidad de que todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia, podrían adicionarse sin limitación al valor, siempre que la necesidad de proceder en tal sentido se acompañe de la justificación que dé cuenta de su contribución a la gestión o mitigación de la situación de emergencia.

Que las personas que padecen el coronavirus COVID-19 y las personas cuya salud está amenazada por padecimientos ajenos a esta pandemia, requieren atención en salud en condiciones de aislamiento que exigen esfuerzos extraordinarios, con el fin de no agravar su condición médica.

Que en el marco de la situación de emergencia sanitaria con ocasión de la pandemia del Coronavirus, la Organización Mundial de la Salud -OMS- emitió la recomendación interina del 3 de marzo de 2020 titulada "Especificaciones técnicas de dispositivos médicos para la gestión de casos de COVID-19 en los servicios de salud". Este instrumento contiene una lista mínima de dispositivos médicos que proporcionan estándares y descripciones médicas para el tratamiento del Coronavirus COVID-19.

Que esta recomendación no excluye la posibilidad de que los Estados deban acudir a otro tipo de insumos o equipos médicos para enfrentar la pandemia. De esta manera, las tecnologías en salud, tales como medicamentos, dispositivos médicos y reactivos de diagnóstico in vitro, así como elementos de protección personal, son necesarios para enfrentar la pandemia.

Que en razón a que la situación de emergencia sanitaria en Colombia es producto de una pandemia, las condiciones comerciales de acceso a los bienes y servicios son excepcionales, y están caracterizadas por la falta de disponibilidad, las entregas a largo plazo, y la existencia de una alta demanda de los Estados para adquirir dispositivos médicos, elementos de protección personal y otros insumos médicos que permitan enfrentar el Coronavirus COVID-19, los cuales son limitados.

Que los bienes que se requiere adquirir corresponden a un tipo de demanda inelástica, en donde las variaciones en el precio y en las condiciones de adquisición de los productos no cambian la cantidad demandada, puesto que son bienes vitales de atención y protección y de difícil sustitución generando condiciones asimétricas entre oferentes estatales de bienes y servicios y demandantes con necesidades crecientes y número elevado que requieren de bienes de necesaria producción y venta.

Que el Decreto 4725 de 2005 "Por el cual se reglamenta el régimen de registros sanitarios, permiso de comercialización y vigilancia sanitaria de los dispositivos médicos para uso humano", define qué es un dispositivo médico de uso humano. Que los elementos de protección personal -EPP- consisten en las medidas basadas en el uso de dispositivos, accesorios y vestimentas por parte de los trabajadores, con el fin de protegerlos contra posibles daños a su salud o su integridad física derivados de la exposición a los peligros en el lugar de trabajo, de conformidad con la Ley 9 del 24 de enero de 1979 "Por la cual se dictan Medidas Sanitarias" y la Resolución 2400 del 22 de mayo de 1979 "Por la cual se establecen algunas disposiciones sobre vivienda, higiene y seguridad en los establecimientos de trabajo", expedida por el entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Que es prioritario que las entidades estatales tengan la posibilidad de adelantar y cerrar negociaciones que garanticen la disponibilidad de dispositivos médicos y elementos de protección personal, acudiendo al mercado internacional.

Que las medidas de contratación protegen de manera inmediata, el derecho fundamental a la vida digna y a la salud de todos los habitantes de Colombia, pues lo que pretenden es garantizar la disponibilidad, accesibilidad, equidad, continuidad y oportunidad del servicio de salud.

Que el contexto económico, político y social para la adquisición de bienes relacionados directamente con la pandemia a nivel mundial, requieren la interpretación del principio de celeridad propio de la

función administrativa, bajo el postulado de inmediatez ante las reglas del mercado y las demandas internacionales que empiezan a presentar los distintos estados, y en este sentido se hace necesario de manera excepcional crear una nueva norma que permita en el mercado internacional adquirir este tipo de productos.

Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 se declaró por el término de treinta (30) días calendario el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica; sin embargo, es necesario mantener las medidas adoptadas por el Decreto 499 del 31 de marzo de 2020 mientras dure el estado de emergencia sanitaria, por tornarse necesarias para garantizar las finalidades señaladas en los párrafos precedentes, las cuales atienden a conjurar la crisis e impedir la propagación de sus efectos.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA

Artículo 1. Régimen de contratación. Los contratos que tengan por objeto la adquisición en el mercado internacional de los elementos que a continuación se indican, no se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en consecuencia le serán aplicables las normas de derecho privado, con independencia de que los mismos sean suscritos con personas naturales o jurídicas extranjeras.

Equipos Biomédicos

Analizador de orina
Analizador de sangre
Aspirador de secreciones
Bomba de infusión
Broncoscopio
Cama cuna hospitalaria pediátrica
Cama hospitalaria
Cámara cefálica Centrifuga
Cilindro para oxígeno
Concentrador de oxígeno
Desfibrilador
Ecógrafo con transductores
Electrocardiógrafo
Elementos de protección radiológica adulto o pediátrico
Equipo de gases arteriales
Equipo de química sanguínea
Equipo de Rayos X fijo
Equipo de Rayos X portátil
Flujómetro
Fonendoscopio
Glucómetro
Humidificador
Laringoscopio / Videolaringoscopio
Máquina de anestesia
Monitor de signos vitales
Monitor de signos vitales de transporte
Nebulizador
Nevera para transporte de muestras con termómetro
Oxímetro de pulso
Pipeta
Sistema de monitoreo de gasto cardíaco
Sistemas de presión positiva continua en vía aérea (CPAP)
Tensiómetro
Termómetro Tomógrafo
Ventilador de paciente
Ventilador de transporte

Mobiliario

Biombos
Cama hospitalaria
Camillas de transporte
Carro de Paro
Colchones para uso hospitalario

Reactivos de diagnóstico In vitro

Prueba de RT-PCR para SARS-CoV-2/COVID-19

Dispositivos Médicos

Algodón laminado de uso hospitalario
 Bolsa para residuos hospitalarios
 Cánulas de Guedel
 Cánulas orofaríngeas, nasofaríngea y nasales
 Circuitos de ventilación y de máquina de anestesia, con sus accesorios

Extensión de tubo de oxígeno para terapia
 Gasa estéril y no estéril
 Guardián para objetos cortopunzantes
 Guías para intubación
 Hisopo para toma de muestra
 Intercambiador de tubo Kit de cricotiroidotomía
 Kit de Traqueostomía
 Máscara para ventilación no invasiva
 Máscaras laríngeas, venturi y para oxígeno
 Medio para transporte de muestras virales
 Recipiente de transporte de muestras
 Resucitador pulmonar manual
 Set de infusión
 Toallas de papel para secado de manos
 Tubo endotraqueal
 Tubo torácico

Equipo de protección personal (EPP)

Bata médica
 Delantal
 Gafas protectoras
 Gorros
 Guantes de látex y de nitrilo no estériles
 Guantes estériles
 Mascarilla N95 y respiradores FFP2 o FFP3
 Mascarilla quirúrgica (tapabocas)
 Mascarillas con filtro

Polainas
 Protector facial: Caretas o visores
 Ropa hospitalaria desechable
 Ropa quirúrgica estéril
 Tela no tejida como materia prima de EPP
 Trajes de bio-protección

Medicamentos

Aire medicinal en todas las presentaciones
 Oxígeno medicinal en todas las presentaciones

Parágrafo 1. Las entidades estatales, en el contexto de inmediatez que demanda la situación, quedan facultadas a contratar directamente a las personas extranjeras, naturales o jurídicas, que provean los bienes o servicios de qué trata el presente artículo.

Parágrafo 2. Las personas extranjeras, naturales o jurídicas, que contraten con las entidades a las que se refiere el presente artículo, no requieren de domicilio ni sucursal en Colombia, ni constituir apoderado para los negocios a celebrar.

Artículo 2. Control fiscal. El representante legal de la entidad contratante deberá remitir toda la información de los contratos a los que hace alusión el artículo 1 del presente Decreto Legislativo al órgano de control fiscal competente, dentro de los tres (3) días siguientes a su celebración.

Artículo 3. Vigencia: Este decreto rige a partir del 16 de abril de 2020 y estará vigente mientras se mantenga la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** el Decreto 544 del 13 de abril de 2020, “por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado global de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus COVID-19”, con excepción de la expresión “ni sucursal” contenida en el parágrafo segundo del artículo 1º, que se declara **INEXEQUIBLE**, en tanto que dicha expresión no superó el juicio de necesidad jurídica.

3. Síntesis de la providencia

La Corte declaró la exequibilidad del Decreto 544 de 2020. Esta norma guarda unidad de sentido con el Decreto 499 de 2020, declarado exequible mediante la sentencia C-163 de 2020. La disposición tiene tres objetivos definidos: (i) exceptuar la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) a la adquisición, en el mercado internacional, de los equipos médicos, mobiliario, reactivos de diagnóstico, dispositivos médicos, elementos de protección personal (EPP) y medicamentos allí señalados; (ii) excluir determinados requisitos, previstos en la legislación mercantil, para la contratación con personas extranjeras; y (iii) disponer la obligación de las entidades estatales que adquieran los bienes mencionados de remitir la información respectiva a los órganos de control fiscal.

El decreto examinado es, en términos generales, compatible con la Constitución, en tanto cumple con las condiciones formales y materiales que impone el derecho constitucional de excepción. Para arribar a esta conclusión, la Corte reiteró los argumentos previstos en la sentencia C-163 de 2020, antes mencionada y que obró como precedente vinculante en el presente caso.

Con base en esa comprobación, la Sala advirtió que el decreto examinado cumple con los juicios formales y materiales exigibles de las normas adoptadas al amparo de los estados de excepción. Esto debido a que guarda identidad de contenido normativo con la previsión analizada anteriormente por la Corte. Asimismo, comparten el mismo contexto, pues se inscriben en la condición de medidas de flexibilización contractual para la adquisición de bienes vinculados a la atención de la pandemia.

No obstante, la Sala consideró pertinente precisar sobre el juicio de necesidad fáctica, cuyo cumplimiento se acredita por el hecho de que el Decreto 544 de 2020 tiene un alcance más amplio que el Decreto 499 de 2020, pues flexibiliza las reglas de contratación respecto de un grupo más extenso de bienes y elementos de protección personal, todos ellos vinculados con la atención de la pandemia por el COVID-19. Dicha extensión se encuentra justificada debido a que, ante el aumento de contagios, se hacía necesaria reforzar la capacidad del sistema de salud, que se encuentra vinculada a la adquisición oportuna de los bienes que el decreto analizado enumera.

De la misma forma, en lo que respecta al juicio de necesidad jurídica o subsidiariedad, la Corte encontró que el Decreto 544 de 2020 reitera la previsión contenida en el Decreto 499 de 2020 y que eximía a las personas extranjeras de constituir sucursal en Colombia para suscribir los contratos de adquisición de dispositivos médicos y elementos de protección personal. Habida consideración de que esa exclusión se predica, conforme con la legislación mercantil, únicamente respecto de aquellas empresas que van a ejercer negocios permanentes en el país y los contratos mencionados no tienen esa condición, esa disposición específica deviene inconstitucional. Esto por los mismos motivos expresados en la sentencia C-163 de 2020, que adoptó el mismo sentido de decisión.

Por último, en lo que respecta al juicio de proporcionalidad, se evidencia que el decreto examinado es una norma imprescindible para cumplir con un fin constitucionalmente imperioso, vinculado a la protección de la vida, la salud y la integridad física de las personas. Asimismo, prevé una fórmula que circunscribe su vigencia a la duración de la emergencia sanitaria, lo cual ofrece un parámetro que concilia la necesidad de atender la crisis e impedir la extensión de sus efectos, con la obligatoriedad de que las normas que exceptúan el EGCAP tengan vocación temporal. De esa manera, la disposición es exequible sobre ese particular.

4. Salvamentos parciales y aclaración de voto

El magistrado **CARLOS BERNAL PULIDO** suscribió salvamento de voto parcial en relación con lo resuelto por la mayoría en el asunto de la referencia.

La Sala concluyó que la expresión “*ni sucursal*”, contenida en el artículo 1, parágrafo 2, del Decreto 544 de 2020, es inexecutable por no superar el juicio de necesidad jurídica. Esto, de conformidad con “*la regla según la cual las personas extranjeras referidas en esa disposición no requieren constituir sucursal en Colombia*”. Así, la Sala reiteró lo expuesto en la Sentencia C-163 de 2020, mediante la cual analizó unas disposiciones análogas a las *sub examine*. En mi concepto, la Sala no debió declarar inexecutable dicha expresión, por las razones que expuse en mi salvamento parcial de voto a la Sentencia C-163 de 2020, las cuales reitero a continuación.

En primer lugar, la declaratoria de inexecutable parte del supuesto de que las actividades comerciales de las empresas extranjeras que suministran insumos médicos y elementos de protección personal en Colombia son apenas “*incidentales*”. Esto, pese a que no hay evidencia alguna que permita inferir que las actividades comerciales de las referidas empresas tengan tal naturaleza y que, por lo tanto, no es necesario eximir las del requisito de constituir una sucursal. Así, dicha conclusión parte de una mera suposición, que no de un análisis cierto sobre las condiciones en las

cuales los proveedores extranjeros adelantan, o pretenden adelantar, sus actividades comerciales en el territorio nacional, en el marco específico de la emergencia sanitaria.

En segundo lugar, la declaratoria de inexecutable de la expresión “*ni sucursal*” resta competitividad a las entidades públicas colombianas en el mercado internacional, que actualmente se caracteriza por la “*competencia agresiva*”. En efecto, como lo advirtió la Sala, en la coyuntura actual es necesario “*flexibilizar*” las “*condiciones mercantiles para suscribir contratos con personas extranjeras*” con el fin de garantizar la adquisición de insumos médicos y elementos de protección.

Así, relevar a las empresas extranjeras del requisito de constituir una sucursal previsto en el artículo 471 del Código de Comercio²¹ generaba un incentivo más, por medio del cual se pretendía fortalecer el perfil de las entidades estatales colombianas como compradoras potenciales de bienes necesarios, y escasos, para controlar la crisis sanitaria. De ahí que, contrario a lo resuelto por la mayoría, esa medida sí superaba el análisis de necesidad jurídica. Así mismo, la creación de este incentivo supera el examen de proporcionalidad dada la urgencia de la compra de estos insumos en el marco de la pandemia.

Por su parte, el magistrado **LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ** se apartó de la decisión de inexecutable de la expresión “*ni sucursal*” por las mismas razones que lo llevaron a salvar parcialmente el voto en relación con idéntica decisión adoptada en la sentencia correspondiente al expediente RE-255.

De igual manera, el magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** reiteró su discrepancia con la declaración de inexecutable de la expresión “*ni sucursal*” que ya había expresado con ocasión de la revisión del Decreto legislativo 499 de 2020 el cual contenía la misma exención de ese requisito para las empresas extranjeras con las que se contrate la adquisición de determinados bienes necesarios para la atención de la emergencia sanitaria. Tal decisión es el resultado de una aplicación excesivamente formalista del juicio de necesidad, desconociendo que su finalidad es “*impedir que se cometan abusos o extralimitaciones en la adopción de las medidas que, en todo caso, deben ser las estrictamente indispensables para retornar a la normalidad*”, como sostuvo la Corte en la Sentencia C-179 de 1994 mediante la cual revisó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción. Dijo igualmente la Corte en dicha sentencia, subrayando el alcance sustancial del control de las medidas adoptadas por el gobierno, que “El control no puede tornar anodino el instrumento de excepción pero este no puede tampoco acarrear la negación del Estado social de derecho y la vigencia del principio democrático que lo sustenta, menos todavía si se tiene presente que su designio último y primero es su defensa. La razón de ser de los mecanismos de control estriba en conciliar la necesaria eficacia de las instituciones de excepción con la máxima preservación posible, en circunstancias extraordinarias, de los principios esenciales del ordenamiento amenazado”.

El magistrado **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** aclaró su voto considerando que acompaña la parte resolutoria por respeto con el precedente judicial definido en la sentencia C-163 de 2020, dada la similitud de contenidos normativos entre los Decretos Legislativos 499 y 544 de 2020 y, en general, las particularidades propias del análisis de constitucionalidad de este tipo de disposiciones.

Sin embargo, para el magistrado **LINARES CANTILLO**, el Decreto Legislativo 544 de 2020 debía declararse **executable** en su integridad y reiteró su desacuerdo respecto de la declaratoria de inexecutable de la expresión “*ni sucursal*” allí contenida. En su

²¹ Código de Comercio, artículo 471. “*Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional*”. El alcance de qué significa una actividad permanente se encuentra en el artículo 474. “*ACTIVIDADES QUE SE TIENEN COMO PERMANENTES. Se tienen por actividades permanentes para efectos del artículo 471, las siguientes: (...) 2) Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios*”.

concepto, la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, atendiendo criterios de inmediatez, como consecuencia de las turbulencias del mercado global de bienes para mitigar la pandemia, puede materializarse a través de diversas tipologías contractuales en las que es necesario analizar, caso a caso, si se configuran o no los elementos para que se entienda que existe “actividad permanente” en los términos del Código de Comercio colombiano.

Tal y como se encuentra regulado en los artículos 471 y 474 del Código de Comercio, el legislador cuenta con facultades para delimitar los eventos en los que se entiende que una sociedad extranjera, sin domicilio en Colombia, realiza actividades permanentes o no en el país. En este caso, la declaratoria de inexequibilidad no facilita las actividades de compra pública de los dispositivos médicos y elementos de protección personal requeridos en un mercado que, en las actuales condiciones, se caracteriza por la “competencia agresiva”. Por esta razón, señaló que todas las medidas adoptadas por el decreto resultaban razonables para facilitar dichas adquisiciones, sin que las sociedades extranjeras sin domicilio en Colombia se vean obligadas a abrir una sucursal en el país, con todas las responsabilidades y obligaciones que ello conlleva. Esto sin perjuicio de que las entidades estatales contratantes puedan delimitar en cada contrato el alcance de las garantías y responsabilidades que sean exigibles.