

Sentencia C-194/20

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE ESTABLECE LA CREACION DEL FONDO DE MITIGACION DE EMERGENCIAS (FOME)-Exequibilidad

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID-19-Juicio de constitucionalidad

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Exequibilidad

DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Competencia de la Corte Constitucional

CONSTITUCION POLITICA DE 1991-Establece tres clases de estados de excepción

ESTADOS DE EXCEPCION-Carácter reglado, excepcional y limitado

ESTADOS DE EXCEPCION-Control político y control jurídico

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Contenido

A la luz del artículo 215 de la Constitución Política, el Estado de Emergencia podrá ser declarado por el Presidente de la República y todos los ministros siempre que sobrevengan hechos distintos a los previstos por los artículos 212 y 213 ibidem que: (i) perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que (ii) constituyan grave calamidad pública.

CALAMIDAD PUBLICA-Definición

La calamidad pública alude a un evento o episodio traumático, derivado de causas naturales o técnicas, que altera gravemente el orden económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobreviniente

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD

PUBLICA-Características

El artículo 215 de la Constitución Política prescribe, además, que el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, solo puede declararse “por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario”. A su vez, la misma disposición prevé que, en el marco del Estado de Emergencia, los decretos legislativos tendrán fuerza de ley y deberán ser (i) motivados, (ii) firmados por el Presidente y todos los ministros, así como (iii) destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Asimismo, tales decretos (iv) deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia y (v) podrán, de forma transitoria, crear nuevos tributos o modificar los existentes, los cuales dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PUBLICA-Competencias del Congreso de la República

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

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

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO DECLARATORIO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Presupuestos formales y materiales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio formal

El examen formal del decreto implica que la Corte verifique, en su orden, el cumplimiento de tres requisitos básicos: (i) la suscripción por el Presidente de la República y por todos sus ministros; (ii) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) la existencia de motivación. Asimismo, en los casos en los cuales se hubiere declarado el estado de emergencia en solo una parte del territorio, la Corte debe examinar que los decretos legislativos no la excedan.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio material

El examen material comprende varios escrutinios que, como lo ha señalado la Corte, son expresión de los principios que guían los estados de excepción.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de finalidad

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de conexidad material

Con este juicio, la Corte determina si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista: (i) interno, esto es, la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente y (ii) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de motivación suficiente

(...) la Corte determina si, además de que el decreto contiene sus fundamentos, el Presidente ha presentado razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas. Esta motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas, sobre todo a aquellas que limitan derechos constitucionales. Esto, por cuanto el artículo 8 de la LEEE instituye que los “decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales”.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de ausencia de arbitrariedad

(...) la Corte comprueba que el decreto legislativo no disponga medidas que violen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. En particular, la Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y

libertades fundamentales; (ii) no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, por último, (iii) no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de intangibilidad

(...) parte del reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia constitucional acerca del carácter “intocable” de algunos derechos, los cuales, a la luz de los artículos 93 y 214 de la Constitución Política, no pueden ser restringidos ni siquiera durante los estados de excepción. La Corte ha concluido que, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, son derechos intangibles el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; los principios de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; los derechos a elegir y ser elegido; los derechos 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 y el derecho al habeas corpus. Son igualmente intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de no contradicción específica

(...) la Corte verifica que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contradigan, de manera específica, la Constitución o los tratados internacionales, y (ii) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el contenido de los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE. La Corte Constitucional ha destacado que, por expreso mandato constitucional y legal, dentro de este marco está prohibido que el Gobierno desmejore los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados por el artículo 215 de la Constitución Política

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de incompatibilidad

(...) previsto por el artículo 12 de la LEEE, la Corte debe examinar que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de necesidad

(...) está previsto por el artículo 11 de la LEEE. Por medio de este juicio, la Corte verifica que las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean indispensables para lograr los fines de la declaratoria del estado de excepción. La Corte ha señalado que, con este juicio, debe analizarse: (i) la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el Presidente de la República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis, y (ii) la necesidad jurídica o subsidiariedad, que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de proporcionalidad

(...) previsto por el artículo 13 de la LEEE, la Corte examina si las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción son respuestas equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Asimismo, la Corte ha precisado que el examen de proporcionalidad implica constatar que las restricciones a derechos y garantías constitucionales se impongan en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad. La Corte Constitucional advierte que este examen particular no excluye la aplicación del examen de proporcionalidad cuando ello sea necesario para controlar restricciones a derechos constitucionales, por ejemplo, en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA

ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de no discriminación

(...) tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE. Por medio de este juicio, la Corte determina que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no impliquen segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes injustificados.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID-19-Exequiabilidad del Decreto Legislativo 417 de 2020

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE ESTABLECE LA CREACION DEL FONDO DE MITIGACION DE EMERGENCIAS (FOME)-Contenido

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE ESTABLECE LA CREACION DEL FONDO DE MITIGACION DE EMERGENCIAS (FOME)-Alcance

Expediente: RE-238

Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 444 de 2020, “Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias –FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

La Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales legales, en particular, de las previstas por los artículos 215 y 241.7 de la Constitución, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. I. ANTECEDENTES

1. 1. El 24 de marzo de 2020, la secretaria jurídica de la Presidencia de la República remitió a la Corte Constitucional copia auténtica del Decreto Legislativo 444 de 2020, “Por el cual se

crea el Fondo de Mitigación de Emergencias –FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

2. Mediante el auto de 31 de marzo de 2020, el magistrado ponente avocó la revisión de constitucionalidad de dicho Decreto Legislativo. Asimismo, en esta providencia, ordenó: (i) practicar pruebas en este proceso, (ii) fijar en lista el proceso por el término de cinco días, (iii) correr traslado al Procurador General de la Nación por el término de diez días, (iv) comunicar el inicio del proceso al Presidente de la República y a los ministros del Interior, de Hacienda y Crédito Público, así como de Justicia y del Derecho, y, finalmente, (v) convocar a varias autoridades, entidades, instituciones y agremiaciones, nacionales, departamentales, distritales y municipales, para intervenir en este proceso.

3. Por medio del auto de 16 de abril de 2020, el magistrado ponente ordenó la práctica de pruebas adicionales, con el fin de contar con los elementos de juicio necesarios para examinar la constitucionalidad de la norma objeto de control.

4. Cumplidos los trámites previstos por el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a decidir sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 444 de 2020.

1. 1. Norma objeto de control

5. Corresponde a la Corte revisar el Decreto Legislativo 444 de 2020, “Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias –FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. A continuación, se transcribe su contenido, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 51263 de 21 de marzo de 2020:

DECRETO 444 DE 2020

(Marzo 21)

Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, y en desarrollo de lo previsto en 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 función de dicha declaratoria, y con sustento en las facultades señaladas por el artículo 215 de la Constitución Política, le corresponde al presidente, con la firma de todos los ministros, adoptar las medidas necesarias para conjurar la inminente crisis e impedir la extensión de sus efectos, y contribuir a enfrentar las consecuencias adversas generadas por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19, con graves afectaciones al orden económico y social.

Que, como resultado de los hechos que dieron lugar a la declaratoria de Emergencia, es previsible que se requiera contar con recursos adicionales a los disponibles a través de los mecanismos ordinarios, que puedan ejecutarse de forma ágil e inmediata, con el fin de destinarlos exclusivamente a implementar medidas, dirigidas entre otros, a fortalecer el sistema de salud para garantizar las condiciones necesarias de atención y prevención en el marco de la rápida propagación del nuevo coronavirus COVID-19, así como a contrarrestar la afectación de la estabilidad económica y social que ello conlleva, en el marco de la coyuntura que actualmente experimenta el país.

Que para efectos de concretar las medidas que se requieren para aliviar las consecuencias económicas y sociales de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia mediante la expedición del Decreto 417 de 2020, se hace necesario aprobar créditos adicionales y realizar traslados, distribuciones, modificaciones y desagregaciones al Presupuesto General de la Nación, en el marco de las facultades otorgadas al Gobierno nacional mediante el artículo 83 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, los artículos 46 y 47 de la Ley 137 de 1994, el artículo 18 de la Ley 2008 de 2019 y el artículo 3 del Decreto 417 de 2020.

Que de conformidad con el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, y el artículo 3 de la Ley 2008 de 2019, constituyen fondos especiales en el orden nacional los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los

pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el Legislador.

Que dentro de las medidas anunciadas en la declaratoria del Estado de Emergencia a que hace referencia el Decreto 417 de 2020, se consideró la creación del Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME para atender las necesidades de atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento.

Que es necesario establecer las fuentes de recursos del FOME, las condiciones bajo las cuales será administrado, así como la forma mediante la cual dará cumplimiento a su objeto. Para tal fin, y teniendo en cuenta que con sus recursos se atenderán las necesidades de la Emergencia, se hace necesario establecer un mecanismo apropiado y especial para el manejo de los mismos.

Que en virtud de los efectos que la emergencia pueda tener en las fuentes de liquidez ordinarias de la Nación, como lo sería una reducción en el recaudo de impuestos o en la disponibilidad de recursos en el Sistema Financiero, es necesario adoptar una estrategia global a nivel del Gobierno nacional central para atender estas circunstancias.

Que, en todo caso, se debe procurar que los recursos adicionales que se destinen a enfrentar las mayores necesidades sociales y económicas ocasionadas por la Emergencia decretada se obtengan de forma que no se afecte el balance del Gobierno nacional central.

Que teniendo en cuenta las actuales condiciones financieras internacionales y la imposibilidad para pronosticar con algún grado de certeza su comportamiento en el corto y mediano plazo, la capacidad de implementar medidas de política fiscal contra cíclicas por parte del Gobierno nacional se ve limitada, por lo que actualmente no resulta financieramente viable ni fiscalmente responsable acudir a mercados de deuda, máxime cuando se puede emplear una estrategia de optimización de recursos del Estado.

Que, en efecto, el Estado cuenta con activos financieros importantes para solventar las necesidades de gasto derivadas de la pandemia y respaldar el restablecimiento de las relaciones crediticias de los hogares y las empresas colombianas que se han visto afectados por la emergencia.

Que, para tal fin, el Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE del Sistema General de Regalías, creado por el artículo 361 de la Constitución Política y regulado en la Ley 1530 de 2012, cuenta con recursos disponibles, cuyo uso puede ser viabilizado a título de préstamo, como fuente de financiamiento, para servir al exclusivo propósito de atender transitoriamente las referidas necesidades económicas y sociales derivadas de la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19.

Que en la medida en que los recursos del FAE se entregarán a la Nación a título de préstamo, y que no se dispondrá de la totalidad de los recursos de este Fondo, no se afectará el cumplimiento de las obligaciones del mismo, ni el propósito para el que fue concebido, y se garantizará que en el futuro se cuente nuevamente con estos recursos cuando se activen las causales establecidas en los artículos 48 y 55 de la Ley 1530 de 2012.

Que la Ley 549 de 1999 creó el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET, y dispuso su administración por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Que, a diciembre de 2019, el FONPET tiene acumulados los recursos necesarios para el cubrimiento del 80% del pasivo pensional de las entidades territoriales, recursos con los cuales es posible dar cumplimiento, anualmente, al pago de las pensiones de jubilación, los bonos pensionales y las cuotas partes pensionales a cargo de cada una de las entidades territoriales, como mínimo por los siguientes 20 años.

Que, por lo tanto, el FONPET cuenta con recursos disponibles cuyo uso puede ser viabilizado a título de préstamo, como fuente de financiamiento, para que la Nación pueda responder adecuadamente ante las necesidades que generan las circunstancias que motivaron la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica a que hace referencia el Decreto 417 de 2020; recursos que la Nación pagará al FONPET en un plazo que no afecte ni amenace su flujo de pagos.

Que, adicionalmente, se podrá permitir el uso de los recursos a cargo de la Nación definidos en el artículo 2 de la Ley 549 de 1999 que recibirá el FONPET en las vigencias 2020, 2021 y 2022, como fuente de financiamiento, para servir al exclusivo propósito de atender transitoriamente las referidas necesidades derivadas de la Pandemia del nuevo coronavirus COVID-19; recursos que la Nación también pagará al FONPET en un plazo que no afecte ni amenace su flujo de pagos.

Que actualmente el régimen de autorizaciones de crédito público se encuentra contemplado en el Decreto 1068 de 2015, en particular en los artículos 2.2.1.2.1.2 y 2.2.1.2.1.3, los cuales establecen unas condiciones y trámites para su realización, que no pueden ser aplicados en estos casos, en atención a las necesidades inmediatas de disponibilidad de recursos para atender adecuadamente la emergencia.

Que, con el objetivo de mitigar el deterioro de las condiciones económicas y las consecuencias adversas generadas por la pandemia del COVID-19, se hace necesario ampliar los mecanismos de apoyo de liquidez que actualmente se encuentran previstos bajo el Fondo de Reserva para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria -FRECH, con el fin de facilitar a las entidades financieras autorizadas en este mecanismo el acceso a títulos admisibles en las operaciones de liquidez del Banco de la República.

Que con el fin exclusivo de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de empresas públicas, privadas o mixtas que adelanten operaciones de interés nacional y que tengan graves afectaciones con motivo de la emergencia económica, se hace necesario disponer de mecanismos que le permitan al Gobierno nacional salvaguardar la estabilidad económica, a través de instrumentos de participación accionaria y/o financiación a dichas empresas.

Que para ello también es preciso dotar temporalmente al Gobierno nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con mecanismos extraordinarios que permitan desarrollar operaciones crediticias cuyo propósito sea salvaguardar el sistema económico general, mediante el apoyo a las referidas empresas privadas, públicas o mixtas, con la urgencia y eficiencia que ordena la celeridad del cambiante ambiente económico y que por las disrupciones causadas en el mercado, los agentes económicos no están en condiciones de proveer eficazmente.

Que, en mérito de lo expuesto,

DECRETA:

Capítulo I

Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME

Artículo 1. Creación y naturaleza. Créase el Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME, como un fondo cuenta sin personería jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Artículo 2. Objeto. El FOME tendrá por objeto atender las necesidades de recursos para la atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento, en el marco del Decreto 417 de 2020.

Artículo 3. Recursos. Los recursos del FOME provendrán de las siguientes fuentes:

1. Los recursos provenientes del Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE, en los términos señalados en el presente decreto legislativo.
2. Los recursos provenientes del Fondo de Pensiones Territoriales -FONPET, en los términos señalados en el presente decreto legislativo.
3. Los recursos asignados en el Presupuesto General de la Nación.
4. Los rendimientos financieros generados por la administración de los recursos.
5. Los demás que determine el Gobierno Nacional.

Parágrafo. Los recursos del FOME serán administrados por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en un portafolio independiente, con el propósito de garantizar su disponibilidad. Los rendimientos financieros que se generen por la administración de este portafolio, serán recursos del FOME en los términos del numeral 4 de este artículo.

Para la administración del referido portafolio, la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional podrá realizar las operaciones monetarias, cambiarias y de mercado de deuda pública legalmente autorizadas a dicha Dirección.

Artículo 4. Uso de los recursos. Los recursos del FOME se podrán usar para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos en el territorio nacional, en el marco del Decreto 417 de 2020, en particular para:

1. Atender las necesidades adicionales de recursos que se generen por parte de las

entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación.

2. Pagar los costos generados por la ejecución de los instrumentos y/o contratos celebrados para el cumplimiento del objeto del FOME.
3. Efectuar operaciones de apoyo de liquidez transitoria al sector financiero a través de transferencia temporal de valores, depósitos a plazo, entre otras.
4. Invertir en instrumentos de capital o deuda emitidos por empresas privadas, públicas o mixtas que desarrollen actividades de interés nacional, incluyendo acciones con condiciones especiales de participación, dividendos y/o recompra, entre otras.
5. Proveer directamente financiamiento a empresas privadas, públicas o mixtas que desarrollen actividades de interés nacional.
6. Proveer liquidez a la Nación, únicamente en aquellos eventos en los que los efectos de la emergencia se extiendan a las fuentes de liquidez ordinarias.

Parágrafo. Para la correcta administración de los recursos, las decisiones sobre los recursos del FOME deberán ser evaluadas de forma conjunta y en contexto con su objeto, no por el desempeño de una operación individual sino como parte de una política integral de solventar las necesidades sociales y económicas ocasionadas por la situación de la que trata el Decreto 417 de 2020. Por tanto, se podrán efectuar operaciones aun cuando al momento de su realización se esperen resultados financieros adversos, o que tengan rendimientos iguales a cero o negativos.

Artículo 5. Facultad para proveer financiamiento. Se faculta al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para proveer el financiamiento a que hace referencia el numeral 5 del artículo 4 del presente Decreto legislativo. Igualmente, podrá otorgar subsidios a tasas de interés, garantías, entre otras, siempre que se requieran para atender los objetivos del presente decreto legislativo.

Artículo 6. Administración del Fondo. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público administrará el FOME, con plena observancia de los principios previstos en el artículo 209 de la Constitución Política y de forma independiente a los demás fondos y recursos administrados por el mismo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público adelantará los trámites contractuales, contables, presupuestales y demás propios de la administración del Fondo, a través de sus dependencias competentes. Los procesos de contratación que se realicen en la ejecución de estos recursos se regirán por el derecho privado.

Artículo 7. Funciones de administración y ordenación del gasto del FOME. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de sus dependencias competentes tendrá las siguientes funciones en relación con la administración y ordenación del gasto del FOME:

1. Realizar las operaciones y las actividades administrativas, financieras, presupuestales y contables del Fondo, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias.
2. Llevar, a través de la Unidad de Gestión General, la contabilidad de acuerdo con los términos establecidos por la Contaduría General de la Nación.
3. Ejecutar los recursos del Fondo, cuando corresponda.
4. Las demás inherentes a la administración y ordenación del gasto del FOME.

Artículo 8. Operaciones de transferencia temporal de valores. Las operaciones de apoyo de liquidez transitoria al sector financiero a través de transferencia temporal de valores, a las que se hace referencia en el numeral 3 del artículo 4 del presente decreto legislativo, serán aquellas operaciones del mercado monetario que se efectúen conforme a lo reglamentado por el artículo 2.36.3.1.3. del Decreto 2555 de 2010. Para estos casos, se podrá admitir como colateral admisible los títulos representativos de cartera comercial, de vivienda, de consumo y/o leasing financiero, emitidos por un establecimiento de crédito.

Para el desarrollo de estas operaciones, la Nación podrá contratar con el Fondo de Reserva para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria -FRECH la realización y/o ejecución de las operaciones de transferencia temporal de valores.

Estas operaciones se podrán realizar únicamente para conjurar la crisis o impedir la extensión de los efectos de la emergencia de que trata el Decreto 417 de 2020. Las operaciones de regreso para efectos del presente artículo no podrán exceder los 365 días desde su realización.

Parágrafo 1. Para la realización de estas operaciones el FRECH podrá utilizar recursos del FOME para adquirir Títulos de Tesorería TES – Clase B directamente con la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional tanto del mercado primario como secundario. A su vez, el FRECH podrá invertir la liquidez disponible en depósitos remunerados en el Banco de la República o en la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional.

Parágrafo 2. Habilítese al Fondo de Reserva para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria - FRECH a recibir títulos representativos de cartera comercial, de consumo y/o leasing financiero, en adición a los títulos hipotecarios que tiene autorizados.

Artículo 9. Operaciones de apoyo de liquidez. Se consideran apoyos de liquidez a los que hace referencia el numeral 3 del artículo 4 del presente Decreto legislativo, los depósitos que efectúe la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, con los recursos del FOME, a las bancas estatales de primer y segundo piso. Dichos depósitos se llevarán a cabo en moneda legal colombiana y su plazo será de hasta 12 meses.

El apoyo de liquidez de que trata el presente artículo únicamente será destinado a solventar las necesidades sociales y económicas del sector empresarial, ocasionadas por la situación a la que se refiere el Decreto 417 de 2020.

Para la realización de las operaciones, las bancas estatales podrán realizar sindicaciones entre ellas.

Capítulo II

Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE y Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET

Artículo 10. Préstamo del Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE. El Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE del Sistema General de Regalías prestará a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, hasta el 80% de los recursos ahorrados en dicho Fondo, en la medida en que vayan siendo requeridos por el FOME a solicitud del Ministro de Hacienda y Crédito Público o alguno de los viceministros, para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos en el territorio nacional, en el marco del Decreto 417 de 2020.

La operación se materializará en pagarés emitidos por la Nación – Ministerio de Hacienda y

Crédito Público, los cuales podrán estar desmaterializados en el Depósito Central de Valores del Banco de la República en desarrollo del contrato de agencia fiscal.

Para el efecto, se autoriza al Banco de la República, en su calidad de administrador del FAE, a realizar las operaciones que requiera.

Los recursos de que trata el presente artículo serán transferidos en dólares de los Estados Unidos de América por el Banco de la República a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien a su vez los trasladará al FOME.

Parágrafo 1. A la entrada en vigencia del presente Decreto legislativo, el Banco de la República con la mayor celeridad posible transferirá a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público los recursos disponibles en el portafolio de liquidez y renta fija de corto plazo del FAE.

Parágrafo 2. Los préstamos de que trata el presente artículo se encuentran exceptuados del régimen de autorizaciones de crédito público contenido en el Decreto 1068 de 2015, y se entienden autorizados en el presente decreto legislativo.

Artículo 11. Pago de las obligaciones de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE. Los préstamos que otorgue el FAE a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público en virtud del artículo anterior, serán denominados en Dólares de los Estados Unidos de América, remunerados a una tasa de interés del cero por ciento (0%) y su amortización se efectuará a partir del año 2023 en cuotas en dólares de los Estados Unidos de América por el equivalente a un billón de pesos anuales, liquidado a la Tasa Representativa de Mercado vigente en cada pago, hasta que se extinga la obligación.

En todo caso, los pagarés en que se materialicen los préstamos se podrán redimir anticipadamente en los montos necesarios para atender faltantes del desahorro del FAE en los términos de los artículos 48 y 55 de la Ley 1530 de 2012, o las normas que los modifiquen o sustituyan y podrán ser pagaderos en la siguiente vigencia fiscal del Presupuesto General de la Nación.

Estas obligaciones se pagarán con cargo al rubro del servicio de la deuda del Presupuesto

General de la Nación.

Artículo 12. Préstamo de recursos sin distribuir del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET. Los siguientes recursos a favor del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET, que se encuentren sin distribuir a las cuentas individuales de las entidades territoriales, administrados tanto en la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional como en el patrimonio autónomo FONPET, podrán ser objeto de préstamo a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público con destino al FOME, con el único objeto de conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos en el territorio nacional, en el marco del Decreto 417 de 2020:

1. El recaudo del impuesto de timbre nacional pendiente de distribuir en el FONPET a 31 de diciembre de 2019, y sus rendimientos.
2. El recaudo del impuesto de timbre nacional que deba girarse al FONPET en la presente vigencia.
3. El valor pendiente de distribuir en el FONPET por concepto de privatizaciones a 31 de diciembre de 2019, y sus rendimientos.
4. El valor proveniente de privatizaciones que se deba girar al FONPET para el año 2020.
5. El valor pendiente de distribuir en el FONPET por concepto de capitalizaciones a 31 de diciembre de 2019, y sus rendimientos.

El Gobierno nacional deberá reembolsar estos recursos al FONPET máximo durante las diez (10) vigencias fiscales subsiguientes a la fecha del desembolso. El pago de estas obligaciones se hará con cargo al rubro del servicio de la deuda del Presupuesto General de la Nación.

Parágrafo 1. En todo caso, se deberán mantener en el FONPET los recursos necesarios para garantizar su operación.

Parágrafo 2. Los préstamos de que trata el presente artículo se encuentran exceptuados del régimen de autorizaciones de crédito público contenido en el Decreto 1068 de 2015, y se entienden autorizados en el presente decreto legislativo.

Artículo 13. Operaciones con cargo a los recursos provenientes de la Nación de las vigencias 2020, 2021 y 2022 del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET. La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá realizar operaciones de crédito utilizando como fuente de pago los recursos que serán girados en las vigencias 2020, 2021 y 2022 al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET, provenientes de la Nación, para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos en el territorio nacional, en el marco del Decreto 417 de 2020, en la medida en que vayan siendo requeridos por el FOME a solicitud del Ministro de Hacienda y Crédito Público o los viceministros.

Los recursos que se obtengan en virtud de las operaciones de qué trata este artículo deberán ingresar al FOME.

Cuando se hagan exigibles las obligaciones derivadas de estas operaciones, los recursos comprometidos se utilizarán para extinguir dichas obligaciones. El pago de las obligaciones de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el FONPET a que hace referencia este artículo, se hará con cargo al rubro del servicio de la deuda del Presupuesto General de la Nación. El Gobierno nacional deberá reembolsar estos recursos al FONPET máximo durante las diez (10) vigencias fiscales subsiguientes a la extinción de la obligación.

Para optimizar el costo financiero, la celebración de las operaciones de las que trata el presente artículo deberán ajustarse a las necesidades de liquidez del FOME.

Parágrafo. Estas operaciones se encuentran exceptuadas del régimen de autorizaciones de crédito público contenido en el Decreto 1068 de 2015, y se entienden autorizados en el presente decreto legislativo.

Artículo 14. Mecanismo residual de financiación. En caso de que se agoten todas las fuentes de recursos destinadas a financiar la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá utilizar, a título de préstamo, los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET, siempre que no se comprometa el pago de las obligaciones a cargo de dicho Fondo en cada una de las vigencias correspondientes.

Los préstamos que otorgue el FONPET en virtud del inciso anterior serán remunerados a tasas de interés de mercado, y se pagarán dentro de los diez (10) años siguientes al

desembolso de dichos recursos.

Capítulo III

Fortalecimiento Patrimonial

Artículo 15. Fortalecimiento Patrimonial. Con el fin exclusivo de garantizar la continuidad en la operación de empresas que presten servicios de interés nacional, y que se encuentren gravemente afectadas por la emergencia decretada mediante el Decreto 417 de 2020, con cargo a los recursos del FOME, el Gobierno nacional podrá invertir en instrumentos de capital y/o deuda emitidos por empresas privadas, públicas o mixtas, incluyendo acciones con condiciones especiales de participación, dividendos y/o recompra, entre otras.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de sus dependencias y/o instancias, determinará las inversiones de las que trata este artículo.

Las decisiones de inversión en los instrumentos de capital y/o deuda a los que se refiere este artículo con cargo a los recursos del FOME, deberán ser evaluadas de forma conjunta y en contexto con las necesidades sociales y económicas ocasionadas por la situación de la que trata el Decreto 417 de 2020. Por lo cual, dichas inversiones se podrán efectuar aun cuando al momento de su realización se esperen resultados financieros adversos, o que tengan rendimientos iguales a cero o negativos.

Capítulo IV

Disposiciones finales

Artículo 16. Incorporación de recursos al Presupuesto General de la Nación. Los recursos del FOME se presupuestarán en la sección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para ser distribuidos a las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación. Dichos recursos deberán destinarse exclusivamente para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos en el territorio nacional, en el marco del Decreto 417 de 2020.

Parágrafo. Los ordenadores del gasto de las entidades a las cuales se les asigne las distribuciones presupuestales serán responsables por la veracidad de la información que suministren al Ministerio de Hacienda y Crédito Público con respecto a la necesidad de los

recursos para atender la Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 de 2020.

Artículo 17. Liquidación del FOME. Cumplido el propósito del FOME, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá liquidarlo siempre que se encuentre a paz y salvo con sus obligaciones. Los saldos se reintegrarán a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Parágrafo. Para efectos de la liquidación del FOME, la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá contratar a las entidades correspondientes de acuerdo con la naturaleza de los activos.

Artículo 18. Vigencia. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los 21 días del mes de marzo de 2020

[Siguen las firmas del Presidente de la República y de todos los ministros del despacho]

2. Relación de siglas y abreviaturas

6. La Corte utilizará el siguiente listado de siglas y abreviaturas para facilitar la lectura de esta decisión:

Banco Mundial

BM

Banco de la República

BanRep

Banco Interamericano de Desarrollo

BID

Comisión Económica para América Latina y el Caribe

CEPAL

Consejo Nacional de Política Económica y Social

CONPES

Estatuto Orgánico del Presupuesto

EOP

Fondo de Ahorro y Estabilización

FAE

Fondo de Mitigación de Emergencias

FOME

Fondo de Reserva para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria

FRECH

Fondo Monetario Internacional

FMI

Fondo Nacional de Garantías

FNG

Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales

FONPET

Ley Estatutaria de Estados de Excepción

LEEE

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

MinHacienda

Ministerio de Salud y Protección Social

MinSalud

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PIDESC

Presupuesto General de la Nación

PGN

3. Pruebas

7. En cumplimiento de lo ordenado por los autos de 31 de marzo y 16 de abril de 2020, a este proceso fueron allegadas las pruebas requeridas a: (i) el Departamento Administrativo de Presidencia de la República, (ii) el MinHacienda, (iii) el BanRep, (iv) la Federación Colombiana de Municipios, (v) la Federación Nacional de Departamentos, (vi) la Contraloría General de la República y (vii) la Superintendencia Financiera de Colombia. Los contenidos de estos informes se presentarán en el examen de constitucionalidad material del Decreto Legislativo 444 de 2020.

4. Intervenciones

8. La Corte recibió 75 intervenciones en el presente asunto. Once intervinientes solicitaron la exequibilidad del Decreto Legislativo 444 de 2020; doce, su inexequibilidad; veintiún, la inexequibilidad de algunos de sus apartes; veintiún, la exequibilidad condicionada de algunos contenidos normativos; once no formularon solicitud alguna y dos fueron extemporáneas.

9. Once intervinientes solicitaron la exequibilidad del Decreto Legislativo 444 de 2020. Esto, por cuanto concluyeron que cumple con los requisitos formales y materiales de constitucionalidad. Estas solicitudes se fundaron en los siguientes argumentos:

Fundamentos de las solicitudes de exequibilidad

- i. (i) La creación del FOME es una medida necesaria.
- ii. (ii) Los préstamos del FAE y del FONPET son medidas necesarias.
- iii. (iii) Los préstamos del FAE y del FONPET no modifican la destinación específica de los recursos de estos fondos, ni afectan su funcionamiento.
- iv. (iv) Los préstamos del FAE y del FONPET no afectan el principio de autonomía territorial.
- v. (v) Las operaciones de transferencia temporal de valores al sector financiero tienen por finalidad conjurar los efectos de la crisis.
- vi. (vi) Las operaciones de fortalecimiento patrimonial al sector real tienen por finalidad la protección del empleo y de la actividad productiva.

9.1. La creación del FOME es una medida necesaria. Los intervinientes adujeron que es indispensable que el Gobierno cuente con un “fondo que facilite y canalice los recursos económicos” para conjurar la crisis. Indicaron que se requieren “al menos 60 billones de pesos para cubrir los costos de la crisis”, habida cuenta de que “una cuarentena de un mes puede costar entre 48.3 y 64.5 billones”. Así, la creación del FOME refleja la “correlativa e imperiosa necesidad de acopiar a la mayor brevedad los recursos adicionales a los previstos ordinariamente (...) que puedan ejecutarse de forma fácil e inmediata (...) para reducir el impacto social y económico derivado de esta situación y proteger el empleo y la producción”.

9.2. Los préstamos del FAE y del FONPET son medidas necesarias. Debido a las condiciones económicas globales, “las fuentes de financiamiento externo de [la Nación] se han interrumpido inesperadamente”, dado que “las ventanas de financiamiento son más cortas y los costos más elevados”. Por tanto, resultaba necesario acudir a estas fuentes de financiamiento interno, con el fin de contar con recursos suficientes para conjurar la crisis. En efecto, los préstamos de estos fondos permiten “al Estado contar con los recursos en mejores condiciones”, lo cual “resulta, además, fiscalmente responsable, ante la alta volatilidad que presentan los mercados de deuda”.

9.3. Los préstamos del FAE y del FONPET no modifican la destinación específica de los recursos de estos fondos, ni afectan su funcionamiento. Estos recursos se trasladarán al FOME a “título de préstamo”, por lo que no se altera “el propósito para el que se

constituyeron dichos ahorros". Los fondos "seguirán contabilizando estos recursos como un activo -una cuenta por cobrar-", lo cual garantiza que "los entes territoriales no pierdan [esos] ahorros". Por lo demás, estos préstamos tampoco afectan el funcionamiento de los fondos. Las reglas previstas por el Decreto Legislativo sub examine garantizan que estos cuenten con los recursos necesarios para "el cumplimiento de sus obligaciones" y "sin alterar su flujo de pagos". De un lado, el FAE contará con los recursos suficientes para garantizar su operación y, además, podrá hacer uso de la "causal de redención anticipada de los pagarés". Es más, dado que se trata de un préstamo, el uso de estos recursos no es incompatible con "la prohibición de disponer de más del 10% de los recursos de regalías, pues en el caso particular de esta emergencia, la disposición no implica una afectación permanente". De otro lado, el FONPET tiene cubierto el "80% del pasivo pensional", lo que le "permite cubrir las obligaciones pensionales de las entidades territoriales como mínimo por los siguientes 20 años" y, por tanto, las entidades territoriales no utilizarán estos recursos "en el corto ni mediano plazo".

9.4. Los préstamos del FAE y del FONPET no afectan el principio de autonomía territorial. Los recursos prestados no "son un instrumento por medio del cual [las entidades territoriales] ejercen su autonomía". Estos "son recursos exógenos y no están disponibles por parte de las entidades territoriales". Por una parte, los recursos del FAE provienen del "Sistema General de Regalías", por lo que "los entes territoriales no pueden disponer de los mismos de manera autónoma", sino solo cuando operen las causales de "desahorro previstas por la Ley 1530 de 2012". Por otra parte, los recursos del FONPET que serán prestados por la Nación son recursos "de origen nacional y no territorial", los cuales, en todo caso, "no hacen parte efectiva, en estos momentos, de los recursos de dicho fondo". Estos recursos "se encuentran pendientes de distribuir o (...) corresponden a valores futuros que, obviamente, tampoco se han transferido a dicho fondo". Por lo demás, su uso está justificado en "la necesidad de actuar con prontitud, coordinación, eficacia y eficiencia para atender las causas de la emergencia, [lo que] justifica, [asimismo,] la limitación de las entidades territoriales y su exclusión de la estructura de la dirección del Fondo". Por último, los intervinientes resaltaron que estas operaciones de préstamo son indispensables para satisfacer "intereses nacionales superiores".

9.5. Las operaciones de transferencia temporal de valores del sector financiero tienen por finalidad conjurar los efectos de la crisis. Esta medida tiene por finalidad garantizar que la

economía –los hogares y las empresas– cuente con niveles adecuados de liquidez. Los intervinientes precisaron que la “habilitación” para llevar a cabo este tipo de operaciones “reconoce la importancia de diferentes agentes de la economía para hacer frente a la crisis”. Estas operaciones garantizan que “las entidades financieras cuenten con herramientas suficientes que les permitan mantener niveles de liquidez adecuados y seguir actuando como canalizadoras de recursos a los diferentes sectores de la economía para solventar las necesidades sociales y económicas del sector empresarial y de los hogares durante la actual emergencia”. Por tanto, estas medidas satisfacen el criterio de finalidad, “en tanto están directamente encaminadas a conjurar la crisis y evitar que los efectos económicos negativos se extiendan irrazonablemente”.

9.6. Las operaciones de fortalecimiento patrimonial del sector real tienen por finalidad la protección del empleo y de la actividad productiva. Al respecto, los intervinientes manifestaron que existe un riesgo de “desestabilización general de la economía del país (...), con sus respectivas consecuencias sociales”, por cuanto las medidas de contención del virus han afectado la actividad productiva de las empresas, las cuales son “generadoras de empleo y motor del aparato productivo”. Por tanto, la ejecución de estas operaciones se justifica en la necesidad de “conservar los puestos de trabajo y mantener la producción (...) como factores fundamentales para conjurar los efectos de la emergencia en la economía”, que no en el “lucro empresarial”. En estos términos, para los intervinientes, estas operaciones se ajustan al deber de intervención del Estado en la economía (art. 334 de la CP) y están relacionadas con las causas que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

4.2. Solicitudes de inexequibilidad

10. Doce intervinientes solicitaron la inexequibilidad de la totalidad del Decreto Legislativo 444 de 2020. Estas solicitudes se fundaron en los siguientes argumentos:

Fundamentos de las solicitudes de inexequibilidad

- i. (i) La destinación de los recursos del FOME es contraria al gasto público social.
- ii. (ii) Los préstamos del FAE y del FONPET vulneran el principio de autonomía territorial.

10.1. La destinación de los recursos del FOME desconoce la prioridad del gasto público social. Los intervinientes adujeron que la finalidad del Decreto Legislativo sub examine es “favorecer a los bancos”, que no “a la población más vulnerable”. En su opinión, las medidas previstas por esta norma “no permiten atender de forma directa al 47% de los trabajadores informales, (...) que no necesariamente dependen de la Banca Comercial”. Así, los recursos del FOME beneficiarán solo al sector financiero, lo que contraviene “el interés general y la garantía del derecho a la vida y salud de los habitantes del territorio nacional”. Esto, en su criterio, desconoce el deber de priorizar el gasto público social previsto por el artículo 334 de la Constitución Política.

10.2. Los préstamos del FAE y del FONPET vulneran el principio de autonomía territorial. Esta medida implica la centralización de los recursos de las entidades territoriales, lo que limita “el campo de acción de los municipios y departamentos para atender la crisis la generada por el Covid-19”. El préstamo de estos recursos debió estar precedido de la “autorización de las entidades territoriales”, en cumplimiento de los principios de “coordinación, concurrencia y subsidiariedad”. Por lo demás, el uso y la administración de estos recursos durante la emergencia debió entregarse a las entidades territoriales.

4.3. Solicitudes de inexecutable parcial

Fundamentos de las solicitudes de inexecutable parcial

- i. (i) La creación del FOME no es una medida necesaria.
- ii. (ii) El Gobierno contaba con otras fuentes de financiamiento distintas a los recursos del FAE y del FONPET.
- iii. (iii) Los recursos del FONPET tienen destinación específica, por lo que no pueden ser prestados al FOME.
- iv. (iv) El uso de los recursos del FONPET constituye una medida desproporcionada, que implica un desmejoramiento de los derechos sociales de los trabajadores.
- v. (v) La expresión “los demás que determine el Gobierno nacional” es indeterminada, no fue suficientemente motivada y no guarda conexidad con las causas y efectos de la crisis.

vi. (vi) Las operaciones de transferencia temporal de valores y de apoyo de liquidez al sector financiero no están relacionadas con las causas y los efectos de la crisis, y, además, son innecesarias y desproporcionadas.

vii. (vii) Las medidas de fortalecimiento patrimonial a las empresas que lleven a cabo actividades de “interés nacional” desconocen el artículo 355 de la Constitución, que prohíbe decretar auxilios o donaciones a favor del sector privado.

viii. (viii) La ejecución de las operaciones de fortalecimiento patrimonial desconoce los artículos 212 y 215 de la Constitución, por prever una indebida delegación de funciones al MinHacienda.

11.1. La creación del FOME no es una medida necesaria. El Gobierno contaba con medios ordinarios para administrar los recursos durante la emergencia. En particular, “debió haber utilizado el Fondo Nacional de Gestión de Riesgos de Desastres”, en lugar de crear el FOME. Aquel tiene por objeto “atender las necesidades originadas en (...) las enfermedades o afecciones de carácter epidémico”, como el coronavirus COVID-19, y, además, “cuenta con características de flexibilidad suficientes como para ser usadas para atender la pandemia”. Por tanto, la creación del FOME no satisface el requisito de necesidad jurídica. En consecuencia, la Corte debe declarar la inexecutable del artículo 1.

11.2. El Gobierno contaba con otras fuentes de financiamiento distintas a los recursos del FAE y del FONPET. El préstamo de los recursos de estos fondos no es una medida necesaria, por cuanto el Gobierno Nacional pudo acudir a otras fuentes de financiamiento ordinarias y extraordinarias para obtener los recursos necesarios para conjurar la crisis. De un lado, las fuentes de financiación ordinarias consisten en: (i) “disponer de parte de las reservas internacionales con las que cuenta el país (...), del orden de 20 billones de pesos”; (ii) “refinanciar la deuda externa” y (iii) “acudir a la financiación del Estado mediante los mecanismos crediticios en cabeza del Banco de la República”. De otro lado, las fuentes de financiación extraordinarias son: (i) “la reorientación del gasto público nacional” y (ii) “la reversión de las recientes reformas tributarias ‘regresivas’”. Ninguna de estas fuentes afecta los recursos de las entidades territoriales ni “desconoce la destinación específica de los recursos del FONPET”. Por tanto, la Corte debe declarar la inexecutable de los artículos 3 (num. 1 y 2), 10, 11, 12, 13 y 14.

11.3. Los recursos del FONPET tienen destinación específica, por lo que no pueden ser prestados al FOME. El artículo 48 de la Constitución prohíbe el uso “de los recursos que se encuentran destinados a las instituciones de seguridad social para cuestiones diferentes a su fin constitucional”. Los recursos del FONPET no son de las entidades territoriales, sino que son “recursos parafiscales” destinados al pago de sus obligaciones pensionales. Por tanto, no pueden ser utilizados “para objetivos fuera del sistema”, como los previstos por el Decreto Legislativo sub examine. En consecuencia, la Corte debe declarar la inexecutable de los artículos 3 (num. 2), 12, 13 y 14.

11.4. El uso de los recursos del FONPET constituye una medida desproporcionada, que implica un desmejoramiento de los derechos sociales de los trabajadores. Los intervinientes indicaron que estos préstamos constituyen “desahorros”, que ponen en riesgo el pago del pasivo pensional de las entidades territoriales. No existen “soportes técnicos que permitan concluir que con los recursos prestados del FONPET se cumpla con el objeto del FOME” o que las condiciones en las que se pagarán los préstamos permiten precaver el “riesgo de desfinanciación del FONPET”. El plazo de retorno y la ausencia de una tasa de interés remuneratoria para dichos préstamos “no resultan proporcionales”, puesto que “hacen más gravosa la adquisición del derecho [pensional]”. Esto desconoce la prohibición de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores durante los estados de excepción (art. 215.9 de la CP). Por tanto, la Corte debe declarar la inexecutable de los artículos 3 (num. 2), 12, 13 y 14.

11.5. La expresión “los demás que determine el Gobierno Nacional” es indeterminada, no fue suficientemente motivada y no guarda conexidad con las causas y efectos de la crisis. Esta expresión es “indeterminada e indeterminable, lo que atenta contra los principios de legalidad y seguridad jurídica”. Esto permite que el Gobierno “abuse del poder (...) en detrimento del tesoro público”. Por lo demás, esta medida no satisface los requisitos de motivación suficiente y conexidad. Esto, por cuanto “no se encuentra siquiera expuesta dentro de la motivación de la norma ni tampoco encuentra nexo de causalidad o ‘relación directa’ con el decreto legislativo 417 de 2020”. Por tanto, la Corte debe declarar la inexecutable del artículo 3 (num. 5).

11.6. Las operaciones de transferencia temporal de valores y de apoyo de liquidez al sector financiero no guardan conexidad con las causas y efectos de la crisis, y, además, son

innecesarias y desproporcionadas. Primero, estas medidas no guardan conexidad interna ni externa con “la necesidad de enfrentar la crisis, sus causas y efectos más inmediatos”. El Gobierno no “explicó en las consideraciones de los decretos o en las pruebas allegadas, ni se deduce con un juicio de causalidad, que las acciones económicas van a ser efectivas para afrontar los problemas que se originaron con la pandemia”. Segundo, no existe prueba de que la crisis hubiese afectado los niveles de liquidez del sector financiero, que justifique la ejecución de estas operaciones. Por el contrario, como señaló el Gobierno, los bancos cuentan con “niveles de liquidez adecuados”. Esto permite concluir la falta de necesidad de la medida. Tercero, resulta desproporcionado autorizar el uso de los recursos del FOME para apoyar al sector financiero, y no para efectuar inversión social en salud. Solo el 9.4% de los “micronegocios” del país “acude al crédito ante entidades financieras”, por lo que la ejecución de estas operaciones “beneficiará a las grandes empresas o a aquellas que tengan vida crediticia o historial crediticio”, que no a la “mayoría de la sociedad colombiana”. Por tanto, la Corte debe declarar la inexequibilidad de los artículos 4 (num. 3), 8 y 9.

11.7. Las medidas de fortalecimiento patrimonial a las empresas que lleven a cabo actividades de “interés nacional” son contrarias al artículo 355 de la Constitución, que prohíbe decretar auxilios o donaciones a favor del sector privado. La jurisprudencia constitucional ha indicado que esta prohibición no es absoluta, sino que debe armonizarse con otras disposiciones constitucionales, por ejemplo, el deber de intervención del Estado en la economía. Sin embargo, para que este tipo de medidas de intervención se ajusten a la Constitución, es necesario que la medida: (i) determine “de manera concreta y explícita su finalidad, destinatarios, alcances materiales y temporales, condiciones y criterios de asignación, publicidad e impugnación”; (ii) “reporte beneficios a la sociedad en su conjunto”, o (iii) contribuya a “fortalecer la capacidad de acceso a los más pobres a los bienes y servicios públicos esenciales”. En el caso concreto, debido a la indeterminación de las expresiones “interés nacional” y “entre otras”, “no se puede realizar un control previo y posterior para el destino de los recursos públicos”, en los términos antes señalados. Esto desconoce lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución. Por tanto, los intervinientes solicitaron la inexequibilidad de las expresiones “interés nacional” y “entre otras”, y, en subsidio, de la totalidad de los artículos 4 (num. 4 y 5), 5 y 15.

11.8. La ejecución de las operaciones de fortalecimiento patrimonial desconoce los artículos 212 y 215 de la Constitución, por prever una indebida delegación de funciones al

MinHacienda. El artículo 15 del Decreto Legislativo prevé que el MinHacienda “determinará las inversiones” que se llevarán a cabo en virtud de las operaciones de fortalecimiento patrimonial. Para los intervinientes, esta disposición implica una indebida delegación de funciones al referido ministerio. Durante los estados de excepción, el Presidente es “el único que puede dictar decretos con fuerza de ley destinados únicamente a conjurar la crisis”, por lo que “pretender delegar las condiciones de una operación tan importante como la aquí descrita en un ministerio, violaría flagrantemente el régimen de intrasferibilidad de las funciones propias del Presidente de la República”. Por tanto, la Corte debe declarar la inexecutable del artículo 15 (inc. 2).

12. En conclusión, las solicitudes de inexecutable parcial recaen sobre los siguientes artículos:

Inexecutable

Fundamento

Art. 1

No satisfacen el requisito de necesidad.

Arts. 3 (num. 1 y 2), 10, 11, 12, 13 y 14

Art. 3 (num. 5)

No satisface los requisitos de motivación suficiente y conexidad.

Arts. 3 (num. 2), 12, 13 y 14

Desconocen la destinación específica de los recursos del FONPET.

No satisfacen el requisito proporcionalidad.

Arts. 4 (num. 3), 8 y 9

No satisfacen los requisitos de conexidad, necesidad y proporcionalidad.

Arts. 4 (num. 4 y 5), 5 y 15

Vulneran el artículo 355 de la CP.

Art. 15 (inc. 2)

Vulnera los artículos 212 y 215 de la CP.

4.4. Solicitudes de exequibilidad condicionada

13. Veintiún intervinientes solicitaron la exequibilidad condicionada del Decreto Legislativo 444 de 2020. Estas solicitudes se fundan en los siguientes argumentos:

Fundamentos de las solicitudes de exequibilidad condicionada

i. (i) El uso de los recursos del FOME debe priorizar el gasto público social para la atención en salud y la protección de la población vulnerable.

ii. (ii) Las entidades territoriales deben ser beneficiarias de las transferencias de recursos del FOME.

iii. (iii) Las operaciones de transferencia temporal de valores y de apoyo de liquidez no deben implicar enriquecimiento de los bancos.

iv. (iv) La indeterminación de la expresión “interés nacional” desconoce los principios de seguridad jurídica e igualdad, porque permite actuaciones arbitrarias y discriminatorias en la ejecución de las operaciones de fortalecimiento patrimonial.

v. (v) La ejecución de los recursos del FOME debe estar sujeta a un sistema especial de vigilancia y control.

vi. (vi) La administración del FOME debe garantizar la participación de las entidades territoriales.

vii. (vii) La administración de los recursos del FOME debe llevarse a cabo por medio de subcuentas.

viii. (viii) Los costos generados por la ejecución de los instrumentos y contratos celebrados para el cumplimiento del objeto del FOME deben ser adecuados para conjurar la crisis y sus

efectos.

ix. (ix) Los préstamos del FAE y del FONPET deben prever tasas de interés remuneratorias.

13.1. El uso de los recursos del FOME debe priorizar el gasto público social para la atención en salud y la protección de la población vulnerable. Los intervinientes señalaron que del “Estado Social de Derecho” y de los compromisos adquiridos en el marco del PIDESC, deriva la obligación del Gobierno de “actuar para proteger la vida, integridad y salud de los colombianos en el contexto del estado de emergencia”, por medio del gasto público social. Así, habida cuenta de que los efectos de la crisis reflejan, principalmente, riesgos a la salud y al mínimo vital de los grupos más vulnerables, el Gobierno debió prever medidas específicas dirigidas a precaver dichos riesgos. Sin embargo, el Decreto Legislativo sub examine no contiene medida alguna en este sentido, a pesar de que la atención en salud forma parte del objeto del FOME. Por tanto, la exequibilidad de los artículos 2 y 4 del Decreto Legislativo 444 de 2020 debe condicionarse en el sentido de que “el uso prioritario de los recursos del FOME debe ser el fortalecimiento de la capacidad, calidad y nivel de cubrimiento del sistema de salud y la financiación de medidas sociales y económicas destinadas a los sectores sociales en situación de extrema pobreza, a grupos sociales vulnerables, como lo son las personas de edad, con discapacidades, los refugiados, las poblaciones afectadas por el conflicto y las comunidades sujeto de discriminación y desventajas estructurales”.

13.2. Las entidades territoriales deben ser beneficiarias de las transferencias de recursos del FOME. El Decreto Legislativo no previó un sistema que permita que las entidades territoriales reciban transferencias del FOME. Estas no “se incluyen dentro de las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación”, por lo que “no podrán percibir recursos del FOME”. Las transferencias a las entidades territoriales son “especialmente importantes en una coyuntura como la del Covid19, en la cual es apremiante que puedan contar con recursos financieros para tomar medidas eficientes que contengan la pandemia en sus regiones”. Por tanto, la exequibilidad de los artículos 4 (num. 1) y 16 debe condicionarse en el sentido de incluir “a las entidades territoriales en las transferencias del Presupuesto [General de la Nación]”.

13.3. Los costos generados por la ejecución de los instrumentos y contratos celebrados para el cumplimiento del objeto del FOME deben ser adecuados para conjurar la crisis y sus

efectos. Los intervinientes advierten que “existen contratos especializados que pueden generar costos que no se derivan de la administración general de recursos a través de dicho sistema”. Estos incluyen “(i) la custodia de títulos valores distintos a los ya administrados; (ii) los ocasionados por el uso de cámaras de riesgo central de contraparte; (iii) los servicios de transferencia temporal de valores; (iv) la contratación de bancas de inversión o evaluadores de riesgo para la toma de decisiones en inversiones o financiamiento a que hace referencia el artículo 4 del Decreto Legislativo 444 de 2020 [y] (v) la contratación de medios de pago no bancarios para la dispersión de recursos a población vulnerable, entre otros”. El Decreto Legislativo no limita la destinación de recursos del FOME para el pago de “otros costos que no se derivan de la administración general de recursos”, los cuales “no son adecuados para conjurar o limitar los efectos de la actual emergencia”. Por tanto, la exequibilidad del artículo 4 (num. 2) debe condicionarse en el sentido de que “los costos generados para la administración del FOME deben ser adecuados para atender el estado de Emergencia, Económica y Social de manera directa y específica a los objetivos fijados en el artículo 2 del Decreto 444 de 2020”.

13.4. Las operaciones de transferencia temporal de valores y de apoyo de liquidez no deben implicar un enriquecimiento de los bancos. El sistema financiero “es determinante para garantizar la estabilidad del sistema económico del país y ha de ser un mecanismo para distribuir las ayudas económicas” para conjurar la crisis. Sin embargo, la ejecución de estas operaciones no pueden dar lugar al enriquecimiento de los bancos. La transferencia temporal de valores y los apoyos de liquidez deben tener por finalidad “la atención de los sectores vulnerables, pobres, informales, profesionales o de las pequeñas y medianas empresas (mipymes) que tienen un riesgo mayor a la luz de las actuales circunstancias”. Respecto a la regulación sobre el financiamiento y reestructuración de los créditos, los intervinientes solicitaron que se adopten criterios de priorización “a los sectores profesionales más vulnerables y a las pequeñas y medianas empresas (mipymes), mayormente afectadas por la crisis” . Por tanto, la exequibilidad de los artículos 4 (num. 3), 8 y 9 debe condicionarse en el sentido de que: (i) “no se puede derivar ningún enriquecimiento o incremento patrimonial a la banca privada y pública”; (ii) “se debe garantizar que el acceso al financiamiento o reestructuración de créditos esté sometido a criterios de priorización a los sectores profesionales más vulnerables y a las pequeñas y medianas empresas (mipymes), mayormente afectadas por la crisis”, así como a “poblaciones vulnerables”, y (iii) “la asignación de crédito no [debe] estar sujeta al sistema de gestión de riesgos de operaciones

de mercado abierto establecido en condiciones de operación normal de la banca y de la economía”.

13.5. La indeterminación de la expresión “interés nacional” vulnera los principios de seguridad jurídica e igualdad, porque permite actuaciones arbitrarias y discriminatorias en la ejecución de las operaciones de fortalecimiento patrimonial. El Decreto Legislativo no define el alcance de esta expresión. Esto “vací[a] de contenido la delimitación de los beneficiarios de la medida” de fortalecimiento patrimonial y, a su vez, “excluye injustificadamente otros actores económicos igual o más gravemente afectados por la emergencia”. Para los intervinientes, esto implica “un riesgo en cuanto a la discrecionalidad de la administración del FOME”, porque será el MinHacienda la entidad que determinará los beneficiarios de las operaciones de fortalecimiento patrimonial. Asimismo, esto “llevaría a desproteger a un sector vulnerable y de gran impacto en la economía, como son las pequeñas y medianas empresas”, respecto de las cuales el Decreto Legislativo sub examine no dispuso medida alguna para garantizar la continuidad de su actividad productiva. En estos términos, los intervinientes concluyeron que esta indeterminación desconoce los principios de seguridad jurídica e igualdad, en tanto permite actuaciones arbitrarias y discriminatorias en la ejecución de las operaciones de fortalecimiento patrimonial por parte del MinHacienda. Por tanto, la exequibilidad de los artículos 4 (num. 4 y 5) y 15 debe condicionarse, con el fin de definir el alcance de la expresión “interés nacional”, e incluir en dicha definición a “las empresas relacionadas con la producción de elementos médicos, que permiten la prestación de servicios públicos, así como aquellas de las que depende la satisfacción de la necesidad de la población, como la producción, provisión y aprovisionamiento de alimentos”, a “las pequeñas y medianas empresas (mipymes)” y a las empresas que desarrollen actividades de “interés territorial”.

13.6. La ejecución de los recursos del FOME debe estar sujeta un sistema especial de vigilancia y control. El Gobierno debió prever un “mecanismo de control administrativo y fiscal especial para vigilar y controlar la eficiente destinación de los recursos” del FOME. La regulación de este mecanismo es una medida necesaria para “garantizar las funciones básicas de vigilancia y control fiscal, debido a las características especiales de esta emergencia (...) e incluso por las facultades generales y discrecionales de la administración para la destinación de recursos” de este fondo. Los intervinientes mencionaron que las medidas de aislamiento preventivo y cuarentena afectan “el normal funcionamiento de las

funciones básicas del Estado”, entre ellas, el ejercicio del control fiscal. Asimismo, el Decreto Legislativo sub examine otorga al MinHacienda “facultades amplias y generales” respecto de la administración de los recursos, “la fijación de los recursos de manera discrecional a medida que vaya evolucionando la pandemia, en la definición de los procesos de traslado de liquidez al sector financiero y en la asignación de recursos a otras entidades estatales y a las empresas de ‘interés nacional’”. En tales términos, la falta de regulación de dicho mecanismo podría desconocer “la prohibición consagrada en el artículo 15 de la LEEE”. Por tanto, la exequibilidad del párrafo del artículo 4 debe condicionarse, con el fin de fijar “mecanismos especiales de vigilancia y control fiscal sobre las rentas estatales que tendrá el FOME”.

13.7. La administración de los recursos del FOME debe garantizar la participación de las entidades territoriales. A pesar de su “naturaleza exógena”, los ahorros del FAE y del FONPET son recursos de las entidades territoriales, por medio de los cuales ejercen su “autonomía fiscal”. La administración de los recursos prestados de estos fondos debe garantizar un “reducto mínimo de autonomía”, en atención al impacto que estos préstamos pueden tener en “la definición de los planes de desarrollo” territoriales. Por esta razón, el Decreto Legislativo debió prever un mecanismo de participación de las entidades territoriales en la administración de los recursos del FOME, de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Por tanto, la exequibilidad de los artículos 4 (par.), 6 y 7 debe condicionarse en el sentido de que “se garantice una participación activa y especial de las entidades territoriales en estas decisiones, teniendo en cuenta los principios de concurrencia y coordinación entre las entidades territoriales y la Nación, partiendo del hecho de que los recursos del FOME provinieron de recursos destinados para necesidades en el marco de su autonomía fiscal”.

13.8. La administración de los recursos del FOME debe llevarse a cabo por medio de subcuentas. El Decreto 417 de 2020 previó “la creación del FOME con las subcuentas necesarias para atender las necesidades de atención en salud, los efectos adversos de la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento”. Esto obligaba al Gobierno a crear subcuentas específicas, en atención a cada uno de los objetos del FOME. Por tanto, la exequibilidad de los artículos 6 y 7 debe condicionarse en el sentido de que los recursos del FOME “se manejarán y ejecutarán en subcuentas diferentes según cada uno de los subsectores a los que se dirige la atención de la emergencia y de sus secuelas económicas y sociales”.

13.9. Los préstamos del FAE y del FONPET deben prever tasas de interés remuneratorias. El Gobierno debió fijar una tasa de interés remuneratoria, para mantener el poder adquisitivo de los recursos prestados. Si bien el uso de estos recursos a título de préstamo “no afecta la destinación ni el manejo” previsto por la normativa vigente, “el establecer que el interés a pagar será cero, no tiene en cuenta el fenómeno de pérdida de poder adquisitivo como resultado de la inflación”. Esto implica que dicho préstamo, en el caso del FAE, podría constituir “un desahorro”; y, en el caso del FONPET, podría desconocer el artículo 48.6 de la Constitución, el cual prescribe que “la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”. Por tanto, la exequibilidad de los artículos 11 y 12 debe condicionarse en el sentido de que “los préstamos del FAE y del FONPET serán remunerados a una tasa de interés del 3%”.

14. En conclusión, las solicitudes de exequibilidad condicionada recaen sobre los siguientes artículos:

Exequibilidad

Condicionamiento solicitado

Arts. 2 y 4

En el sentido de que “el uso prioritario de los recursos del FOME debe ser el fortalecimiento de la capacidad, calidad y nivel de cubrimiento del sistema de salud y la financiación de medidas sociales y económicas destinadas a los sectores sociales en situación de extrema pobreza y a grupos sociales vulnerables”.

Arts. 4 (num. 1) y 16

En el sentido de incluir “a las entidades territoriales en las transferencias del Presupuesto General de la Nación”.

Art. 4 (num. 2)

En el sentido de que “los costos generados para la administración del FOME deben ser adecuados para atender el estado de Emergencia, Económica y Social de manera directa y específica a los objetivos fijados en el artículo 2 del Decreto 444 de 2020”.

Arts. 4 (num. 3), 8 y 9

En el sentido de que (i) “no se puede derivar ningún enriquecimiento o incremento patrimonial a la banca privada y pública”, y (ii) “se debe garantizar que el acceso al financiamiento o reestructuración de créditos esté sometido a criterios de priorización a los sectores profesionales más vulnerables y a las pequeñas y medianas empresas (mipymes), mayormente afectadas por la crisis”, así como a “poblaciones vulnerables”, y (iii) “la asignación de crédito no [debe] estar sujeta al sistema de gestión de riesgos de operaciones de mercado abierto establecido en condiciones de operación normal de la banca y de la economía”.

Arts. 4 (num. 4 y 5) y 15

La definición de “interés nacional” debe incluir a “las empresas relacionadas con la producción de elementos médicos, que permiten la prestación de servicios públicos, así como aquellas de las que depende la satisfacción de la necesidad de la población, como la producción, provisión y aprovisionamiento de alimentos”, a “las pequeñas y medianas empresas (mipymes)” a las empresas que desarrollen actividades de “interés territorial”.

Arts. 4 (par.)

La administración de los recursos del FOME debe estar sujeta a “mecanismos especiales de vigilancia y control fiscal sobre las rentas estatales que tendrá el FOME”.

Arts. 4 (par.), 6 y 7

En el sentido de que “se garantice una participación activa y especial de las entidades territoriales en estas decisiones, teniendo en cuenta los principios de concurrencia y coordinación entre las entidades territoriales y la Nación, partiendo del hecho de que los recursos del FOME provinieron de recursos destinados para necesidades en el marco de su autonomía fiscal”.

Arts. 6 y 7

En el sentido de que los recursos del FOME “se manejarán y ejecutarán en subcuentas diferentes según cada uno de los subsectores a los que se dirige la atención de la

emergencia y de sus secuelas económicas y sociales”.

Arts. 11 y 12

En el sentido de que “los préstamos del FAE y del FONPET serán remunerados a una tasa de interés del 3%”.

4.5. Otras intervenciones

15. Once intervinientes no formularon solicitud alguna. Sus escritos se refieren a: (i) los estudios sobre el impacto económico de la crisis, (ii) la información científica y técnica sobre el coronavirus COVID-19, (iii) la conveniencia de las medidas previstas por el Decreto Legislativo 444 de 2020 y (iv) el impacto de las medidas de contención del virus respecto de los derechos de las mujeres, los migrantes y los sujetos privados de la libertad.

5. Concepto del Procurador General de la Nación

16. El 20 de mayo de 2020, el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte que declare la exequibilidad condicionada de los artículos 3 (num. 5), 12 y 14, del Decreto Legislativo sub examine. El Procurador se refirió a dos asuntos. Primero, señaló que el Decreto Legislativo 444 de 2020 cumple con los requisitos formales de constitucionalidad. Esto, por cuanto fue (i) suscrito por el Presidente y todos los ministros, (ii) proferido durante la vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado mediante el Decreto 417 de 2020, y (iii) motivado en debida forma.

17. Segundo, el Procurador señaló que, en términos generales, la norma sub examine cumple con la mayoría de los requisitos materiales de constitucionalidad. Al respecto, indicó que las medidas adoptadas por el Decreto Legislativo 444 de 2020 superan los juicios de: (i) conexidad, en tanto “pretenden garantizar la disponibilidad inmediata de recursos que llegare a requerir la Nación (...) para [asegurar la] atención en salud y [conjurar] los efectos adversos en la actividad productiva y económica del país”; (ii) prohibición de arbitrariedad e intangibilidad, dado que no “tienen incidencia negativa en el núcleo esencial de derechos fundamentales ni impone restricciones a los derechos intangibles”; (iii) finalidad, por cuanto están “relacionadas con la superación de la crisis que dio lugar a la emergencia económica, social y ecológica”; (iv) motivación suficiente, puesto que los considerandos de este Decreto

Legislativo y del Decreto 417 de 2020 “refieren la necesidad de crear un fondo cuenta especial del orden nacional para la atención transitoria de los efectos que la propagación de la pandemia genere en el sector salud y en la estabilidad económica”; (v) incompatibilidad, en tanto no existe “una contraposición normativa”, en la medida en que “no se altera la forma de financiación de los fondos FAE y FONPET, ni cambia la destinación específica que los mismos le han de dar a sus recursos en el giro ordinario (...), ni se desnaturalizan las obligaciones a ellos asignadas”; (vi) necesidad, porque, debido a la naturaleza de la emergencia y sus efectos en el sistema de salud y en la economía, “es factible contemplar la posibilidad de que los recursos ordinarios no sean suficientes para superar la crisis e impedir la expansión de sus efectos”; (vii) no discriminación, dado que “no imponen tratos diferenciados sospechosos”; y, finalmente, (viii) proporcionalidad, por cuanto “resultan adecuadas de cara a la calamitosa situación generada por el contagio del COVID-19 a que se ve expuesta la Nación”.

18. Sin embargo, el Procurador consideró que algunas medidas del Decreto Legislativo 444 de 2020 no superan el juicio de no contradicción específica, por lo que es necesario declarar su exequibilidad condicionada. En particular, se refirió a las siguientes dos medidas. De un lado, se refirió al artículo 3 (num. 5), en virtud del cual los recursos del FOME provendrán de las “demás [fuentes] que determine el Gobierno Nacional”. Señaló que “el Congreso es el único competente para definir los recursos de funcionamiento de un fondo cuenta”, en virtud de lo dispuesto por el artículo 150.11 de la Constitución. Por tanto, las demás fuentes que determine el Gobierno Nacional deben estar previstas en una “norma con fuerza material de ley”. Por estas razones, solicitó la exequibilidad condicionada de la expresión “los demás que determine el Gobierno nacional”, contenida en el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 444 de 2020, en el entendido de que “la determinación de los recursos del FOME por parte del Gobierno Nacional debe hacerse sobre los que este pueda disponer para ese fin, para lo que se requiere una norma con fuerza material de ley en el marco del Estado de Emergencia”.

19. De otro lado, se refirió a los artículos 12 y 14, que prevén los préstamos del FONPET como fuente de financiación del FOME. Manifestó que “el extenso y genérico lapso de repago de los recursos prestados (10 vigencias fiscales) en las tres formas de préstamo, podría poner en riesgo el pago de las obligaciones pensionales”. Esto, por cuanto, a su juicio, “los artículos no precisan el término durante el cual se debe garantizar la operación del FONPET y que, por lo tanto, determinaría los recursos disponibles para préstamos”. Por tanto, solicitó la

exequibilidad condicionada de las expresiones “recursos necesarios para garantizar su operación” y “siempre que no se comprometa el pago de las obligaciones a cargo de dicho Fondo en cada una de las vigencias correspondientes”, contenidas en los artículos 12 y 14, respectivamente, del Decreto 444 de 2020, en el entendido de que “para determinar los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de Entidades Territoriales – FONPET que puede solicitar la Nación a título de préstamo, se debe fijar como límite la disponibilidad del valor actuarial de las obligaciones pensionales de por lo menos diez (10) vigencias fiscales, lapso en el que la Nación ha de reembolsar los recursos que llegare a solicitar en calidad de préstamo”.

1. 1. Competencia

20. La Corte Constitucional es competente para decidir acerca de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 444 de 2020, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 215 y 241.7 de la Constitución Política, 55 de la LEEE, así como 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991.

2. Problema jurídico y metodología de la decisión

21. Corresponde a la Corte resolver el siguiente problema jurídico: ¿El Decreto Legislativo 444 de 2020 cumple con los requisitos formales y materiales previstos por la Constitución Política, la LEEE y la jurisprudencia constitucional?

22. Para responder este problema jurídico, la Sala Plena seguirá la siguiente metodología. Primero, presentará la caracterización general de los estados de excepción, en particular, del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Segundo, determinará el alcance del control de constitucionalidad en este tipo de asuntos. Tercero, se referirá al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado mediante el Decreto 417 de 2020. Cuarto, explicará la justificación, el contenido y el alcance del Decreto Legislativo 444 de 2020. Quinto, examinará el cumplimiento de los requisitos formales del Decreto Legislativo sub examine. Finalmente, analizará si las medidas adoptadas por la norma objeto de control cumplen con los requisitos materiales de constitucionalidad.

3. Caracterización general de los estados de excepción. El Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

23. La Corte Constitucional ha definido la naturaleza y el alcance del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, previsto por el artículo 215 de la Constitución Política. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha precisado las fuentes, los criterios y los estándares que se deben tener en cuenta en el marco del control de constitucionalidad de los decretos legislativos que dicta el Presidente de la República. A continuación, la Corte reitera su precedente sobre la materia, con el propósito de aplicarlo en el control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 444 de 2020.

24. Los artículos 212 a 215 de la Constitución Política regulan los estados de excepción. Con fundamento en estas disposiciones, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, puede declarar tres tipos de estados de excepción: (i) Guerra Exterior, (ii) Conmoción Interior y (iii) Emergencia Económica, Social y Ecológica.

25. La regulación constitucional y estatutaria de los estados de excepción se funda en el carácter reglado, excepcional y limitado, de los mismos. Al respecto, la Constitución prevé un complejo sistema de controles con las finalidades de garantizar “el carácter excepcionalísimo de las medidas de emergencia en Colombia” y que “el uso de estas herramientas sea una potestad reglada, (...) sometida a las disposiciones constitucionales, legales y del bloque de constitucionalidad”. La naturaleza reglada, excepcional y limitada, de los estados de excepción se garantiza por medio de su estricta regulación en la Constitución y en la LEEE, así como mediante sus especiales dispositivos de control político y judicial.

26. La Constitución Política dispone un complejo sistema de controles políticos específicos para los estados de excepción, tales como (i) la autorización del Senado para la declaratoria del Estado de Guerra Exterior; (ii) el concepto favorable del Senado para la segunda prórroga del Estado de Conmoción Interior; (iii) las reuniones del Congreso por derecho propio; (iv) los informes que debe presentar el Gobierno Nacional al Congreso de la República sobre su declaratoria y evolución; y, finalmente, (v) la competencia del Congreso para declarar la responsabilidad política del Presidente y de los ministros por la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, sin la ocurrencia de los supuestos contemplados en los preceptos constitucionales, o por el abuso en el ejercicio de las facultades excepcionales.

27. La Constitución también prevé el control judicial constitucional automático de los

decretos legislativos expedidos en el marco de los estados de excepción, según lo dispuesto por los artículos 212 a 215 de la Constitución Política. Este control de constitucionalidad también está regulado por los artículos 55 de la LEEE y 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991.

28. A la luz del artículo 215 de la Constitución Política, el Estado de Emergencia podrá ser declarado por el Presidente de la República y todos los ministros siempre que sobrevengan hechos distintos a los previstos por los artículos 212 y 213 ibidem que: (i) perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que (ii) constituyan grave calamidad pública. Este último concepto ha sido definido por la Corte Constitucional como “una desgracia o infortunio que afecta intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella”. La calamidad pública alude a un evento o episodio traumático, derivado de causas naturales o técnicas, que altera gravemente el orden económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobreviniente.

29. En relación con la naturaleza de los acontecimientos que pueden dar lugar a la declaratoria de la emergencia, la Corte ha resaltado que “no solo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad, sino que, además, deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el transcurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales”. En tales términos, esta Corte ha reconocido que la calamidad pública puede provenir de una causa natural, como ha sucedido por cuenta de temblores o terremotos, avalanchas, desbordamientos de ríos, inundaciones, etc.; o de una causa técnica, como es el caso del cierre de una frontera internacional o “accidentes mayores tecnológicos”.

30. Desde la expedición de la Constitución Política, se han declarado estados de emergencia económica, social y ecológica por distintas razones: (i) la fijación de salarios de empleados públicos; (ii) la crisis en el servicio público de energía eléctrica; (iii) los desastres naturales; (iv) la revaluación del peso frente al dólar; (v) el deterioro de la situación de los establecimientos de crédito; (vi) las actividades relacionadas con el manejo, el aprovechamiento y la inversión de los recursos captados del público; (vii) los servicios públicos de seguridad social y atención en salud, y, por último, (viii) la situación fronteriza

con Venezuela.

31. El artículo 215 de la Constitución Política prescribe, además, que el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, solo puede declararse “por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario”. A su vez, la misma disposición prevé que, en el marco del Estado de Emergencia, los decretos legislativos tendrán fuerza de ley y deberán ser (i) motivados, (ii) firmados por el Presidente y todos los ministros, así como (iii) destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Asimismo, tales decretos (iv) deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia y (v) podrán, de forma transitoria, crear nuevos tributos o modificar los existentes, los cuales dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

32. Por último, el referido artículo 215 prevé que el decreto que declare el Estado de Emergencia debe indicar el término dentro del cual el Presidente ejercerá las facultades extraordinarias y convocar al Congreso, si este no se hallare en funcionamiento, para que se reúna dentro de los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. Este mismo artículo instituye que, en el marco del estado de emergencia, el Congreso: (i) examinará, hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y la oportunidad de las mismas; (ii) podrá derogar, modificar o adicionar, los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, así como ejercer sus atribuciones constitucionales, y (iii) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el Gobierno Nacional.

4. Alcance del control de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

33. Los estados de excepción pretenden, en el marco de la Constitución Política, responder a situaciones graves y anormales que no pueden ser enfrentadas por el Estado con el mero ejercicio de sus competencias ordinarias. Sin embargo, una característica propia del Estado constitucional democrático es que los estados de excepción no pueden ser omnímodos ni

arbitrarios. El ordenamiento superior prevé una serie de requisitos que deben cumplirse tanto en los decretos legislativos que declaran el estado de excepción, como en aquellos que prevén las medidas legales extraordinarias para conjurar la crisis. Tales requisitos son analizados por la Corte para verificar la compatibilidad de tales decretos con la Constitución Política. Esto, bajo el entendido de que los estados de excepción son mecanismos extraordinarios, pero, en todo caso, sometidos a las condiciones impuestas por la Constitución.

34. La Corte ha señalado que los requisitos mencionados se encuentran en tres fuentes normativas concretas, las cuales constituyen parámetro de constitucionalidad: (i) las disposiciones de la Constitución Política que regulan los estados de excepción (Arts. 212 a 215 CP); (ii) la regulación prevista por la LEEE; y (iii) las normas de derecho internacional de los derechos humanos que prevén tanto los requisitos de declaratoria, como las garantías que no pueden ser suspendidas en esas situaciones excepcionales (derechos intangibles) (Arts. 93.1 y 214 CP). La existencia de un régimen jurídico con sujeción al cual deben ejercerse las competencias en el marco de un estado de excepción concreta el principio de legalidad que, como lo ha indicado esta Corte, implica que: (i) el Gobierno debe actuar con sujeción a las normas nacionales que rigen los estados de excepción y (ii) las suspensiones extraordinarias de los derechos y libertades que tengan lugar en razón de la crisis no deben ser incompatibles con las obligaciones del Estado y, en particular, con aquellas derivadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

35. La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que el control de constitucionalidad de los decretos expedidos al amparo del Estado de Emergencia tiene dos facetas: formal y material. Este escrutinio tiene por objeto asegurar que todos los límites previstos para el ejercicio de las facultades de excepción sean debidamente respetados por el Gobierno Nacional.

36. El examen formal del decreto implica que la Corte verifique, en su orden, el cumplimiento de tres requisitos básicos: (i) la suscripción por el Presidente de la República y por todos sus ministros; (ii) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) la existencia de motivación. Asimismo, en los casos en los cuales se hubiere declarado el estado de emergencia en solo una parte del territorio, la Corte debe examinar que los decretos legislativos no la excedan.

37. El examen material comprende varios escrutinios que, como lo ha señalado la Corte, son expresión de los principios que guían los estados de excepción. La práctica decisonal de esta Corte evidencia algunas divergencias en el orden, contenido y agrupación de tales juicios. Si bien dichas diferencias no han afectado el rigor del control constitucional, es oportuno unificar su alcance, a fin de enunciar y caracterizar cada uno de los juicios, con la indicación del orden en que deben ser aplicados.

38. El juicio de finalidad está previsto por el artículo 10 de la LEEE. A la luz de este juicio, toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión o agravación de sus efectos.

39. El juicio de conexidad material está dispuesto por los artículos 215 de la Constitución Política y 47 de la LEEE. Con este juicio, la Corte determina si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista: (i) interno, esto es, la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente y (ii) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia.

40. Con el juicio de motivación suficiente, la Corte determina si, además de que el decreto contiene sus fundamentos, el Presidente ha presentado razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas. Esta motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas, sobre todo a aquellas que limitan derechos constitucionales. Esto, por cuanto el artículo 8 de la LEEE instituye que los “decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales”.

41. Por medio del juicio de ausencia de arbitrariedad, la Corte comprueba que el decreto legislativo no disponga medidas que violen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. En particular, la Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales; (ii) no

interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, por último, (iii) no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

42. El juicio de intangibilidad parte del reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia constitucional acerca del carácter “intocable” de algunos derechos, los cuales, a la luz de los artículos 93 y 214 de la Constitución Política, no pueden ser restringidos ni siquiera durante los estados de excepción. La Corte ha concluido que, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, son derechos intangibles el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; los principios de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; los derechos a elegir y ser elegido; los derechos 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 y el derecho al habeas corpus. Son igualmente intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

43. Por medio del juicio de no contradicción específica, la Corte verifica que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contradigan, de manera específica, la Constitución o los tratados internacionales, y (ii) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el contenido de los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE. La Corte Constitucional ha destacado que, por expreso mandato constitucional y legal, dentro de este marco está prohibido que el Gobierno desmejore los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados por el artículo 215 de la Constitución Política.

44. Mediante el juicio de incompatibilidad, previsto por el artículo 12 de la LEEE, la Corte debe examinar que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción.

45. El juicio de necesidad está previsto por el artículo 11 de la LEEE. Por medio de este juicio,

la Corte verifica que las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean indispensables para lograr los fines de la declaratoria del estado de excepción. La Corte ha señalado que, con este juicio, debe analizarse: (i) la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el Presidente de la República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis, y (ii) la necesidad jurídica o subsidiariedad, que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

46. Mediante el juicio de proporcionalidad, previsto por el artículo 13 de la LEEE, la Corte examina si las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción son respuestas equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Asimismo, la Corte ha precisado que el examen de proporcionalidad implica constatar que las restricciones a derechos y garantías constitucionales se impongan en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad. La Corte Constitucional advierte que este examen particular no excluye la aplicación del examen de proporcionalidad cuando ello sea necesario para controlar restricciones a derechos constitucionales, por ejemplo, en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

47. Por último, el juicio de no discriminación tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE. Por medio de este juicio, la Corte determina que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no impliquen segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes injustificados.

5. El Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por medio del Decreto 417 de 2020

48. Mediante el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, el Presidente, con la firma de todos los ministros, declaró el “Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional”, por el término de 30 días, contados a partir de la vigencia de dicho decreto. Esta declaratoria estuvo fundada en la necesidad de adoptar medidas

extraordinarias para afrontar la “crisis sanitaria y social” causada por el brote del nuevo coronavirus COVID-19.

49. Como fundamento de este Decreto, el Gobierno Nacional dio cuenta de los efectos de la crisis en la salud pública y en la economía. En particular, indicó que estos se manifiestan en: (i) el aumento del “costo de atención en salud en \$4.631,085.235.141 de pesos”, sin tener en cuenta los costos por pago de incapacidades, por inversión para aumentar la oferta de unidades de cuidados intensivos y por la expansión del “área de aislamiento a través de habilitación de capacidad hotelera”; y (ii) las “afectaciones al sistema económico”, puesto que, de un lado, las medidas sanitarias de contención del virus “resultan en una reducción de los flujos de caja de las personas y de las empresas”, y, de otro, la crisis de precios del petróleo y la revaluación del dólar podrían “inducir un deterioro en el balance del Gobierno Nacional Central de más de 3bn de COP en 2020”. Por lo anterior, consideró que las medidas ordinarias resultaban insuficientes para “conjurar el efecto [de la crisis] en la salud pública, el ingreso básico de los colombianos, la estabilidad económica de los trabajadores y de las empresas, la actividad económica de los trabajadores independientes, y la sostenibilidad fiscal de la economía”.

50. El Gobierno aludió a una serie de medidas extraordinarias para conjurar crisis e impedir la extensión de sus efectos. Estas incluyen: (i) la creación del “Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME, para atender las necesidades de atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento”, y (ii) los préstamos de los recursos del FAE y del FONPET, como fuentes de “recursos adicionales para que el Gobierno Nacional pueda enfrentar las mayores necesidades sociales y económicas ocasionadas” por la emergencia, entre otras medidas.

51. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del Decreto 417 de 2020 por medio de la Sentencia C-145 de 2020. La Sala Plena consideró que este Decreto: (i) cumplió con los requisitos formales; (ii) fue expedido tras una situación imprevisible, sobreviniente e intempestiva, que (iii) configuró una auténtica calamidad pública que afectó gravemente el orden económico y social; y (iv) estuvo justificado en la insuficiencia de las facultades ordinarias del ejecutivo para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos. Por tanto, la Corte concluyó que dicho decreto satisfizo los presupuestos fácticos, valorativos y

de suficiencia previstos por la jurisprudencia constitucional.

6. Justificación, contenido y alcance del Decreto Legislativo 444 de 2020

52. En el marco del estado de emergencia declarado por medio del Decreto 417 de 2020, el Presidente, con la firma de todos los ministros, expidió el Decreto Legislativo 444 de 21 de marzo de 2020, “Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias –FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

53. Este Decreto Legislativo tiene por finalidad disponer de nuevas fuentes de recursos que permitan “concretar las medidas que se requieren para aliviar las consecuencias económicas y sociales” de la actual emergencia económica, social y ecológica. Al respecto, sus considerandos dan cuenta de la necesidad de “contar con recursos adicionales a los disponibles a través de los mecanismos ordinarios, que puedan ejecutarse de forma ágil e inmediata con el fin de destinarlos exclusivamente a implementar medidas, dirigidas entre otros, a fortalecer el sistema de salud para garantizar las condiciones necesarias de atención y prevención en el marco de la rápida propagación del nuevo coronavirus COVID-19, así como a contrarrestar la afectación de la estabilidad económica y social que ello conlleva”. A su vez, explicita la necesidad de “aprobar créditos adicionales y realizar traslados, distribuciones, modificaciones y desagregaciones al Presupuesto General de la Nación”, para “aliviar las consecuencias económicas y sociales de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia”.

54. Asimismo, los considerandos de este Decreto refieren la necesidad de acudir a fuentes de financiación extraordinarias para obtener recursos adicionales. El impacto económico generado por la propagación del brote del coronavirus COVID-19 imposibilita “pronosticar con algún grado de certeza el comportamiento” de los mercados financieros internacionales y limita “la capacidad de implementar medidas de política fiscal contra cíclicas (...), por lo que actualmente no resulta financieramente viable ni fiscalmente responsable acudir a mercados de deuda, máxime cuando se puede implementar una estrategia de optimización de recursos del Estado”. En el marco de dicha estrategia de optimización, los considerandos de este Decreto informan que el FAE y el FONPET cuentan “con activos financieros importantes para solventar las necesidades de gasto derivadas de la pandemia”, los cuales podrán ser

utilizados, a título de préstamo, sin afectar “el cumplimiento de las obligaciones de [estos fondos], ni el propósito para el que fue[ron] concebidos”. Por tanto, en los mismos considerandos, el Gobierno manifiesta que garantizará que el FAE “en el futuro cuente nuevamente con dichos recursos cuando se activen las causales establecidas en los artículos 48 y 55 de la Ley 1530 de 2012”, y pagará sus obligaciones con el FONPET “en un plazo que no afecte ni amenace su flujo de pagos”.

55. Con ese fin, el Decreto Legislativo prevé 18 artículos, cuyas medidas se refieren a tres ejes temáticos. El primer eje temático prevé la creación del FOME. Para esto, define la naturaleza jurídica y el objeto de este fondo, así como la regulación de su administración y su liquidación (arts. 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17). El segundo eje temático versa sobre el origen de los recursos del FOME. En particular, el Decreto Legislativo regula los préstamos del FAE y del FONPET, así como las condiciones bajo las cuales se pagarán dichos préstamos (arts. 3 (inciso y 5 numerales) 10, 11, 12, 13 y 14). El tercer eje temático está relacionado con la destinación de los recursos del FOME. Al respecto, el Decreto Legislativo dispone la incorporación de recursos del FOME para la atención de necesidades de recursos por parte de las entidades que forman parte del PGN, el régimen aplicable a las operaciones de transferencia temporal de valores y de apoyo de liquidez al sistema financiero, así como las operaciones de fortalecimiento patrimonial al sector real (arts. 4 (inciso y 6 numerales), 5, 8, 9, 15 y 16). Por último, el Decreto Legislativo determina que su vigencia iniciará a partir de la fecha de su publicación (art. 18).

A. Primer eje temático: creación del FOME. Naturaleza jurídica, objeto, administración y liquidación

56. El Decreto Legislativo prevé la creación del FOME como un fondo sin personería jurídica del MinHacienda (art. 1). Este fondo tendrá por objeto “atender las necesidades de recursos” para garantizar la atención en salud, mitigar los efectos adversos generados a la actividad productiva y permitir que la economía continúe “brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento” (art. 2). El MinHacienda administrará estos recursos en un portafolio independiente y, podrá realizar las operaciones monetarias, cambiarias y de mercado de deuda pública legalmente autorizadas a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional (par. del artículo 3). Las decisiones sobre los recursos del FOME serán “evaluadas en forma conjunta y en contexto con su objeto (...) como parte de una política integral para

solventar las necesidades” de la emergencia y, por tanto, se podrán efectuar operaciones aun cuando se esperen “resultados adversos, o que tengan rendimientos iguales a cero o negativos” (par. del artículo 4). Asimismo, dispone que el FOME será administrado por el MinHacienda, de conformidad con los principios que orientan la función administrativa, y de forma independiente a los demás recursos y fondos que administra. Los procesos de contratación que se lleven a cabo en el marco de la ejecución de estos recursos se regirán por el derecho privado (art. 6). En su calidad de administrador, el MinHacienda tendrá las funciones de llevar a cabo “las operaciones y actividades administrativas, financieras, presupuestales y contables” respectivas, y ejecutará los recursos del fondo, entre otras (art. 7). El FOME podrá liquidarse “siempre que se encuentre a paz y salvo con sus obligaciones”. Los saldos se reintegrarán al MinHacienda, que podrá “contratar a las entidades correspondientes según la naturaleza de los activos” (art. 17).

B. Segundo eje temático: origen de los recursos del FOME. Préstamos del FAE y del FONPET

57. El Decreto Legislativo 444 de 2020, prevé que los recursos con los que contará el FOME para asegurar el cumplimiento de su objeto provendrán de: (i) el FAE (art. 3.1), (ii) el FONPET (art. 3.2), (iii) el PGN (art. 3.3), (iv) los rendimientos financieros generados por la administración de los recursos de este fondo (art. 3.4) y (v) los demás que determine el Gobierno Nacional (art. 3.5).

58. En particular, el Decreto Legislativo prevé las condiciones en las que se llevarán a cabo los préstamos del FAE y del FONPET, así como el pago de dichas obligaciones. Respecto del FAE, este fondo prestará a la Nación “hasta el 80% de los recursos ahorrados”, los cuales se transferirán en “dólares de los Estados Unidos de América”. Estas operaciones de crédito público estarán exceptuadas del régimen de autorizaciones previsto por el Decreto 1068 de 2015 (art. 10). Su amortización se efectuará a partir de 2023, “a una tasa de interés del cero por ciento (0%), por el equivalente a un billón de pesos anuales, liquidado a tasa representativa de mercado vigente en cada pago”. Sin embargo, “los pagarés en los que se materialicen los préstamos se podrán redimir anticipadamente para atender los faltantes del desahorro del FAE”, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 1530 de 2012 (art. 11).

59. Respecto del FONPET, el Decreto Legislativo prescribe que la Nación podrá prestar a este

fondo tres tipos de recursos. Primero, los recursos sin distribuir a las cuentas individuales de las entidades territoriales, provenientes de los aportes que debe efectuar la Nación por el recaudo de las vigencias 2019 y 2020. Estos deberán ser reembolsados “máximo durante las diez (10) vigencias fiscales subsiguientes a la fecha de desembolso” (art. 12). En todo caso, “se deberán mantener en el FONPET los recursos necesarios para garantizar su operación” (art. 12, par. 1). Estas operaciones de crédito público estarán exceptuadas del régimen de autorizaciones previsto por el Decreto 1068 de 2015 (art. 12, par. 2). Segundo, los recursos de las vigencias futuras de los aportes que deberá efectuar la Nación en las vigencias 2020, 2021 y 2022 (art. 13). Estos serán prestados “en la medida en la que vayan siendo requeridos por el FOME”, y deberán ser reembolsados “máximo durante las diez (10) vigencias fiscales subsiguientes a la extinción de la obligación”. Estas operaciones de crédito público estarán exceptuadas del régimen de autorizaciones previsto por el Decreto 1068 de 2015 (art. 13, par.). Tercero, los recursos del FONPET, “siempre que no se comprometa el pago de las obligaciones a cargo de dicho fondo” (art. 14). Esta fuente constituye un “mecanismo residual de financiación”, por cuanto la Nación solo podrá prestar estos recursos “en caso de que se agoten todas las fuentes de recursos destinadas a financiar la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”. Su remuneración se efectuará a “tasas de interés de mercado”, y se pagará “dentro de los diez (10) años siguientes al desembolso de dichos recursos”.

C. Tercer eje temático: destinación de los recursos del FOME. Atención de necesidades de recursos de las entidades que forman parte del PGN, operaciones de transferencia temporal de valores y de apoyo de liquidez al sector financiero, así como operaciones de fortalecimiento patrimonial al sector real

60. El Decreto Legislativo prevé que los recursos del FOME estarán destinados “conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos”. En particular, estos podrán destinarse a: (i) atender necesidades de recursos de las entidades que forman parte del PGN (art. 4, num. 1); (ii) pagar los costos generados por la administración de este fondo (art. 4, num. 2); (iii) efectuar operaciones de apoyo de liquidez transitoria al sector financiero (art. 4, num. 3); (iv) invertir en instrumentos de capital o deuda de empresas públicas, privadas o mixtas que desarrollen actividades de “interés nacional” (art. 4, num. 4); (v) proveer financiamiento directo a dichas empresas (art. 4, num. 5); y (vi) otorgar liquidez a la Nación, en caso de que los efectos de la crisis se extiendan a “las fuentes de liquidez ordinarias” (art. 4, num. 6).

Finalmente, habilita al MinHacienda para “proveer el financiamiento directo a que hace referencia el numeral 5 del artículo 4” (art. 5).

61. En relación con la atención de las necesidades de recursos de las entidades que forman parte del PGN, prevé que los recursos del FOME serán presupuestados en la sección del MinHacienda, que los distribuirá a las entidades que forman parte del PGN. Los recursos se destinarán exclusivamente a conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos. Los ordenadores del gasto de las entidades a las cuales se les asignen distribuciones presupuestales serán responsables por la veracidad de la información (art. 16).

62. Asimismo, el Decreto Legislativo fija las condiciones bajo las cuales se llevarán a cabo las operaciones de transferencia temporal de valores y de apoyo de liquidez al sector financiero. De un lado, prescribe que las operaciones de transferencia temporal de valores son operaciones del mercado monetario (art. 8). Para la ejecución de estas operaciones, la Nación podrá admitir “como colateral” diversas clases de títulos emitidos por los establecimientos de crédito y contratar al FRECH. Con el fin de facilitar dichas operaciones, habilita al FRECH para: (i) utilizar recursos del FOME para “adquirir títulos de tesorería TES clase B” directamente con la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional (art. 8, par. 1), (ii) invertir “la liquidez disponible en depósitos remunerados del Banco de la República” o en la referida Dirección General, y (iii) “recibir títulos representativos de cartera comercial, de consumo y/o leasing financiero”, además de los que tiene autorizados de ordinario (art. 8, par. 2). De otro lado, dispone que las operaciones de apoyo de liquidez al sector financiero consistirán en los “depósitos que efectúe la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, con los recursos del FOME, a las bancas estatales de primer y segundo piso” (art. 9). Estas operaciones deberán llevarse a cabo con la finalidad de “solventar las necesidades sociales y económicas del sector empresarial, ocasionadas por la situación a la que se refiere el Decreto 417 de 2020”.

63. En particular, las operaciones de transferencia temporal previstas por el artículo 8 sub examine son “operaciones del mercado monetario que se efectúen conforme a lo reglamentado por el artículo 2.36.3.1.3. del Decreto 2555 de 2010”. De conformidad con esta última disposición, estas operaciones son aquellas en las que una parte (el originador), transfiere la propiedad de unos valores (objeto de la operación) a la otra (el receptor), con el acuerdo de “retransferirlos” en la misma fecha o en una fecha posterior. A su vez, el receptor

transferirá al originador la propiedad de “otros valores” (no objeto de la operación), o una suma de dinero de valor igual o mayor al de los valores objeto de la operación; o entregará dicha suma de dinero u “otros valores” en garantía a un sistema de negociación de valores o a una bolsa de valores vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Estas operaciones se caracterizan, entre otras, porque (i) los plazos son establecidos por los reglamentos de las bolsas de valores y de los sistemas de negociación de valores, pero no podrán ser superior a (1) año; (ii) la transferencia de valores genera el pago de una suma de dinero por parte del receptor; (iii) si durante la vigencia de la operación los valores objeto de la misma pagan amortizaciones, rendimientos o dividendos, el receptor deberá transferir el importe de los mismos al originador en la misma fecha en que tenga lugar dicho pago; (iv) cuando el receptor entregue valores al originador, podrán establecerse restricciones a la movilidad de dichos valores y (v) cuando el receptor entregue dinero al originador, este podrá reconocer al receptor un rendimiento por tales recursos durante la vigencia de la operación.

64. Finalmente, el Decreto Legislativo regula lo referido a las operaciones de fortalecimiento patrimonial. Estas operaciones tendrán por finalidad “garantizar la continuidad en la operación de empresas que presten servicios de interés nacional, y que se encuentren gravemente afectadas por la emergencia” (art. 15). Con este fin, el Gobierno podrá a invertir en instrumentos de capital y/o deuda “emitidos por empresas privadas, públicas o mixtas, incluyendo acciones con condiciones de participación, dividendos y/o recompra, entre otras”. El MinHacienda determinará estas “inversiones”, las cuales, además, deberán valorarse “en el contexto de las necesidades sociales y económicas” ocasionadas por la crisis, por lo que estas “se podrán efectuar aun cuando al momento de su realización se esperen resultados financieros adversos”.

65. Estas medidas se sintetizan en el siguiente cuadro:

Medidas previstas por Decreto Legislativo 444 de 2020

Creación del FOME. Naturaleza jurídica, objeto, administración y liquidación

Artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.) 6, 7 y 17

Artículos 3 (inciso y cinco numerales), 10, 11, 12, 13 y 14

Destinación de los Recursos del FOME. Atención de necesidades de recursos de las entidades que forman parte del PGN, Operaciones de apoyo de liquidez al sector financiero y operaciones de fortalecimiento patrimonial al sector real

Artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16

7. Control de constitucionalidad formal del Decreto Legislativo 444 de 2020

66. Como se señaló en el párr. 36, en el marco del control de constitucionalidad formal, la Corte debe verificar que el Decreto Legislativo 444 de 2020 (i) esté suscrito por el Presidente de la República y todos sus ministros, (ii) hubiere sido proferido durante la vigencia y en desarrollo la vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, (iii) contenga motivación, y, finalmente, que (iv) determine su ámbito territorial de aplicación, en caso de adoptarse medidas que tengan la vocación de ser aplicadas en una parte del territorio nacional.

67. El Decreto Legislativo 444 de 2020 cumple con todos los requisitos formales de constitucionalidad. En efecto, la Sala Plena constata que este Decreto Legislativo: (i) fue suscrito por el Presidente y los 18 ministros; (ii) fue proferido durante la vigencia y en desarrollo del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado mediante el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, en tanto (a) fue expedido el 21 de marzo de 2020, esto es, dentro de los 30 días siguientes a dicha declaratoria del estado de emergencia, y (b) tiene por objeto “dictar disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”; y (iii) contiene motivación, por cuanto expresa las razones que justificaron su expedición, el objeto que persigue, la finalidad de las medidas adoptadas, así como su relación con la emergencia económica, social y ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020. Finalmente, (iv) el requisito referido a la determinación del ámbito territorial de aplicación no es aplicable al caso concreto, por cuanto el decreto que declaró el Estado Emergencia Económica, Social y Ecológica no fijó un determinado ámbito de aplicación, sino que sus efectos se extienden a todo el territorio nacional. Por tanto, la Sala Plena concluye que el Decreto Legislativo 444 de 2020 cumple con los requisitos formales de constitucionalidad.

8. Control de constitucionalidad material del Decreto Legislativo 444 de 2020

68. Como se mencionó en los párr. 37 y ss., el examen material de la constitucionalidad de los decretos legislativos debe llevarse a cabo a partir los juicios de (i) finalidad, (ii) conexidad, (iii) motivación suficiente, (iv) ausencia de arbitrariedad, (v) intangibilidad, (vi) no contradicción específica, (vii) incompatibilidad, (viii) necesidad, (ix) proporcionalidad y (x) no discriminación.

69. Para adelantar el control de constitucionalidad material del Decreto Legislativo 444 de 2020, la Sala Plena analizará la constitucionalidad de las medidas señaladas en el párr. 65 a la luz de los juicios antes referidos.

8.1. Primer eje temático: Creación del FOME. Naturaleza jurídica, objeto, administración y liquidación

70. En relación con este eje temático, el Decreto Legislativo sub examine prevé lo siguiente:

Disposición

Contenido normativo

Artículo 1

Prevé la creación del FOME como un fondo cuenta sin personería jurídica del Ministerio de Hacienda.

Artículo 2

Prescribe que el FOME tendrá por objeto “atender las necesidades de recursos” para garantizar la atención en salud, mitigar los efectos adversos generados a la actividad productiva y permitir que la economía continúe “brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento”, en el marco del Decreto 417 de 2020.

Parágrafo del artículo 3

Parágrafo del artículo 4

Prevé que las decisiones sobre los recursos del FOME serán “evaluadas en forma conjunta y en contexto con su objeto (...) como parte de una política integral para solventar las

necesidades” de la emergencia y, por tanto, se podrán efectuar operaciones aun cuando se esperen “resultados adversos, o que tengan rendimientos iguales a cero o negativos”.

Artículo 6

Dispone que el FOME será administrado por el Ministerio de Hacienda, con plena observancia de los principios previstos por el artículo 209 de la Constitución, y de forma independiente a los otros fondos y recursos administrados por el mismo. Los procesos de contratación en el marco de la ejecución de los recursos del FOME se regirán por el derecho privado.

Artículo 7

Prevé que el Ministerio tendrá las funciones de: (i) llevar a cabo “las operaciones y actividades administrativas, financieras, presupuestales y contables” respectivas; (ii) llevar la contabilidad del Fondo, (iii) ejecutar los recursos del fondo, y (iv) las demás inherentes a su administración.

Artículo 17

Prescribe que el FOME podrá liquidarse “siempre que se encuentre a paz y salvo con sus obligaciones”. Los saldos se reintegrarán al Ministerio de Hacienda, que podrá “contratar a las entidades correspondientes según la naturaleza de los activos”.

71. Delimitación del objeto de revisión. Corresponde a la Corte analizar la compatibilidad de las disposiciones correspondientes a este eje temático con la Constitución, la LEEE y la jurisprudencia constitucional. Asimismo, la Corte se pronunciará sobre los cuestionamientos planteados por los intervinientes en relación con los artículos que integran este eje temático, a saber:

Artículo

Solicitud

Fundamento / sentido del condicionamiento

Art. 1

Inexequibilidad

No satisface el requisito de necesidad (párr. 11.1).

Arts. 4 (par.)

Exequibilidad condicionada

La administración de los recursos del FOME debe estar sujeta a “mecanismos especiales de vigilancia y control fiscal sobre las rentas estatales que tendrá el FOME” (párr. 13.6).

Arts. 4 (par.), 6 y 7

Exequibilidad condicionada

En el sentido de que “se garantice una participación activa y especial de las entidades territoriales en estas decisiones, teniendo en cuenta los principios de concurrencia y coordinación entre las entidades territoriales y la Nación, partiendo del hecho de que los recursos del FOME provinieron de recursos destinados para necesidades en el marco de su autonomía fiscal” (párr. 13.7).

Arts. 6 y 7

Exequibilidad condicionada

En el sentido de que los recursos del FOME “se manejarán y ejecutarán en subcuentas diferentes según cada uno de los subsectores a los que se dirige la atención de la emergencia y de sus secuelas económicas y sociales” (párr. 13.8).

72. Problema jurídico. La Sala Plena resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Los artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17, del Decreto Legislativo 444 de 2020 cumplen con los requisitos materiales de constitucionalidad previstos por la Constitución, la LEEE y la jurisprudencia constitucional?

73. Metodología. La Corte analizará el cumplimiento de los juicios de (i) finalidad, (ii) conexidad, (iii) motivación suficiente, (iv) ausencia de arbitrariedad, (v) intangibilidad, (vi) no contradicción específica, (vii) incompatibilidad, (viii) necesidad, (ix) proporcionalidad y (x) no

discriminación. Los cuestionamientos y solicitudes de los intervinientes se analizarán en los juicios correspondientes.

i. (i) Las normas relativas a la creación del FOME satisfacen el juicio de finalidad

74. Los artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17, satisfacen el juicio de finalidad. En efecto, estas disposiciones están “directa y específicamente encaminadas” a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. La creación del FOME tiene por objeto permitir que el Gobierno cuente con un “instrumento ágil para la canalización de [los] recursos” necesarios para “atender la emergencia”. Según informó el MinHacienda, el FOME contará con \$25 billones de pesos, aproximadamente, que se destinarán a “atender la emergencia sanitaria, aliviar los efectos adversos sobre los hogares y las empresas, y dar los insumos necesarios para mantener y restablecer la actividad económica del país dependiendo de la evolución de la pandemia”. Estas medidas serán implementadas en todo “el territorio nacional, lo cual demanda una asistencia homogénea y un actuar ágil y responsable”. La creación del FOME permite cumplir dicho propósito, por cuanto este fondo facilita “(i) un manejo independiente de los recursos allí administrados y (ii) al otorgarse una destinación específica de estos recursos, esta figura garantiza oportunidad, celeridad y eficiencia en la atención del objeto del Fondo (...) a la vez que permite observar los mismos criterios bajo los cuales se administran los demás recursos de la Nación, esto es, liquidez, seguridad y rentabilidad”. En estos términos, la creación de este fondo es una medida adecuada que está directamente dirigida a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

75. Por lo demás, la Corte advierte que el BID ha sugerido a los estados que las “políticas de alivio fiscal” adoptadas con el fin de mitigar los efectos de la pandemia “se diseñen (...) con cuentas separadas de otros programas de transferencias estructurales”. Esto, por cuanto el gasto público asociado a la implementación de dichas medidas debe comprender las inversiones en el sistema de salud, “para una prevención, detección, tratamiento y contención efectivas”, del virus; y en el sistema económico, con el fin de proteger la actividad productiva, el empleo y “el buen funcionamiento de los mercados de crédito”. En efecto, dicha administración independiente permite focalizar el uso y destinación de los recursos, y, en consecuencia, contribuir, de manera más eficiente, a mitigar los efectos adversos de la pandemia en la economía. En Colombia, dichas medidas, deberán estar

dirigidas, principalmente, a reactivar la actividad económica y recuperar el empleo a nivel nacional, por ser los sectores más afectados en la crisis. Al respecto, las siguientes gráficas dan cuenta del decrecimiento de la actividad económica y el aumento de la tasa de desempleo en el país:

76. Asimismo, la creación de fondos especiales para enfrentar la pandemia ha sido una medida adoptada por varios países. A nivel global distintos gobiernos han dispuesto la creación de fondos especiales para atender las necesidades derivadas de la crisis generada por la COVID-19. Al menos 14 países han previsto la creación de fondos especiales dentro de las medidas económicas para enfrentar la pandemia, así:

Estado

Fondo

Alemania

“Fondo de estabilización económica – FSM”. Destinará 600 mil millones de euros para “complementa[r] los programas de ayuda para la liquidez del Instituto Crediticio para la Reconstrucción”.

Austria

* “Corona-Relief-Fund”. Asignará 15 billones de euros para financiar las industrias afectadas por la crisis.

* “Hardship fund”. Destinará 2.000 millones de euros para apoyar a los trabajadores independientes que no tienen ingresos.

Argentina

“Fondo especial”. Dispondrá de 27 millones de dólares para adquirir “equipamiento de laboratorios y hospitales”, entre otros.

Bosnia y Herzegovina

“Fondo de Solidaridad de la República Srpska”. “Ayudar[á] a los empleados en el sector real,

afectados por medidas extraordinarias”. Este fondo será financiado con pagos voluntarios de los empleados del sector público.

Chile

“Fondo de Solidaridad”. Destinará 100 millones de dólares para atender las emergencias sociales causadas por el colapso de las ventas de micro negocios locales.

“Fondo de Emergencia, Recuperación y Reconstrucción Económica contra la pandemia”. Destinará 2.000 millones de dólares para “enfrentar la crisis sanitaria y económica por el COVID-19”.

Francia

“Fondo de Solidaridad”. “Proveer[á] subsidios a pequeñas empresas y trabajadores independientes que demuestren que sus actividades han sido totalmente alteradas o que su facturación disminuyó al menos en el 70%”. Para este fondo, la Nación destinó 5.5 billones de euros y, por su parte, las regiones destinaron 1.5 billones de euros.

Guatemala

“Fondo de Garantía para los micros, pequeños y medianos empresarios”. Dispondrá de recursos para apoyar la actividad empresarial “tanto en área urbana como rural a través del Crédito Hipotecario Nacional”.

Italia

“Fondo para la reestructuración de empresas italianas”. Dispondrá de recursos para “adquirir participaciones de capital en marcas históricas italianas u otras empresas con más de 250 empleados”.

Lituania

“Fondo de mitigación COVID-19”. Garantizará “la liquidez [y] el acceso a la financiación” de “empresas medianas y grandes en dificultades temporales”.

Paraguay

“Fondo Social”. Destinará 300 millones de dólares a “subsídios del 25% de salario mínimo para los trabajadores informales y cuentapropistas, o que trabajen en MiPyMEs”.

Perú

“Fondo de Apoyo Empresarial a la MYPE”. “Garantizar[á] los créditos de capital de trabajo de las MYPE, así como para reestructurar y refinanciar sus deudas”.

República Dominicana

“Fondo de Asistencia Solidaria a Empleados – FASE”. Financiará hasta por 157 dólares por persona, para “prove[er] un ingreso mínimo durante dos meses para los trabajadores de sectores que han suspendido labores”.

Uruguay

“Fondo Coronavirus”. Dispondrá de 400 millones de dólares para financiar “el impacto económico y social del shock”. El fondo se financiará con “impuestos especiales a las jubilaciones y salarios de empleados públicos; aportes de organismos públicos y organismos internacionales, entre otros”.

77. Por tanto, la Sala Plena concluye que los artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17 satisfacen el juicio de finalidad. Estas medidas están directamente encaminadas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

(i) Las normas relativas a la creación del FOME satisfacen el juicio de conexidad material

78. Los artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de conexidad, tanto interna como externa. Esto, por cuanto guardan relación directa e inmediata con los considerandos del Decreto Legislativo 444 de 2020, así como con las causas que justificaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

79. Conexidad interna. Estas disposiciones guardan relación directa y específica con los considerandos del Decreto Legislativo 444 de 2020. En efecto, dichos considerandos aluden, de manera explícita a: (i) la necesidad de “contar con recursos adicionales (...), que puedan

ejecutarse de forma ágil e inmediata” con el fin de destinarlos exclusivamente (...) a contrarrestar la afectación de la estabilidad económica y social” causada por el brote del nuevo coronavirus COVID-19; (ii) los “fondos especiales en el orden nacional”, que incluyen “los ingresos (...) pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el Legislador”; (iii) la creación del FOME, con el objeto de “atender las necesidades de atención en salud, [mitigar] los efectos adversos generados a la actividad productiva y [garantizar que] la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento”, y (iv) la necesidad de definir las condiciones “bajo las cuales será administrado [el FOME] (...) [y] de establecer un mecanismo apropiado y especial para el manejo” de sus recursos. En estos términos, las disposiciones relativas a la creación del FOME guardan relación con dichos considerandos. Esto, por cuanto estas prevén la creación del FOME, para lo cual, además, determinan su (i) naturaleza jurídica, como un fondo cuenta sin personería jurídica del orden nacional (art. 1); (ii) objeto, esto es, “atender las necesidades de recursos para la atención de salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento, en marco del Decreto 417 de 2020” (art. 2); (iii) administración, la cual estará a cargo del MinHacienda (arts. 3 (par), 4 (par), 6 y 7); y (iv) liquidación, que solo podrá llevarse a cabo cuando el fondo “esté a paz y salvo con sus obligaciones”.

80. Conexidad externa. Las disposiciones relativas a la creación del FOME están directamente relacionadas con el Decreto 417 de 2020, que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional. Las motivaciones que expuso el Gobierno tal declaratoria señalan que la crisis causada por el brote del nuevo coronavirus COVID-19 “es tan grave e inminente que afecta la salud, el empleo, el abastecimiento de bienes básicos, la economía y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional, por lo que se hace absolutamente necesario contar con las herramientas legales necesarias para enfrentar de manera eficaz la situación”. Dentro las medidas extraordinarias previstas por el Gobierno, están: (i) “la creación del [FOME] con las subcuentas respectivas para atender las necesidades de atención en salud, [mitigar] los efectos adversos generados en la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento”, y (ii) la creación de “un patrimonio autónomo o un fondo cuenta que tenga por objeto la financiación y la inversión en proyectos destinados para atender, mitigar y superar los efectos adversos causados por la pandemia (...), en los términos que éste establezca”. En estos términos, los artículos relativos a la creación del

FOME guardan conexidad con la declaratoria del estado de emergencia, por cuanto estos tienen por objeto disponer la creación del fondo mencionado en el Decreto Legislativo 417 de 2020, y regular su naturaleza jurídica, objeto, administración y liquidación, para conjurar la crisis y mitigar sus efectos adversos en la salud y en la economía.

81. Ahora bien, a diferencia de lo que planteó uno de los intervinientes, la Sala Plena considera que el hecho de que el Decreto Legislativo sub examine no haya previsto subcuentas para la administración de los recursos del FOME no desconoce dicha relación de conexidad. El Decreto 417 de 2020 explicitó que la creación de este “fondo cuenta” se llevaría a cabo en “los términos que [el Gobierno Nacional] establezca”. En consecuencia, el Ejecutivo podía crear dichas subcuentas o fijar una cuenta única para la administración de los recursos de este fondo, como hizo en este caso. Por lo demás, la administración mediante una cuenta única es una medida adecuada, en atención a la dificultad de presupuestar a priori el monto de los recursos necesarios para cumplir cada uno de los objetos del FOME.

82. Por tanto, la Sala Plena concluye que las disposiciones relativas a la creación del FOME satisfacen el requisito de conexidad material. Estas guardan conexidad interna y externa con los considerandos del Decreto Legislativo sub examine y con las causas que justificaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

() Las normas relativas a la creación del FOME satisfacen el juicio de motivación suficiente

83. La Corte constata que la regulación prevista por los artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17, del Decreto Legislativo sub examine está suficientemente motivada. La Sala advierte que los considerandos del Decreto Legislativo y la información allegada por el Gobierno exponen las razones que justifican estas medidas.

84. El Gobierno manifestó que la creación del FOME tiene por objeto que los recursos que se destinen para atender la emergencia “puedan ejecutarse de forma ágil e inmediata”. Para ello y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 del EOP, ordenó su creación como un “fondo cuenta sin personería jurídica del Ministerio de Hacienda”. Esto permite que los recursos cuenten con (i) “un manejo independiente respecto aquellos que conforman el [PGN]”, (ii) “una administración de recursos en portafolios de forma que se garantice su disponibilidad inmediata para atender la emergencia”, y (iii) “una administración en cabeza del Tesoro Nacional (...) que permite observar los mismos criterios bajo los cuales se

administran los demás recursos de la Nación, esto es, liquidez, seguridad y rentabilidad”. Asimismo, indicó que el objeto del FOME previsto por el Decreto Legislativo sub examine coincide con el dispuesto por el Decreto Legislativo 417 de 2020. Esto, por cuanto es necesario (i) “fortalecer el Sistema de Salud, asignándole los recursos que requiere para brindar los elementos de protección necesarios al personal de salud y requerimientos del sector relacionados con la propagación del virus”, y (ii) “asistir a los hogares y empresas más afectados (...) y dar los insumos necesarios para mantener y restablecer la actividad económica del país”.

85. Por tanto, la Sala Plena concluye que las disposiciones relativas a la creación del FOME satisfacen el requisito de motivación suficiente.

() Las normas relativas a la creación del FOME satisfacen el juicio de ausencia de arbitrariedad

86. Los artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de ausencia de arbitrariedad. Estos artículos no contienen medida alguna que vulnere las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. En particular, dichos artículos no contienen disposiciones que: (i) suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y las libertades fundamentales; (ii) interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado o, por último, que (iii) supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

() Las normas relativas a la creación del FOME satisfacen el juicio de intangibilidad

87. Los artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de intangibilidad. Esto, porque no contienen disposiciones que restrinjan los denominados derechos intangibles, identificados por la jurisprudencia constitucional, a la luz de los artículos 94 y 214 de la Constitución Política.

() Las normas relativas a la creación del FOME satisfacen el juicio de no contradicción específica

88. Los artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de no contradicción específica. En efecto, tales artículos (i) no contradicen, en manera alguna, la Constitución o los tratados internacionales, y (ii) no desconocen el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el contenido de los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE. Por lo demás, dicha regulación no desmejora los derechos sociales de los trabajadores.

89. Ahora bien, habida cuenta de las intervenciones sobre estos artículos, la Corte examinará si (i) el párrafo del artículo 4 desconoce la Constitución Política, por cuanto no prevé un “mecanismo de control administrativo y fiscal especial para vigilar y controlar la eficiente destinación de los recursos”, y (ii) los artículos 4 (par.), 6 y 7 ibídem desconocen el principio de autonomía territorial, en tanto no incorporan “un mecanismo de participación de las entidades territoriales en la administración de los recursos del FOME”. Por último, la Corte examinará si el inciso 2 del artículo 6 vulnera la Constitución Política, al prever que los procesos de contratación que se lleven a cabo en relación con la ejecución de los recursos del FOME “se regirán por el derecho privado”.

a. (a) El párrafo del artículo 4 del Decreto Legislativo sub examine no desconoce la Constitución Política

90. Delimitación del objeto de revisión. Corresponde a la Corte analizar la compatibilidad del párrafo del artículo 4 del Decreto Legislativo sub examine con la Constitución Política, la LEEE y la jurisprudencia constitucional. Esta disposición prevé que las decisiones sobre los recursos del FOME serán “evaluadas en forma conjunta y en contexto con su objeto (...) como parte de una política integral para solventar las necesidades de la emergencia”, por lo que podrán efectuarse operaciones “aun cuando se esperen resultados adversos”. En criterio de algunos intervinientes, el Gobierno debió prever un “mecanismo de control fiscal especial para vigilar y controlar la eficiente destinación de los recursos” del FOME. La regulación de este mecanismo es una medida necesaria para “garantizar las funciones básicas de vigilancia y control fiscal, debido a las características especiales de esta emergencia (...) e incluso por las facultades generales y discrecionales de la administración para la destinación de recursos” de este fondo. Por tanto, la exequibilidad del párrafo del artículo 4 debe condicionarse, con el fin de fijar “mecanismos especiales de vigilancia y control fiscal sobre las rentas estatales que tendrá el FOME”.

91. Problema jurídico. Corresponde a la Sala Plena resolver el siguiente problema jurídico: ¿El párrafo del artículo 4 del Decreto Legislativo sub examine desconoce la Constitución Política, por cuanto no prevé un “mecanismo de control fiscal especial para vigilar y controlar la eficiente destinación de los recursos”?

92. Control y vigilancia fiscal de la Contraloría General de la República. El artículo 267 de la Constitución Política prevé que el control fiscal es una función pública autónoma cuyo ejercicio corresponde a la Contraloría General de la República. Este control consiste en vigilar la gestión fiscal tanto de la administración pública como “de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”, lo cual incluye control financiero, de gestión y de resultados que se funda en la eficiencia, la economía y la equidad, entre otros. El control fiscal está orientado a (i) proteger el patrimonio público, (ii) garantizar la transparencia en las operaciones relacionadas con los bienes y recursos públicos y (iii) asegurar la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Estos propósitos se llevan a cabo mediante “la inspección de la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición”.

93. Características del control fiscal. Las características del control fiscal son las siguientes: (i) “es de carácter amplio”, en la medida en que son sujetos de control fiscal tanto las entidades públicas como los particulares siempre y cuando “manejen fondos o bienes de la Nación”; (ii) “es de carácter integral”, toda vez que “comprende un control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno”, así como que “implica que este puede producirse en todos los sectores y actividades relacionadas con el manejo de bienes o recursos oficiales”; y (iii) “es posterior y selectivo, pero podrá ser previo y concomitante”, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 267 de la Constitución Política.

94. Control y vigilancia de los fondos especiales. Los fondos especiales creados por el Legislador extraordinario no se encuentran exentos del control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional desde la sentencia C-218 de 1999. En esta sentencia, la Corte examinó el Decreto Legislativo que ordenó la reconstrucción del Fondo para la Reconstrucción del Eje Cafetero. En este Decreto

Legislativo, el Gobierno no reconoció de manera expresa que los actos de dicho Fondo estaban sometidos al control de la Contraloría General de la República. Al respecto, la Corte concluyó que tal omisión “no impedía el ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, cuya atribución corresponde a la Contraloría General de la República por expresa disposición constitucional”. La competencia de la Contraloría General de la República para el ejercicio del control fiscal sobre los fondos especiales creados por el Legislador extraordinario para atender emergencia ha sido reiterada mediante las sentencias C-193 de 2011, C-253 de 2011 y C-438 de 2017.

95. La Corte reitera que el efectivo control fiscal de los fondos especiales creados por el Legislador resulta indispensable. Esto, por cuanto dicho control permite “(i) proteger el patrimonio público; (ii) garantizar la transparencia en las operaciones relacionadas con los bienes y recursos públicos, y (iii) asegurar la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado”. En efecto, estos cometidos se garantizan precisamente mediante “la inspección de la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición”. Pues bien, estas finalidades del control fiscal también deben garantizarse en relación con los fondos especiales creados por el Legislador extraordinario en el marco de los estados de excepción.

96. Con base en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el artículo 4 del Decreto Legislativo sub examine no desconoce la Constitución Política, por cuanto no prevé un “mecanismo de control fiscal especial para vigilar y controlar la eficiente destinación de los recursos”. Esto es así, porque, pese a que dicha disposición no lo prevea expresamente, la Contraloría General de la República ejerce control fiscal amplio, integral, posterior y selectivo, así como previo y concomitante, respecto de los fondos especiales creados por el Legislador extraordinario en el marco de los estados de excepción. Por lo demás, en el caso concreto, el 20 de abril de 2020, el Contralor Delegado para la Gestión Pública e Instituciones Financieras informó a la Corte que “se procedió a la activación de todos los mecanismos de seguimiento permanente (...) con miras a la obtención de información y vigilancia de la gestión fiscal relacionadas con las medidas de mitigación de riesgo y contención del virus COVID-19”, dentro de las cuales se encuentran las adoptadas en relación con los recursos del “Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME”.

b. (b) Los artículos 4 (par.), 6 y 7, del Decreto Legislativo sub examine no desconocen la Constitución Política

97. Delimitación del objeto de revisión. Los intervinientes señalaron que la administración de los recursos del FOME debe garantizar un “reducto mínimo de autonomía”, en atención al impacto que estos préstamos pueden tener en “la definición de los planes de desarrollo” territoriales. Por esta razón, el Decreto Legislativo debió prever un mecanismo de participación de las entidades territoriales en la administración de los recursos del FOME, de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Por tanto, la exequibilidad de los artículos 4 (par.), 6 y 7 debe condicionarse en el sentido de que “se garantice una participación activa y especial de las entidades territoriales en estas decisiones, teniendo en cuenta los principios de concurrencia y coordinación entre las entidades territoriales y la Nación, partiendo del hecho de que los recursos del FOME provinieron de recursos destinados para necesidades en el marco de su autonomía fiscal”.

98. Problema jurídico. Corresponde a la Sala Plena responder el siguiente problema jurídico: ¿Los artículos 4 (par.), 6 y 7, del Decreto Legislativo vulneran el principio de autonomía territorial, por cuanto no incorporan “un mecanismo de participación de las entidades territoriales en la administración de los recursos del FOME”?

99. Concepto constitucional de autonomía territorial. La Constitución Política reconoce la autonomía territorial como principio y como garantía institucional de las entidades territoriales. En su dimensión de principio, el artículo 1 de la Constitución Política dispone que Colombia “es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada [y] con autonomía de sus entidades territoriales”. En su dimensión de garantía institucional, el artículo 287 reconoce que las “entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, (...) dentro de los límites de la Constitución y la ley”. Además, el artículo 288 de la Constitución Política prevé que las competencias atribuidas por el Legislador orgánico “a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley”.

100. Contenido y dimensiones de la autonomía territorial. La Corte Constitucional ha identificado cuatro dimensiones de la autonomía de las entidades territoriales, a saber: (i)

“gobernarse por autoridades propias”, (ii) “establecer los tributos necesarios para cumplir sus tareas”, (iii) “administrar los recursos para la realización efectiva de sus funciones” y (iv) “participar en las rentas nacionales”. La Corte ha reconocido que estas dimensiones “constituyen el contenido mínimo de la autonomía de las entidades territoriales, implican un poder de dirección tanto política como administrativa en el ámbito territorial respectivo, son exigibles a las autoridades superiores del Estado y deben ser respetados por éstas por ser esencial dicha institución en la estructura del Estado”.

101. Límites de la autonomía territorial. La Corte ha precisado que “las prerrogativas que se derivan de la autonomía que se confiere a las entidades territoriales, se ejercen en los términos establecidos en la Constitución y la ley, y en este sentido, no son de carácter absoluto”. En particular, la Corte ha resaltado que la autonomía territorial está limitada por el principio de Estado unitario y por los “propios intereses” de las entidades territoriales. Primero, las entidades territoriales debe ejercer su autonomía de conformidad con lo previsto por la Constitución y la ley, “lo cual apunta a preservar el interés nacional y el principio de Estado Unitario”. Esto, habida cuenta de que “la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida de manera omnímoda, hasta el punto de hacer nugatorias las competencias naturales de las instancias territoriales centrales”. Segundo, la Corte ha reiterado, de manera uniforme, que “la autonomía protegida constitucionalmente es la que tiene que ver con la gestión de los asuntos de interés propio de las entidades territoriales, es decir, los que solo a ellas atañen, pero no frente a cuestiones que se proyectan más allá del ámbito estrictamente local o regional”. En otros términos, la autonomía territorial “implica, para los entes territoriales, la facultad de gestionar sus asuntos propios”. Por lo anterior, “en consonancia con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que deberán gobernar el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales, (...) todo lo que tenga que ver con asuntos que rebasan el ámbito meramente local o regional, deberá ser regulado por una ley de la República”.

102. Articulación del principio de autonomía territorial con el principio unitario en materia de administración de recursos. La Corte Constitucional ha precisado la regla de articulación entre la autonomía y la unidad en relación con la administración de los recursos por parte de las entidades territoriales, según el origen de los mismos. De un lado, los recursos que se originan en fuentes endógenas de financiación “deben someterse en principio a la plena disposición de las autoridades locales o departamentales correspondientes, sin injerencias

indebidas del legislador”. De otro lado, los recursos que provienen de fuentes exógenas de financiación “admiten un mayor grado de injerencia por parte del nivel central de gobierno”, razón por la cual el legislador puede “indicar la destinación de los mismos”. Es más, la Corte ha resaltado que “el Legislador cuenta con una mayor potestad para intervenir sobre los asuntos atinentes a la administración territorial. En efecto, por mandato del artículo 334 Superior, la dirección general de la economía corresponde al Estado y, en particular, al Congreso como titular de la función legislativa nacional, al gobierno y al Banco de la República”. Así las cosas, según la jurisprudencia constitucional, “el Legislador tiene injerencia en el ejercicio del derecho de las entidades territoriales para administrar sus propios recursos y, en esa medida, en la selección de los objetivos económicos, sociales o políticos a los cuales deban estar destinados los recursos públicos de su propiedad”. En todo caso, la administración de los recursos nacionales que no forman parte de las entidades territoriales corresponde a las autoridades nacionales, por cuanto estos recursos son justamente una de las “cuestiones que se proyectan más allá del ámbito estrictamente local o regional” y, por tanto, no forman parte de los “intereses” respecto de los cuales se proyecta la autonomía territorial.

103. A la luz de lo anterior, la Corte considera que prima facie la creación y la administración de los recursos de los fondos-cuenta del orden nacional no forma parte de “los intereses” respecto de los cuales las entidades territoriales ejerzan su autonomía. Esto es así, habida cuenta de la naturaleza jurídica de estos fondos. El artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto prevé que los fondos especiales son del “orden nacional” y los define como los ingresos previstos por el Legislador “para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador”. Estos fondos especiales integran el presupuesto de rentas y recursos de capital del PGN, de conformidad con lo previsto por el artículo 11 ibídem. Sobre su naturaleza, la jurisprudencia constitucional ha identificado cuatro características de los fondos especiales, así: (i) “no son contribuciones parafiscales ni ingresos corrientes en cuanto corresponden a una categoría propia en la clasificación de las rentas estatales”; (ii) “constituyen una de las excepciones al principio de unidad de caja”; (iii) “su determinación y recaudo se efectuará de acuerdo con las decisiones que para cada caso adopte el legislador” y, por último, (iv) “[es] válida la clasificación de unos ingresos como pertenecientes a un fondo especial, cuando los mismos, desde su origen, obedezcan a la necesidad de atender un servicio determinado, que se financia con cargo a ellos”. Asimismo, en relación con la financiación de los fondos

especiales, la Corte ha precisado, entre otros, que “el artículo 30 del EOP no prevé una regla de derecho según la cual los recursos que integran los fondos especiales deban ser exclusivamente de índole nacional”. En esos términos, la Corte ha precisado que los fondos especiales en el orden nacional son “una clasificación de rentas nacionales sui generis”, porque “se diferencia[n] de los ingresos tributarios y no tributarios, que prevé el legislador orgánico con el ánimo de otorgar soporte jurídico a determinadas modalidades de concentración de recursos públicos”.

104. Clasificación de los fondos especiales en el orden nacional. La Corte Constitucional ha identificado dos modalidades de fondos especiales en el orden nacional, a saber: (i) fondo-entidad y (ii) fondo-cuenta. Primero, el fondo-entidad “se asemeja a una entidad de naturaleza pública que hace parte de la administración pública, es decir, que cuando se crean se trata de una nueva entidad que modifica la estructura de la administración pública, por lo cual tienen personería jurídica”. Segundo, el fondo-cuenta corresponde a “los ingresos pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el Legislador, es decir, son un sistema de manejo de recursos sin personería jurídica y son fondos especiales”, de conformidad con lo previsto por el artículo 30 del EOP. En la medida en que los fondos-cuenta no tienen personería jurídica, “son un sistema de manejo de recursos públicos que (...) se encuentran adscritos a una entidad o Ministerio de la administración pública”, si bien “pueden organizarse como patrimonios autónomos y su estructura hace parte del amplio margen de configuración del Legislador”. Asimismo, esta Corte ha insistido en que “la determinación de la forma de administración de los fondos especiales hace parte del margen de configuración del Legislador”. En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha precisado que los fondos-cuenta “carecen de personería jurídica y por ende, no tienen la naturaleza jurídica de un establecimiento público y tampoco encajan en una de las otras categorías de entidades estatales, pues no son ministerios, ni departamentos administrativos, ni superintendencias, ni empresas industriales y comerciales del Estado u otra clase de órgano o entidad pública”.

105. Por lo anterior, la Corte considera que la no inclusión de las entidades territoriales en la administración del FOME no desconoce el artículo 287 de la Constitución Política. Esto es así por tres razones. Primera, la determinación de la estructura de este fondo forma “parte del amplio margen de configuración del Legislador”. Por lo tanto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la determinación de los órganos que participan en su

administración “se efectuará de acuerdo con las decisiones que para cada caso adopte el legislador”. Segundo, conforme al artículo 30 del EOP, este fondo es del “orden nacional”. Por lo tanto, las reglas específicas relacionadas con su administración no forman parte de “los intereses” respecto de los cuales las entidades territoriales ejerzan autonomía, de acuerdo con el artículo 287 de la Constitución Política. Tercero, como se explicará en las secciones relativas a los ejes temáticos segundo y tercero, las reglas previstas por el Decreto Legislativo sub examine sobre las fuentes de sus ingresos y la destinación de sus recursos se proyectan a nivel nacional, que no en ámbitos estrictamente locales o regionales, por lo que no constituyen “asuntos de interés propio de las entidades territoriales, es decir, los que solo a ellas atañen”.

106. Es más, en el marco de los estados de excepción, la Corte Constitucional ha considerado que la centralización de la administración de los fondos creados para atender la emergencia es compatible con la Constitución Política. Esto es así, por cuanto “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”. Esto, en criterio de la Corte, “permite atender oportunamente las necesidades” de la emergencia y evita que la misma “siga teniendo efectos devastadores”. A título ilustrativo, en la sentencia C-251 de 2011, la Corte resaltó que, aunque la centralización de la toma de decisiones de estos fondos podría eventualmente afectar participación “de las entidades territoriales en la identificación y gestión de los proyectos que demandan las actividades que pretende adelantar el Gobierno Nacional (...) 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”.

107. Por las anteriores razones, la Corte considera que los artículos 4 (par.), 6 y 7, del Decreto Legislativo no vulneran el principio de autonomía territorial.

(c) El artículo 6 (inc. 2) del Decreto Legislativo sub examine no desconoce la Constitución Política

108. Delimitación del objeto de revisión y problema jurídico. La Corte advierte que el inciso 2 del artículo 6 del Decreto Legislativo sub examine prevé que los procesos de contratación que se lleven a cabo en la ejecución de los recursos del FOME “se regirán por el derecho

privado”. Por tanto, corresponde a la Sala Plena responder el siguiente problema jurídico: ¿Esta disposición desconoce la Constitución Política?

109. La Corte considera que la referida disposición del inciso 2 del artículo 6 del Decreto Legislativo sub examine es compatible con la Constitución Política. En efecto, la Corte ha reiterado que “es constitucional que estos fondos se rijan por el derecho privado”, habida cuenta de que “el régimen de contratación privada permite celebrar contratos de manera más expedita”. Particularmente, en relación con los fondos creados mediante decretos legislativos, la Corte ha señalado que “se ha permitido que se sometan a las reglas del régimen de contratación privada como una excepción al de contratación pública, consagrado en el Estatuto de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993) y la Ley 1150 de 2007”. La aplicación del régimen de contratación privada se justifica, según la Corte, en “la urgencia de las situaciones que deben atender, pues requieren medidas necesarias y proporcionales que ayuden a superar las circunstancias particulares que les dieron origen”. Por estas razones, la Corte concluye que someter la ejecución de los recursos del FOME al régimen de derecho privado no es incompatible con la Constitución Política.

() Las normas relativas a la creación del FOME satisfacen el juicio de incompatibilidad

() Las normas relativas a la creación del FOME satisfacen el juicio de necesidad

111. Los artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de necesidad. En efecto, la regulación dispuesta por dichos artículos sobre la creación, la administración y la liquidación del FOME es indispensable para lograr los fines del estado de emergencia declarado mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020 y, por tanto, satisface los criterios de necesidad fáctica y jurídica. El primero, en atención a que las medidas adoptadas en los referidos artículos permiten contribuir a la superación de la emergencia y, de esta forma, no se advierte error de apreciación del Presidente de la República y de los ministros del despacho al respecto. El segundo, porque el Gobierno Nacional demostró la inexistencia de mecanismos ordinarios que fueran suficientes y adecuados para lograr los objetivos de la medida excepcional.

112. Necesidad fáctica. El Gobierno adujo que la creación del FOME es una medida necesaria, por cuanto su naturaleza de fondo-cuenta permite “recaudar, administrar y ejecutar los

recursos destinados” a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos de manera más eficiente. En efecto, el FOME garantiza la “oportunidad, celeridad y eficiente utilización” de los recursos, “a la vez que permite observar los mismos criterios bajo los cuales se administran los demás recursos de la Nación, esto es liquidez, seguridad y rentabilidad”. Esto es así porque este fondo permite: (i) “una administración independiente de recursos respecto de aquellos que conforman el Presupuesto General de la Nación”, (ii) “una administración de recursos en portafolios, de forma que se garantice su disponibilidad inmediata para atender la emergencia derivada del COVID-19”, y (iii) “la administración en cabeza del Tesoro Nacional implica que no se generen nuevos costos de administración”.

113. Necesidad jurídica. El Gobierno no contaba con medios ordinarios para crear un fondo-cuenta, con el fin de administrar los recursos necesarios para conjurar la crisis. En efecto, de conformidad con el artículo 30 del EOP, “constituyen fondos especiales en el orden nacional, los ingresos (...) pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador”. Para la creación de estos fondos, el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para ordenar su creación y, en consecuencia, definir su objeto, el origen y destinación de sus recursos, así como su administración y liquidación. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la creación de estos fondos “responde a una opción legítima y constitucionalmente válida dentro del marco de libertad que el Congreso tiene para regular” las rentas nacionales y, en consecuencia, para definir “los bienes y recursos [que se destinarán] para el cumplimiento de los objetivos” del fondo. Por tanto, el Gobierno, necesariamente, debía ejercer sus facultades extraordinarias para ordenar la creación del FOME, así como para regular su objeto, forma de administración y liquidación, para lo cual, en todo caso, cuenta con amplia libertad de configuración.

114. Es más, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el Gobierno Nacional puede crear fondos especiales con la finalidad de “conjurar situaciones de crisis económica, ambiental o de guerra exterior”. En efecto, esta Corte ha reconocido “la constitucionalidad de fondos especiales (...) creados en un contexto excepcional como sistemas de manejo de cuentas, sin estructura administrativa propia, adscritos a una entidad del orden nacional, constituidos como patrimonios autónomos, administrados por entidades fiduciarias y bajo las reglas del derecho privado”. Al respecto, es posible identificar en la jurisprudencia constitucional al menos dos razones que han servido de fundamento a esta regla. De un lado, “el legislador extraordinario tiene la facultad de crear fondos especiales organizados como

patrimonios autónomos” y, de otro lado, los fondos especiales son “instrumento ágil para la canalización de recursos de forma temporal”. Esto, por cuanto los fondos especiales “permit[en] 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 [la] emergencia”. En estos términos, la Corte ha concluido que el ejecutivo puede crear fondos especiales del orden nacional para conjurar los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, así como impedir la extensión de sus efectos.

115. Con base en esta regla jurisprudencial, la Corte ha declarado exequibles los fondos especiales del orden nacional creados o modificados por el Gobierno Nacional con el objetivo de atender situaciones excepcionales. En particular, los fondos especiales creados por el ejecutivo y sus respectivas sentencias de control de constitucionalidad son:

Fondos especiales del orden nacional

Sentencia

Fondo Colombia en Paz

C-438 de 2017

Fondo Adaptación

C-251 de 2011

Fondo Nacional de Calamidades

C-193 de 2011

Fondo para la Reconstrucción de la Región del Eje Cafetero

C-218 de 1999

Corporación para la Reconstrucción de la Cuenca del Río Páez y zonas aledañas

C-367 de 1994

116. En tales términos, la Corte advierte que la creación de este tipo de fondos resulta una medida adecuada para garantizar una administración eficiente de los recursos durante los estados de excepción. Por lo demás, la creación del FOME está justificada, a su vez, en la insuficiencia de las instituciones ordinarias para conjurar la crisis. La normativa que regula el Fondo Nacional de Gestión de Riesgos de Desastres (en adelante, FNGRD) no permite dar cumplimiento al objeto del FOME. Este fondo-especial no es competente para efectuar las operaciones de transferencia temporal de valores y de apoyo de liquidez al sector financiero, ni de fortalecimiento patrimonial en los términos previstos por el Decreto Legislativo sub examine. La mayoría de estas operaciones han sido autorizadas al MinHacienda, esto es, la entidad que administra el FOME. Además, el artículo 9 del Decreto 1547 de 1984 prevé unas limitaciones respecto del monto de los recursos que el FNGRD puede destinar para atender emergencias, que no resulta idóneo en el contexto de la actual crisis. Así, es claro que estos fondos “tienen objetivos y funciones distintas (...) que se complementan en aras de lograr dar frente a la pandemia del nuevo Coronavirus”.

117. Por tanto, la Sala Plena constata que las disposiciones relativas a la creación del FOME satisfacen el requisito de necesidad y, por tanto, el Gobierno no incurrió en “error manifiesto de apreciación” respecto de la necesidad fáctica y jurídica de crear un fondo-cuenta en aras de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

118. Los artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de proporcionalidad. En efecto, la regulación de la destinación de los recursos del FOME contiene medidas “equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis”, sin que impliquen restricciones a otros principios constitucionales.

() Las disposiciones relativas a la creación del FOME satisfacen el juicio de no discriminación

119. Los artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de no discriminación. Estas disposiciones no prevén trato discriminatorio alguno, “fundado en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familia, opinión política o filosófica”, o en algún otro criterio sospechoso. Estas medidas se limitan a ordenar la creación de un fondo sin personería jurídica, con el fin de administrar los recursos que se destinarán a financiar las medidas necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

8.2. Segundo eje temático: Origen de los recursos del FOME. Préstamos del FAE y del FONPET

120. En relación con este eje temático, el Decreto Legislativo sub examine prevé lo siguiente:

Disposición

Contenido normativo

Artículo 3 (inciso y cinco numerales)

Prevé que los recursos del FOME provendrán de las siguientes fuentes: (i) del FAE (num. 1), (ii) del FONPET (num. 2), (iii) del PGN (num. 3), (iv) los rendimientos financieros generados por la administración de los recursos de este fondo (num. 4) y (v) los demás que determine el Gobierno Nacional (num. 5).

Artículo 10

Dispone que el FAE prestará a la Nación “hasta el 80% de los recursos ahorrados”, los cuales se transferirán en “dólares de los Estados Unidos de América, en la medida en que vayan siendo requeridos por el FOME, (...) para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos”. Estas operaciones se materializarán en “pagarés emitidos por la Nación”. El BanRep podrá efectuar las operaciones que requiera para tal efecto. Los recursos prestados serán transferidos al FOME en dólares de los Estados Unidos de América. Asimismo, el BanRep transferirá los recursos “disponibles en el portafolio de liquidez y renta fija de corto plazo del FAE”. Estas operaciones de crédito público estarán exceptuadas del régimen de autorizaciones previsto por el Decreto 1068 de 2015.

Artículo 11

Prescribe que la amortización de los préstamos del FAE se efectuará a partir de 2023, “a una tasa de interés del cero por ciento (0%), por el equivalente a un billón de pesos anuales, liquidado a tasa representativa de mercado vigente en cada pago, hasta que se extinga la obligación”. Sin embargo, “los pagarés en los que se materialicen los préstamos se podrán redimir anticipadamente para atender los faltantes del desahorro del FAE”, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 48 y 55 de la Ley 1530 de 2012. Estas operaciones se

pagarán con cargo al rubro de servicio de la deuda del PGN.

Artículo 12

Instituye que el FONPET prestará a la Nación los recursos sin distribuir a las cuentas individuales de las entidades territoriales, provenientes de los aportes que debe efectuar la Nación por el recaudo de las vigencias 2019 y 2020. Estos préstamos tendrán por “único objeto” conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos. En particular, la Nación prestará los recursos sin distribuir provenientes de las siguientes fuentes: (i) el recaudo del impuesto de timbre nacional, pendiente de distribuir a 31 de diciembre de 2019, y sus rendimientos (num. 1); (ii) el recaudo de dicho impuesto en la presente vigencia (num. 2); (iii) las “privatizaciones a 31 de diciembre de 2019, y sus rendimientos” (num. 3); (iv) las privatizaciones que “deba girar para el año 2020” (num. 4); y (v) las “capitalizaciones a 31 de diciembre de 2019, y sus rendimientos” (num. 5).

Estos recursos deberán ser reembolsados “máximo durante las diez (10) vigencias fiscales subsiguientes a la fecha de desembolso”. En todo caso, “se deberán mantener en el FONPET los recursos necesarios para garantizar su operación”. Estas operaciones de crédito público estarán exceptuadas del régimen de autorizaciones previsto por el Decreto 1068 de 2015.

Artículo 13

Estipula que la Nación podrá llevar a cabo operaciones de crédito, y utilizar como fuente de pago los recursos de las vigencias futuras de los aportes que deberá efectuar al FONPET en las vigencias 2020, 2021 y 2022. Estos serán prestados “en la medida en la que vayan siendo requeridos por el FOME”, y tendrán por objeto “conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos”. Cuando se hagan exigibles las obligaciones derivadas de estas operaciones, los recursos comprometidos se utilizarán para extinguir dichas obligaciones. Estas se pagarán con cargo al rubro de servicio de la deuda del PGN. Los recursos prestados deberán ser reembolsados “máximo durante las diez (10) vigencias fiscales subsiguientes a la extinción de la obligación”. Estas operaciones de crédito público estarán exceptuadas del régimen de autorizaciones previsto por el Decreto 1068 de 2015.

Artículo 14

Habilita a la Nación, como mecanismo residual de financiación, para que pueda prestar los recursos del FONPET, “siempre que no se comprometa el pago de las obligaciones a cargo de dicho fondo”. La Nación solo podrá prestar estos recursos “en caso de que se agoten todas las fuentes de recursos destinadas a financiar la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”. Su remuneración se efectuará a “tasas de interés de mercado”, y se pagará “dentro de los diez (10) años siguientes al desembolso de dichos recursos”. Este pago “se hará con cargo al rubro de servicio de la deuda” del PGN.

121. Delimitación del objeto de revisión. Corresponde a la Corte analizar la compatibilidad de las disposiciones correspondientes a este eje temático con la Constitución, la LEEE y la jurisprudencia constitucional. Asimismo, la Corte se pronunciará sobre los cuestionamientos planteados por los intervinientes y el Procurador en relación con los artículos que integran este eje temático, a saber:

Artículo

Solicitud

Fundamento / sentido del condicionamiento

Art. 3 (num. 1 y 2), 10, 11, 12, 13 y 14

Inexequibilidad

Vulneran el principio de autonomía territorial (párr. 10.2)

No satisfacen el requisito de necesidad (párr. 11.1)

Art. 3 (num. 2), 12, 13 y 14

Inexequibilidad

Desconocen la destinación específica de los recursos del FONPET (párr. 11.3)

No satisfacen el requisito de proporcionalidad (párr. 11.4)

Art. 3 (num. 5)

Inexequibilidad

No satisface los requisitos de conexidad y motivación suficiente (párr. 11.5)

Art. 3 (num. 5)

Exequibilidad condicionada

En el sentido de que “la determinación de los recursos del FOME por parte del Gobierno Nacional debe hacerse sobre los que este pueda disponer para ese fin, para lo que se requiere una norma con fuerza material de ley en el marco del Estado de Emergencia” (párr. 18)

Arts. 11 y 12

Exequibilidad condicionada

En el sentido de que “los préstamos del FAE y del FONPET serán remunerados a una tasa de interés del 3%” (párr. 13.9)

Arts. 12 y 14 (parciales)

Exequibilidad condicionada

En el sentido de que “para determinar los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de Entidades Territoriales – FONPET que puede solicitar la Nación a título de préstamo, se debe fijar como límite la disponibilidad del valor actuarial de las obligaciones pensionales de por lo menos diez (10) vigencias fiscales, lapso en el que la Nación ha de reembolsar los recursos que llegare a solicitar en calidad de préstamo” (párr. 19)

122. Problema jurídico. La Sala Plena resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Los artículos 3 (inciso y cinco numerales), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo 444 de 2020 cumplen con los requisitos materiales de constitucionalidad previstos por la Constitución, la LEEE y la

jurisprudencia constitucional?

123. Metodología. La Corte analizará el cumplimiento de los juicios de (i) finalidad, (ii) conexidad, (iii) motivación suficiente, (iv) ausencia de arbitrariedad, (v) intangibilidad, (vi) no contradicción específica, (vii) incompatibilidad, (viii) necesidad, (ix) proporcionalidad y (x) no discriminación. Los cuestionamientos y solicitudes de los intervinientes se analizarán en los juicios correspondientes.

i. (i) Las normas relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el juicio de finalidad

124. Los artículos 3 (inciso y cinco numerales), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de finalidad. En efecto, estas disposiciones están “directa y específicamente encaminadas” a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Estas permiten que el Gobierno cuente con “fuentes adicionales de recursos (...), para financiar las medidas necesarias, urgentes e inmediatas que deben ser adoptadas para hacer frente a la pandemia”. Según la información referida por algunos intervinientes, “se necesitan al menos 60 billones de pesos para cubrir los costos de la crisis” en el sistema de salud y en la economía. Estos recursos no están previstos por las fuentes ordinarias de la Nación, por lo que habilitar al Gobierno para prestar los recursos del FAE y del FONPET constituye una medida adecuada para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. MinHacienda indicó que, mediante estos préstamos, el Gobierno espera contar con “15.1 billones de pesos, disponiendo a título de préstamo de recursos del [FAE] cercarnos a \$12.1 billones y de cerca de \$3 billones del [FONPET]”, que se destinarán a “solventar las necesidades de gasto derivadas de la pandemia y respaldar el restablecimiento de las relaciones crediticias de los hogares y las empresas colombianas que se han visto afectadas por la emergencia”. Por tanto, la Sala Plena concluye que los artículos 3 (inciso y cinco numerales), 10, 11, 12, 13 y 14, referidos al origen de los recursos del FOME, cumplen con el requisito de finalidad.

(i) Las normas relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el juicio de conexidad

126. Conexidad interna. Estas disposiciones guardan relación directa con los considerandos del Decreto Legislativo sub examine. Esta norma contiene 21 considerandos que, de manera explícita, aluden a la necesidad de: (i) contar con “recursos adicionales a los disponibles a través de los mecanismos ordinarios”; (ii) aprobar “créditos adicionales (...) al Presupuesto

General de la Nación”; (iii) determinar las fuentes de recursos del FOME; (iv) procurar que los “recursos adicionales (...) se obtengan de forma que no se afecte el balance del Gobierno Nacional central”; (v) optimizar el uso “de activos financieros” con los que cuenta el Estado y (vi) utilizar, a título de préstamo, los recursos del FAE y del FONPET, para que “la Nación pueda responder adecuadamente ante las necesidades que generan las circunstancias que motivaron la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica a que hace referencia el Decreto 417 de 2020”. En estos términos, estas disposiciones están directamente relacionadas con la motivación del Decreto Legislativo sub examine. Estas disposiciones desarrollan cada uno de dichos considerandos, para lo cual definen las fuentes de recursos del FOME (inciso y 5 numerales del artículo 3) y prescriben las condiciones en las que se llevarán a cabo los préstamos del FAE y FONPET (arts. 10, 11, 12, 13 y 14), con el fin de “servir al exclusivo propósito de atender transitoriamente las referidas necesidades económicas y sociales derivadas de la pandemia del nuevo coronavirus Covid-19”.

127. Conexidad externa. Las disposiciones relativas al origen de los recursos del FOME están directamente relacionadas con el Decreto 417 de 2020, que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, en todo el territorio nacional. Esta declaratoria estuvo fundada en la necesidad de adoptar medidas extraordinarias para conjurar los efectos en la salud pública y en la economía causados por el brote del nuevo coronavirus COVID-19. En particular, el Gobierno mencionó, de manera expresa, que “se requieren recursos adicionales para que el Gobierno Nacional pueda enfrentar las mayores necesidades sociales y económicas ocasionadas” por la crisis sanitaria y económica. Con ese fin, el Decreto 417 de 2020 previó como medidas extraordinarias los préstamos de los recursos del FAE y del FONPET, así como “todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos”. Pues bien, los artículos 3 (inciso y cinco numerales), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo sub examine tienen por objeto habilitar dichas fuentes de recursos adicionales, y, asimismo, disponer las condiciones en las que se llevarán a cabo los préstamos de los fondos referidos por dicho decreto. En consecuencia, estas disposiciones superan el juicio de conexidad externa.

128. Por tanto, la Sala Plena concluye que las disposiciones relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el requisito de conexidad material. Estas guardan conexidad interna y externa con los considerandos del Decreto Legislativo sub examine y con las causas que justificaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

() Las normas relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el juicio de motivación suficiente

129. La Corte constata que la regulación prevista por los artículos 3 (inciso y cinco numerales), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo sub examine está suficientemente motivada. A pesar de que estas no prevén limitaciones a derechos fundamentales, la Sala Plena advierte que los considerandos del Decreto Legislativo 444 de 2020, así como “el soporte técnico” y el informe allegado por el Gobierno dan cuenta de la justificación de las medidas relativas a (i) las fuentes de recursos del FOME y (ii) la inaplicación del régimen de autorizaciones de crédito público.

130. Primero, las medidas referidas a las fuentes de recursos del FOME fueron debidamente motivadas. Como se indicó en el párr. 126, los considerandos del Decreto Legislativo sub examine aluden a la necesidad de (i) contar con “recursos adicionales a los disponibles a través de los mecanismos ordinarios”; (ii) aprobar “créditos adicionales (...) al Presupuesto General de la Nación”; (iii) determinar las fuentes de recursos del FOME; (iv) optimizar el uso “de activos financieros” con los que cuenta el Estado y (v) utilizar, a título de préstamo, los recursos del FAE y del FONPET, entre otras. De conformidad con esto, el artículo 3 (inciso y cinco numerales) determinó las fuentes de recursos del FOME. Estas son: (i) el FAE (num. 1), (ii) el FONPET (num. 2), (iii) el PGN (num. 3), (iv) los rendimientos financieros generados por la administración de los recursos de este fondo (num. 4) y (v) los demás que determine el Gobierno Nacional (num. 5). El Gobierno justificó cada una de estas fuentes de la siguiente manera:

Fuente de recursos

Motivación

FAE (num. 1 del art. 3)

El préstamo de los recursos de este Fondo constituye una “estrategia de optimización de los recursos del Estado”. Las condiciones “financieras internacionales” han limitado la capacidad del Gobierno para implementar políticas económicas contracíclicas, por lo que “actualmente no resulta financieramente viable ni fiscalmente responsable acudir a mercados de deuda”. Este fondo tiene activos financieros que “respaldan obligaciones y compromisos futuros o

sujetos a una condición de incierta ocurrencia, y que por ende, pueden ser transferidos a título de préstamo a la Nación”. Habida cuenta de que los recursos serán prestados, “no se afectará el cumplimiento de las obligaciones del mismo, ni el propósito para el cual fue concebido”. Los préstamos se llevarán a cabo en moneda extranjera, por cuanto el Decreto 1076 de 2012 dispone que (i) las inversiones del FAE “solamente se pueden realizar (...) en moneda extranjera”, (ii) el monto de sus recursos “se debe determinar en forma diaria y expresarse en dólares”, y (iii) su contabilidad “se llevará en dólares”.

FONPET (num. 2 del art. 3)

El préstamo de los recursos de este fondo constituye una “estrategia de optimización de los recursos del Estado”. Las condiciones “financieras internacionales” han limitado la capacidad del Gobierno para implementar políticas económicas contracíclicas, por lo que “actualmente no resulta financieramente viable ni fiscalmente responsable acudir a mercados de deuda”. Este fondo cuenta con activos financieros que “respaldan obligaciones y compromisos futuros o sujetos a una condición de incierta ocurrencia, y que por ende, pueden ser transferidos a título de préstamo a la Nación”. Asimismo, este fondo dispone de los recursos necesarios para cubrir “el 80% del pasivo pensional de las entidades territoriales (...) como mínimo por los próximos 20 años”. Por lo demás, la Nación pagará sus obligaciones en “un plazo que no afecte ni amenace su flujo de pagos”.

PGN (num. 3 del art. 3)

Las entidades que forman parte del PGN cuentan con recursos ordinarios asignados en sus presupuestos de ingresos y gastos. Aun cuando estos no son suficientes para conjurar la crisis, “no debe desestimarse su uso”. Estas entidades deberán evaluar “de forma adecuada la existencia de remanentes o activos disponibles, a fin de atender la atención sanitaria y las medidas de contención y atención de la pandemia”, con cargo a dichos recursos.

Rendimientos generados por la administración del FOME (num. 4 del art. 3)

Los rendimientos que se generen por la administración del FOME “son recursos de este mismo fondo”, por lo que estos también deben ser “empleados en aras de mitigar la emergencia”.

Los demás que determine el Gobierno Nacional (num. 5 del art. 3)

Determinar fuentes adicionales de recursos depende de los efectos y de “la forma en la cual evolucione la pandemia”. Estas situaciones no eran previsibles al momento de expedir el Decreto Legislativo 444 de 2020. Por tanto, esta medida constituye una “fuente residual”, en virtud de la cual el Gobierno podrá “explor[ar] [nuevas] fuentes de recursos” “dentro del periodo que le permite la Declaración del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

131. Segundo, las medidas referidas a la inaplicación del régimen de autorizaciones de crédito público fueron motivadas. Los artículos 10 (parágrafo 2), 12 (parágrafo 2) y 13 (parágrafo) prevén que las operaciones de crédito que se lleven a cabo para hacer efectivos los préstamos del FAE y del FONPET “se encuentran exceptuadas del régimen de autorizaciones de crédito público contenido en el Decreto 1068 de 2015, y se entienden autorizadas”. Al respecto, los considerandos del Decreto Legislativo sub examine señalan que estas disposiciones “establecen unas condiciones y trámites para su realización, que no pueden ser aplicados en estos casos, en atención a las necesidades inmediatas de disponibilidad de recursos para atender adecuadamente la emergencia”.

132. Por tanto, la Sala Plena considera que las medidas relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el juicio de motivación suficiente.

133. Los artículos 3 (inciso y cinco numerales), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de ausencia de arbitrariedad. En efecto, estas medidas (i) no limitan, suspenden ni restringen derechos fundamentales, (ii) no interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público, y (iii) tampoco suprimen o modifican las funciones de acusación y juzgamiento.

() Las normas relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el juicio de intangibilidad

134. Los artículos 3 (inciso y cinco numerales), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de intangibilidad. Estas disposiciones no prevén medida alguna que afecte el ejercicio de derechos fundamentales, en particular, de los derechos intangibles previstos por la jurisprudencia constitucional.

() Las normas relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el juicio de no contradicción específica

135. La Corte considera que los artículos 3 (inciso y cinco numerales), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de no contradicción específica. En efecto, estas disposiciones (i) no contradicen la Constitución o los tratados internacionales; (ii) no desconocen el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el contenido de los artículos 47, 49 y 50, de la LEEE, y (iii) no desmejoran los derechos sociales de los trabajadores.

136. Ahora bien, habida cuenta de los cuestionamientos formulados por los intervinientes y el Procurador, la Corte examinará si la regulación sobre el origen de los recursos del FOME vulnera: (a) el artículo 287 de la Constitución Política, por cuanto, según algunos intervinientes, los préstamos previstos por estas normas desconocen la autonomía de las entidades territoriales; (b) los artículos 361 y 48.5 ibidem, en tanto, según algunos intervinientes, desconocen la destinación específica de los recursos del FAE y del FONPET; (c) el artículo 150.11 ibidem, al prever como fuente de recursos del FOME “los demás que determine el Gobierno Nacional”; (d) los artículos 361 y 48.6 ibidem, en tanto los préstamos de los referidos fondos no prevén una tasa de interés remuneratoria; y (e) los artículos 364 y 48 ibidem, porque, en criterio del Procurador, el Gobierno no fijó un límite específico a los recursos que pueden ser prestados del FONPET.

(a) Las normas relativas al origen de los recursos del FOME no vulneran el principio de autonomía territorial

137. Delimitación del objeto de revisión. Corresponde a la Sala Plena analizar la compatibilidad de los artículos 3 (num. 1 y 2), 10, 11, 12, 13 y 14 del Decreto Legislativo sub examine con la Constitución, la LEEE y la jurisprudencia constitucional. En particular, estas disposiciones autorizan el préstamo de los recursos del FAE y del FONPET. Algunos intervinientes señalaron que estas vulneran el principio de autonomía territorial. En su opinión, los préstamos del FAE y del FONPET implican una centralización de los recursos, que limita “el campo de acción de los municipios y departamentos para atender la crisis la generada por el COVID-19” (ver párr. 10.2). En consecuencia, la Sala analizará la presunta vulneración del principio de autonomía territorial, previsto por el artículo 287 de la

Constitución.

138. Problema jurídico. La Sala Plena resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Los artículos 3 (num. 1 y 2), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo sub examine vulneran el artículo 287 de la Constitución Política, en tanto, según algunos intervinientes, los préstamos previstos desconocen la autonomía de las entidades territoriales respecto del uso de los recursos del FAE y del FONPET?

139. Contenido, alcance y límites del principio de autonomía territorial. El artículo 287 de la Constitución prevé el principio de autonomía territorial, en virtud del cual las entidades territoriales “gozan de autonomía para gestionar sus intereses”. Este principio se concreta, entre otras, en el derecho de las entidades territoriales a “(i) Gobernarse por autoridades propias; (ii) Ejercer las competencias que les correspondan; (iii) Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y (iv) Participar en las rentas nacionales”. Sin embargo, por expresa disposición del artículo 287 ibidem, la autonomía territorial debe ejercerse “dentro de los límites de la Constitución y la ley, con lo cual apunta a preservar el interés nacional y el principio de Estado Unitario”. En otras palabras, “si bien, por un lado, se afirman los intereses locales, se reconoce, por otro, la supremacía de un ordenamiento superior, con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano, sino que se explica en un contexto unitario”. Esto implica que los órganos del nivel central tienen “la posibilidad de [llevar a cabo] intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad”.

140. La jurisprudencia constitucional ha reconocido al Legislador “la potestad de injerencia o intervención” en la autonomía financiera de las entidades territoriales. El alcance de dicha intervención dependerá de la naturaleza de los recursos respecto de los cuales verse la medida legislativa. En el caso de las fuentes exógenas, el Legislador “tendrá un mayor margen de configuración normativa”. Dado que estos recursos, “en principio, no les pertenecen a las entidades territoriales (...), la propia Constitución autoriza al poder central para fijar su destinación”, por lo que “bien puede el legislador distribuirlas y señalar su destinación, (...) con la única limitante de respetar los preceptos constitucionales que rigen la materia”. Sin embargo, en el caso de las fuentes endógenas, la potestad de intervención “es

limitada, pues solo excepcionalmente el Legislador puede intervenir en el manejo de los recursos propios de los entes territoriales, cuando existan ciertas condiciones que así lo justifiquen”. Al respecto, esta Corte ha señalado que el Legislador únicamente puede intervenir en la administración y destinación de las rentas endógenas cuando: (i) “la intervención es señalada expresamente por la Constitución”; (ii) la intervención “resulta necesaria para proteger el patrimonio de la Nación o mantener la estabilidad constitucional o macroeconómica interna o externa”, y (iii) “las condiciones sociales y la naturaleza de la medida así lo exigen por trascender el ámbito simplemente local o regional”. En estos casos, cuando la medida verse sobre una renta endógena, esta deberá ser razonable, idónea, necesaria y proporcional.

141. Los artículos 3 (num. 1 y 2), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo 444 de 2020 no vulneran el principio de autonomía territorial. Esto es así por dos razones, a saber: (i) las entidades territoriales no ejercen su autonomía financiera respecto de los recursos prestados y (ii) estas operaciones de crédito son indispensables para proteger “intereses nacionales superiores”.

142. Primero, las entidades territoriales no ejercen su autonomía financiera respecto de los recursos prestados. Los recursos del FAE y del FONPET constituyen, en su mayoría, rentas exógenas, respecto de las cuales las entidades territoriales no ejercen derechos de administración ni libre disposición. De un lado, el FAE es un fondo que forma parte del Sistema General de Regalías, que tiene “como objetivo ahorrar recursos para hacer frente a un eventual escenario de disminución de ingresos del Sistema”. Sus recursos provienen de “la explotación del subsuelo y de los recursos naturales no renovables”, y, por tanto, son de propiedad del “Estado”, que no de las entidades territoriales. A estas últimas solo se les reconocen “derechos de participación” sobre dichos recursos. Asimismo, la administración de este fondo corresponde únicamente al BanRep, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 361 de la Constitución, por lo que las entidades territoriales no intervienen en las decisiones de administración e inversión. Por lo demás, estos recursos no son de libre disposición de las entidades territoriales. Estas solo pueden acceder a estos cuando ocurran los eventos de “desahorro” y de “reducción drástica de recursos” previstos por los artículos 48 y 55 de la Ley 1530 de 2012. En estos casos, las entidades deberán destinar dichos recursos, “en primer lugar, a financiar los compromisos contraídos con cargo a las vigencias futuras que aún se hallen pendientes de financiación y pago o cancelación con cargo a los

recursos del Sistema General de Regalías”. En consecuencia, estos recursos no son rentas endógenas respecto de las cuales las entidades territoriales ejerzan administración o libre disposición.

143. De otro lado, el FONPET es un “fondo sin personería jurídica” del orden nacional, cuyo objeto es “recaudar, asignar (...) y administrar” los recursos destinados al pago del pasivo pensional de las entidades territoriales. Sus recursos provienen de distintas fuentes, entre ellas, las “transferencias constitucionales” del Sistema General de Participaciones y del Sistema General de Regalías, los “ingresos que se obtengan por la explotación del Loto Único Nacional”, los recursos “por concepto de situado fiscal”, los aportes de la Nación y los de las entidades territoriales. Así, este fondo administra, en su mayoría, rentas exógenas. De conformidad con la Ley 549 de 1999, su administración está a cargo de MinHacienda, mediante los patrimonios autónomos que se constituyan para esos efectos. En estos términos, las entidades territoriales no ejercen administración alguna respecto de los activos que conforman este fondo, incluidos los correspondientes a los aportes territoriales. En relación con estos, mediante la Ley 549 de 1999, el Legislador intervino para limitar la autonomía financiera de las entidades territoriales, al definir la destinación y forma de administración de estos recursos, con el fin de que estas “cumplan sus deberes constitucionales y evitar que, hacia el futuro, se comprometa la estabilidad macroeconómica de la Nación, a través de la deuda pensional de carácter territorial”. Asimismo, estos recursos tampoco son de libre disposición. Las entidades territoriales pueden acceder a ellos con la única finalidad de pagar sus obligaciones pensionales y solo cuando cumplan con las condiciones previstas por la Ley 549 de 1999 y el Decreto 1068 de 2015. Por lo demás, la Sala Plena advierte que los préstamos de este fondo versan, principalmente, sobre los recursos provenientes de los aportes de la Nación, así como sus vigencias futuras (arts. 12 y 13), los cuales no han sido transferidos a las cuentas individuales de las entidades territoriales y, en otros casos, ni siquiera al FONPET. Por esta razón, tales recursos no hacen parte de los “intereses” respecto de los cuales las entidades territoriales ejerzan su autonomía, a la luz del artículo 287 de la Constitución Política.

144. Segundo, estas operaciones de crédito son indispensables para proteger intereses nacionales superiores. Los efectos de la actual emergencia en el sistema de salud y en el sistema económico “transciende[n] más allá del ámbito simplemente local”. En efecto, estos “resultan en una reducción de los flujos de caja de las personas y de los hogares”, que

pueden afectar “el ingreso básico de los colombianos, la estabilidad económica de los trabajadores y de las empresas, la actividad económica de los trabajadores independientes, y la sostenibilidad fiscal de la economía”. En estos términos, la autorización para prestar los recursos de estos fondos busca proteger “intereses nacionales superiores”, esto es, el restablecimiento del orden económico, social y ecológico en todo el territorio nacional. Este propósito trasciende la esfera regional, territorial o local en la que las entidades territorial ejercen su autonomía.

(b) Las normas relativas al origen de los recursos del FOME no desconocen la destinación específica de los recursos del FAE y del FONPET

146. Delimitación del objeto de revisión. Corresponde a la Sala Plena analizar la compatibilidad de los artículos 3 (num. 1 y 2), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo sub examine con la Constitución, la LEEE y la jurisprudencia constitucional. Estas disposiciones habilitan el préstamo de los recursos del FAE y del FONPET, con el fin de destinarlos a conjurar la emergencia económica, social y ecológica. Algunos intervinientes manifestaron que estas medidas desconocen la destinación específica de los recursos del FONPET, prevista por el artículo 48.5 de la Constitución. En su opinión, dichos préstamos permiten que se destinen los recursos de este fondo para fines distintos al pago del pasivo pensional territorial. Sin embargo, habida cuenta de que ambos fondos tienen destinación específica, la Sala analizará la presunta vulneración de los artículos 361 y 48.5 de la Constitución Política.

147. Problema jurídico. La Sala Plena resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Los artículos 3 (num. 1 y 2), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo sub examine vulneran los artículos 361 y 48.5 de la Constitución, en tanto, a juicio de los intervinientes, desconocen la destinación específica de los recursos del FAE y del FONPET?

148. Destinación específica de los recursos del FAE y del FONPET. En virtud de lo dispuesto por los artículos 361 y 48.5 de la Constitución Política, los recursos del FAE y del FONPET tienen destinación específica. En el caso del FAE, el artículo 361 ibidem prevé que “los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales, al ahorro para su pasivo pensional; (...) [y] para la generación de ahorro público”, entre otras. En particular, los recursos de este fondo tienen por objeto “cubrir” los eventos de “desahorro” y de “reducción

drástica de recursos” previstos por los artículos 48 y 55 de la Ley 1530 de 2012. En el caso del FONPET, el artículo 48.5 ibidem prescribe que “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ellas”. Pues bien, la Ley 549 de 1999 creó este fondo con el objeto de administrar “los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales”, y, de esta manera, “satisfacer el derecho fundamental a la seguridad social (art. 48 C.P.)” de los servidores públicos del nivel territorial. En consecuencia, los recursos del FAE y del FONPET solo pueden destinarse a cubrir el desahorro del Sistema General de Regalías y a pagar el pasivo pensional de las entidades territoriales, respectivamente.

149. Los artículos 3 (num. 1 y 2), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo 444 de 2020 no desconocen la destinación específica de los recursos del FAE y del FONPET. El uso de los recursos de estos fondos se hará a título de préstamo, lo cual no modifica ni desconoce su destinación específica. En efecto, los fondos seguirán contando con dichos recursos, los cuales constituirán “un activo, específicamente, una cuenta por pagar” a cargo de la Nación. En otras palabras, los préstamos previstos por el Decreto Legislativo sub examine implican, simplemente, un “cambio de activos”. Los recursos estarán representados en los pagarés que suscriba la Nación a favor de los referidos fondos, en los que se da cuenta de las obligaciones correspondientes. Por tanto, estos préstamos no afectan “el valor de [los] activo[s]” con los que cuentan estos fondos, y, en el caso del FONPET, tampoco alteran “el nivel del cubrimiento del pasivo pensional de las entidades territoriales”. En estos términos, estos préstamos no constituyen una apropiación o reorientación de dichos fondos que desconozca su destinación específica, sino simplemente una operación crediticia temporal con tales recursos.

150. En gracia de discusión, estos préstamos tampoco desconocen el artículo 359 de la Constitución Política, en tanto el impuesto de timbre constituye una renta nacional con destinación específica. Este precepto constitucional dispone que “no habrá rentas nacionales de destinación específica. Se exceptúan: 1. las participaciones previstas en la Constitución a favor de los departamentos, distritos y municipios. 2. Las destinadas para inversión social (...)”. Según lo indicó esta Corte, en la sentencia C-1187 de 2000, “el impuesto de timbre nacional no se encuentra dentro de las excepciones allí contempladas por el constituyente por lo que no resulta esta norma, [que prevé que el recaudo del impuesto de timbre constituya un aporte al FONPET,] ajena al ordenamiento jurídico superior, máxime cuando

con el dinero producido por este gravamen, el legislador busca financiar parte del grave pasivo pensional que afecta a las entidades territoriales”. En consecuencia, los préstamos de los recursos previstos por el artículo 12 (num. 1 y 2) del Decreto Legislativo sub examine tampoco vulneran contenido alguno de la Constitución, la LEEE o la jurisprudencia constitucional.

151. Por lo demás, estos préstamos tampoco afectan el funcionamiento de estos fondos y, por tanto, la efectiva destinación de sus recursos para los fines previstos por el Legislador. Los considerandos y los artículos 3 (num. 1 y 2), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo sub examine señalan, de manera explícita, que la Nación garantizará que estos fondos cuenten con los recursos necesarios para asegurar el “cumplimiento de [sus] obligaciones”. Respecto del FAE, la Nación solo prestará el “80% de los recursos ahorrados”, y pagará sus obligaciones “en los plazos y montos necesarios para que este cuente con los recursos en caso de darse las condiciones de desahorro”. En todo caso, este fondo podrá “redimir anticipadamente [los pagarés] para atender las faltantes de desahorro”. Respecto del FONPET, la Nación (i) prestará, en primer lugar, recursos que aún no han sido distribuidos a las cuentas individuales de las entidades territoriales, y que “no se requieren en el corto o mediano plazo”; (ii) pagará esos préstamos “dentro de las 10 vigencias fiscales posteriores a los desembolsos” y (iii) garantizará que “en ningún caso se comprometa el pago de obligaciones a su cargo”. Además, el FONPET seguirá recibiendo los recursos provenientes de las transferencias constitucionales, los aportes de las entidades territoriales, los recursos del Loto Único Nacional y los rendimientos financieros, en las futuras vigencias fiscales.

152. Las siguientes tablas contienen información sobre los préstamos efectuados con cargo a los recursos de estos fondos, así como de los respectivos pagarés suscritos por la Nación que integran el patrimonio del FAE y del FONPET:

153. Por estas razones, la Sala Plena concluye que los préstamos previstos por los artículos 3 (num. 1 y 2), 10, 11, 12, 13 y 14 no desconocen la destinación específica de los recursos del FAE y del FONPET, sino que simplemente implican operaciones crediticias temporales con los mismos. Estas operaciones, en todo caso, no están proscritas por la Constitución Política. Los fondos seguirán contando con los recursos prestados, los cuales estarán representados en los pagarés suscritos por la Nación. Además, estos contarán con los recursos suficientes para garantizar el “cumplimiento de [sus] obligaciones”. En estos términos, la Corte no advierte

afectación alguna a la destinación de tales recursos.

(c) El numeral 5 del artículo 3 del Decreto Legislativo no vulnera el artículo 150.11 de la Constitución Política

154. Delimitación del objeto de revisión. Corresponde a la Sala Plena examinar la compatibilidad del numeral 5 del artículo 3 del Decreto Legislativo sub examine con la Constitución, la LEEE y la jurisprudencia constitucional. Esta disposición prevé como fuente de recursos del FOME “los demás que determine el Gobierno Nacional”. El Procurador indicó que es necesario condicionar la exequibilidad de esta norma, en el entendido de que “la determinación de los recursos del FOME por parte del Gobierno Nacional debe hacerse sobre los que este pueda disponer para ese fin, para lo que se requiere una norma con fuerza material de ley en el marco del Estado de Emergencia”. En su criterio, esta disposición prevé una habilitación al Gobierno para modificar las fuentes de recursos del FOME mediante el ejercicio de sus facultades ordinarias (ver párr. 18). En estos términos, la Sala analizará la presunta vulneración del artículo 150.11 de la Constitución.

155. Problema jurídico. La Sala Plena resolverá el siguiente problema jurídico: ¿El numeral 5 del artículo 3 del Decreto Legislativo sub examine vulnera el artículo 150.11 de la Constitución, al prever como fuente de recursos del FOME “los demás que determine el Gobierno Nacional”?

156. Contenido y alcance del principio de legalidad del gasto. Los artículos 150.11, 345 y 346 de la Constitución Política prevén el principio de “legalidad del gasto público”. Este principio “exige que sea el Congreso, como órgano de representación política quien decrete y autorice los gastos del Estado”. En particular, según lo dispuesto por el artículo 150.11 ibidem, corresponde al Congreso, mediante ley, “establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración”. En ejercicio de esta competencia, “el Congreso está habilitado para proferir normas que, como las que disponen fondos cuenta, determinan la distribución de [las] rentas nacionales”. Esto, por cuanto este tipo de fondos “constituye[n] un sistema de manejo de cuentas, conforme a los cuales se destinan los bienes y recursos allí indicados para su administración bajo las reglas previstas por el Legislador y la consecución de los objetivos por éste señalados”. En estos términos, la creación de estos fondos “responde a una opción legítima y constitucionalmente válida dentro del marco de libertad que el

Congreso tiene para regular” las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración, para lo cual el Legislador puede definir “los bienes y recursos [que se destinarán] para el cumplimiento de los objetivos” del fondo.

157. El numeral 5 del artículo 3 del Decreto Legislativo 444 de 2020 no vulnera el artículo 150.11 de la Constitución Política. La Sala Plena considera que esta disposición no contraviene el principio de legalidad del gasto público, por cuanto no habilita al Gobierno para modificar las fuentes de recursos del FOME mediante el ejercicio de sus facultades ordinarias. Según indicó el MinHacienda, la expresión “los demás que determine el Gobierno Nacional” está justificada en la imposibilidad de prever todas las fuentes de recursos necesarias para financiar la emergencia, por lo que resulta necesario señalar que el Gobierno puede “explor[ar] [nuevas] fuentes de recursos, en un marco de sostenibilidad y dentro del periodo que lo permite la Declaración del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. En estos términos, para la Sala esta “habilitación” tiene por finalidad que el Gobierno determine nuevas fuentes de recursos durante la vigencia del estado de emergencia, es decir, durante el periodo en el cual puede ejercer sus facultades extraordinarias, de conformidad con lo previsto por el artículo 215 de la Constitución, que no mediante el ejercicio de sus competencias ordinarias, como manifestó el Procurador.

158. Al respecto, la Corte corrobora que el Gobierno Nacional ha adoptado dicha interpretación para el ejercicio de sus competencias. En efecto, el Gobierno ha determinado “las demás” fuentes de los recursos del FOME solo mediante el ejercicio de sus facultades extraordinarias. Estas nuevas fuentes han sido fijadas por medio de los decretos legislativos 552, 562 y 568, de 2020. Lejos de lo sostenido por el Procurador, tales fuentes no han sido determinadas por el Gobierno Nacional mediante decretos reglamentarios u otro tipo de instrumentos normativos. Así las cosas, para la Corte es claro que el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Legislativo sub examine no prevé una habilitación para modificar las fuentes de recursos del FOME mediante el ejercicio de las facultades ordinarias del ejecutivo, y, por tanto, no vulnera el principio de legalidad del gasto previsto por el artículo 150.11 de la Constitución.

159. Delimitación del objeto de revisión. Corresponde a la Sala Plena analizar la compatibilidad de los artículos 11, 12 y 13 del Decreto Legislativo sub examine con la Constitución, la LEEE y la jurisprudencia constitucional. Estas disposiciones prevén que los

préstamos del FAE serán remunerados “a una tasa de interés del cero por ciento (0%)”, y no indican tasa de interés alguna respecto de los préstamos del FONPET. Algunos intervinientes manifestaron que el Gobierno debió fijar una tasa de interés del “3%”, para mantener el poder adquisitivo de los recursos prestados. En su criterio, esta omisión implica que los préstamos constituyen “un desahorro”, en el caso del FAE; y desconocen el artículo 48.6 de la Constitución, en el caso del FONPET (ver párr. 13.9). Por consiguiente, la Sala analizará la presunta vulneración de los artículos 361 y 48.6 de la Constitución.

160. Problema jurídico. La Sala Plena resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Los artículos 11, 12 y 13, del Decreto Legislativo sub examine vulneran los artículos 48.6 y 361 de la Constitución, por cuanto no prevén tasas de interés remuneratorias respecto de los préstamos del FAE y del FONPET?

161. Contenido y alcance del artículo 361 de la Constitución Política. El artículo 361 de la Constitución Política creó el FAE, determinó su objeto y fijó las reglas para su administración. Asimismo, dispuso que “[l]a ley definirá un mecanismo para mitigar la disminución de los mencionados recursos, que se presente como consecuencia de una reducción drástica en los ingresos del Sistema General de Regalías”. Este mecanismo fue definido por los artículos 48 y 55 de la Ley 1530 de 2012, que regulan el “desahorro” y “la reducción drástica de recursos” provenientes de las regalías. En estos eventos, los recursos del FAE “se canalizarán a través del Fondo de Compensación Regional, el Fondo de Desarrollo Regional y las asignaciones directas, proporcionalmente con respecto a su participación en los ingresos del Sistema”.

162. Contenido y alcance del artículo 48.6 de la Constitución Política. Esta disposición prevé que “la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo”. Este precepto “señala explícitamente un deber constitucional en cabeza del Congreso de la República”, pero, a su vez, “faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor [de las] pensiones”. En otras palabras, “el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre

obligado a acoger un esquema económico” determinado.

163. Los artículos 11 y 12 del Decreto Legislativo 444 de 2020 no vulneran los artículos 361 y 48.6 de la Constitución Política. De ninguno de los contenidos de la Constitución deriva una obligación en virtud de la cual el Estado deba fijar tasas de interés remuneratorias en todas sus operaciones de crédito público. Esta cuestión debe ser definida por el Legislador en ejercicio de su amplia libertad de configuración, para lo cual puede disponer tasas del 0% -o ninguna-, como en este caso. En particular, es evidente que el artículo 361 ibidem no comprende dicha obligación. Esta norma solo se refiere a la creación, objeto y administración de FAE, que no a un deber relacionado con la garantía de la rentabilidad de sus recursos, por medio de tasas de interés. Las disposiciones de la Ley 1530 de 2012 tampoco contienen una regla en ese sentido. Es más, la única disposición que podría guardar relación con este asunto prevé que las inversiones de los recursos de este fondo “podrán observar rentabilidades negativas”. Por tanto, el artículo 11 del Decreto Legislativo sub examine no contraviene la Constitución, la LEEE ni la jurisprudencia, al fijar que los préstamos del FAE serán remunerados a una tasa del “cero por ciento (0%)”.

164. Asimismo, el artículo 48.6 de la Constitución tampoco prevé dicha obligación. Esto es así por dos razones. Primero, los recursos que la Nación prestará del FONPET, respecto de los cuales no pagará intereses remuneratorios (arts. 12 y 13), no constituyen recursos efectivamente “destinados a pensiones”. El deber del Legislador de prever medios para que los “recursos destinados a pensiones” mantengan su poder adquisitivo solo comprende aquellos recursos que efectivamente han sido afectados para el pago de un pasivo pensional específico. En el caso del FONPET, ello solo ocurre cuando los aportes son distribuidos en las cuentas individuales de las entidades territoriales. De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1068 de 2015, los recursos transferidos al FONPET se incorporarán en los presupuestos de las entidades territoriales solo cuando se efectúe la “aplicación” de los mismos en las cuentas respectivas. Es más, solo respecto de estos puede calcularse “el monto máximo de recursos que una entidad territorial puede retirar anualmente de su cuenta” para pagar sus obligaciones pensionales. Ahora bien, los recursos que la Nación prestará del FONPET no han sido apropiados o afectados para el pago del pasivo pensional de las entidades territoriales. Estos no han ingresado a dichas cuentas individuales, y otros ni siquiera han sido transferidos al FONPET, en tanto son vigencias futuras de los aportes que debe efectuar la Nación a este fondo. Por tanto, tales recursos no constituyen “recursos

destinados a pensiones” respecto de los cuales el Legislador deba prever mecanismos para que mantengan su poder adquisitivo, y, mucho menos, tener la obligación constitucional de fijar una tasa de interés remuneratoria del “3%”.

165. Segundo, al margen de lo anterior, la Corte resalta que el Constituyente facultó al Legislador para definir “los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo”. Esto significa que “el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico” de actualizar el “monto de las pensiones para que [sean] consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda” . En consecuencia, el Legislador puede “decidir, con autonomía política” , el medio para actualizar el valor de las pensiones. Esto no implica, en absoluto, que el Legislador deba, en toda operación de crédito público, fijar tasas de interés remuneratorias, y, mucho menos, en el sentido propuesto por los intervinientes.

166. Por lo demás, la Corte advierte que el artículo 14 del Decreto Legislativo sub examine prevé que los préstamos de los recursos del FONPET que han sido distribuidos las cuentas individuales de las entidades territoriales serán remunerados a “tasas de interés de mercado”, las cuales, en todo caso, deberán garantizar el poder adquisitivo de tales recursos.

167. Por lo anterior, la Sala Plena concluye que los artículos 11, 12 y 13, del Decreto Legislativo sub examine no vulneran los artículos 361 y 48.6 de la Constitución, al regular los préstamos del FAE y del FONPET sin prever una tasa de interés remuneratoria.

(e) Las normas relativas al origen de los recursos del FOME no vulneran los artículos 364 y 48 de la Constitución Política, al no fijar un límite específico a los recursos que pueden ser prestados del FONPET

168. Delimitación del objeto de revisión. Los artículos 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo sub examine prevén que la Nación podrá prestar tres tipos de recursos del FONPET, a saber: (i) los recursos que “se encuentren sin distribuir a las cuentas individuales de las entidades territoriales” (art. 12); (ii) las vigencias futuras de los aportes de la Nación a dicho fondo (art. 13), y, de forma residual, (iii) “los recursos” del FONPET, “siempre que no se comprometa el pago de las obligaciones a cargo de dicho Fondo en cada una de las vigencias correspondientes” (art. 14). El Procurador manifestó que los préstamos previstos por los

artículos 12 y 14 podrían “poner en riesgo el pago de las obligaciones pensionales”. A su juicio, “los artículos no precisan el término durante el cual se debe garantizar la operación del FONPET y que, por lo tanto, determinaría los recursos disponibles para los préstamos” (párr. 19). En otros términos, el Procurador cuestiona la constitucionalidad de los artículos 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo, en tanto estos regulan las condiciones en las cuales se efectuarán los préstamos del FONPET. En su concepto, tales artículos vulneran los artículos 364 y 48 de la Constitución Política, por cuanto podrían constituir, en la práctica, una “autorización ilimitada” de endeudamiento, que podría afectar el pago del pasivo pensional de las entidades territoriales.

169. Problema jurídico. La Sala Plena resolverá el siguiente problema jurídico: ¿los artículos 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo sub examine vulneran los artículos 361 y 48 de la Constitución, por cuanto no prevén un límite respecto de los recursos que la Nación puede prestar del FONPET?

170. Facultad de endeudamiento del Gobierno durante los estados de excepción. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que “el Gobierno Nacional cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para buscar rápidamente fuentes de financiación indispensables para atender los efectos nocivos y evidentes” de los hechos que alteran el orden económico, social y ecológico. Sin embargo, de esta “facultad” no deriva una “autorización ilimitada, una especie de ‘cheque en blanco’, a favor del Ejecutivo” para comprometer los recursos del Estado. Los artículos 215 y 364 de la Constitución son límites al ejercicio de dicha facultad. De un lado, de conformidad con el artículo 215 ibidem, las medidas adoptadas por el Gobierno deberán estar destinadas “exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos”. De otro lado, el artículo 364 ibidem dispone que el “endeudamiento interno y externo de la Nación y de las entidades territoriales no podrá exceder su capacidad de pago”. Esto implica que toda “autorización de endeudamiento” debe extenderse “únicamente a aquellas cantidades y tiempos estrictamente necesarios para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos (...), [y sin] exced[er] la capacidad de pago de la Nación”. Ahora bien, esta Corte ha advertido que “no le corresponde al juez constitucional entrar a determinar con exactitud la cuantía que requiere el Gobierno Nacional para atender la situación de excepción, por cuanto aquello dependerá del resultado de estudios técnicos en la materia y de valoraciones de conveniencia, ajenas al juicio de constitucionalidad”.

171. Los artículos 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo 444 de 2020 no vulneran los artículos 364 y 48 de la Constitución Política. La Sala Plena considera que estas disposiciones no prevén una “autorización ilimitada” de endeudamiento respecto de los recursos del FONPET, por dos razones. Primero, el Gobierno determinó el límite de endeudamiento respecto de los recursos previstos por los artículos 12 y 13 del Decreto Legislativo sub examine. El monto autorizado para prestar dichos recursos está definido en la adición presupuestal efectuada mediante el Decreto Legislativo 519 de 2020. Este Decreto adicionó al PGN \$15.1 billones de pesos, los cuales corresponden a (i) “\$12.1 billones” de pesos prestados del FAE y (ii) “\$3 billones” de pesos, que provendrán de “los préstamos a la Nación del [FONPET] (...), correspondientes a los recursos a los que hacen referencia los artículos 12 y 13 del Decreto Legislativo 444 de 2020”. Por tanto, la autorización para prestar estos recursos es específica y determinada, que no abstracta e indefinida, como sostiene el Procurador.

172. Segundo, el artículo 14 del Decreto Legislativo sub examine también prevé un límite de endeudamiento, que no afecta la capacidad de pagos de la Nación. Esto es así por dos razones. Primero, esta disposición, de manera explícita, prescribe que el flujo de pagos del FONPET será el límite de endeudamiento de la Nación respecto de estos recursos. En efecto, estos podrán prestarse “siempre que no se comprometa el pago de las obligaciones a cargo de dicho Fondo en cada una de las vigencias fiscales”. En estos términos, esta medida no constituye una autorización ilimitada de endeudamiento sujeta a la discrecionalidad del Gobierno. Segundo, la aprobación de estos préstamos estará condicionada al cumplimiento de los trámites previstos por el régimen de autorizaciones de crédito público dispuesto por el Decreto 1068 de 2015. A diferencia de los artículos 12 y 13, esta disposición no contiene regla alguna en virtud de la cual estas operaciones “se encuentr[en] exceptuadas del régimen de autorizaciones de crédito público (...), y se entiend[an] autorizadas”. Esto implica que la aprobación de estos préstamos deberá estar precedida de los conceptos favorables del CONPES y de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público. Por tanto, las autoridades que integran dichas “instancias” evaluarán “con exactitud la cuantía que requiere el Gobierno Nacional para atender la situación de excepción”, y decidirán sobre la viabilidad financiera y fiscal de dichos préstamos, con base en “estudios técnicos en la materia”. A juicio de la Sala Plena, esto constituye una garantía institucional para asegurar que los préstamos de esta fuente “residual de financiación” no “excedan la capacidad de pago de la Nación”, y, por contera, tampoco impliquen una desfinanciación del FONPET que afecte el pago del pasivo pensional territorial. En estos términos, la Corte considera que no

hay lugar a condicionar las referidas normas en el sentido solicitado por el Procurador.

173. Por lo demás, esta autorización está justificada en el contexto de la actual crisis. Como indicó el MinHacienda, “la necesidad de recursos obedece en gran medida a la forma en la que evolucione la pandemia”. Sin embargo, las características de esta emergencia imposibilitan que el Gobierno pueda pronosticar con algún grado de certeza sus efectos y, en consecuencia, definir el nivel de endeudamiento necesario “para impulsar el gasto” público que se requiere para conjurar los efectos de la crisis en el sistema de salud y en la economía. El FMI ha señalado que, a nivel mundial, los Estados han debido incrementar su “deuda pública” para “limitar la transmisión del virus y sus consecuencias económicas”. La siguiente tabla representa el nivel de endeudamiento y déficit fiscal en los periodos 2007-2020:

174. En tales términos, “existe un consenso mundial sobre la importancia de que el gobierno tenga suficiente flexibilidad para financiar los requerimientos de recursos necesarios para enfrentar [la pandemia] y minimizar su impacto en el PIB potencial”. En Colombia, esta situación justificó la suspensión del “cumplimiento paramétrico de la regla [fiscal] para los años 2020 y 2021”, regulado por la Ley 1473 de 2011. Esta medida permitirá al Gobierno Nacional “asumir de manera efectiva la nueva realidad de endeudamiento que resulta de los cuantiosos déficits en lo que se incurrirá” para enfrentar la actual crisis y, por contera, “asegurar la estabilidad macroeconómica” del país. En todo caso, el Comité Consultivo de la Regla Fiscal “ejercerá el papel de Comité independiente para el monitoreo de las finanzas públicas, durante el tiempo de suspensión de la regla fiscal”.

175. Por lo anterior, la Sala Plena concluye que los artículos 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo 444 de 2020 no vulneran los artículos 364 y 48, en tanto no prevén una autorización ilimitada de endeudamiento.

() Las normas relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el juicio de incompatibilidad

176. Estas disposiciones satisfacen el requisito de incompatibilidad. Esto, por dos razones: (i) los préstamos del FAE y del FONPET no son incompatibles con las normas que regulan las administración y destinación de los recursos de estos fondos, y, en todo caso, (ii) la inaplicación del régimen de autorizaciones de crédito público está debidamente motivada.

177. Primero, las medidas referidas a los préstamos del FAE y del FONPET no son incompatibles con las normas que regulan la administración y destinación de los recursos de estos fondos. Como se señaló en los párr. 149 a 151, el Decreto Legislativo 444 de 2020 prevé una habilitación para prestar los recursos ahorrados en dichos fondos, que no suspenden ni alteran las normas sobre el funcionamiento de los mismos, por tres razones. Primero, los fondos seguirán contando con dichos recursos. Estos constituirán “un activo, específicamente, una cuenta por pagar” a cargo de la Nación, por lo que no se trata de una apropiación o reorientación de estos recursos. Segundo, la Nación pagará estos préstamos en condiciones que no afecten el “cumplimiento de [las] obligaciones” ni el “flujo de pagos” de los fondos. Tercero, estos continuarán sus operaciones en condiciones de normalidad de conformidad con las reglas previstas por las Leyes 1530 de 2012 y 549 de 1999, por lo que sus recursos se destinarán para los propósitos previstos por estas normas sin excepción, a saber: “cubrir” los eventos de desahorro y pagar el pasivo pensional de las entidades territoriales, respectivamente. En tales términos, las medidas previstas por el Decreto Legislativo sub examine no suspenden el régimen legal previsto para el funcionamiento del FAE y del FONPET. Por tanto, estas superan el juicio de incompatibilidad.

178. Segundo, las medidas referidas a la inaplicación del régimen de autorizaciones de crédito público están debidamente motivadas, por lo que cumplen con el requisito de incompatibilidad. Los préstamos del FAE y del FONPET son operaciones de crédito público. Cuando estos se hagan efectivos, constituirán una obligación –“cuenta por pagar”– a cargo de la Nación, que se pagará “con cargo al rubro del servicio de la deuda del Presupuesto General de la Nación”. Por tanto, en principio, a estos préstamos aplica el régimen de autorizaciones de crédito público, previsto por el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y reglamentado por el Decreto 1068 de 2015. Sin embargo, los artículos 10 (par. 2), 12 (par. 2) y 13 (par.) prescriben que estas operaciones “se encuentran exceptuadas del régimen de autorizaciones de crédito público contenido en el Decreto 1068 de 2015, y se entienden autorizadas”. El Gobierno justificó la inaplicación de estas normas en la incompatibilidad entre “las condiciones y trámites [previstos] para [la] realización” de las operaciones de crédito público y “las necesidades inmediatas de disponibilidad de recursos para atender adecuadamente la emergencia”. Al respecto, el MinHacienda precisó que dicho régimen de autorizaciones “actualmente exige la participación de diferentes instancias transversales, como el Consejo de Política Económica y Social –CONPES, y la Comisión de Crédito Público”, cuyas decisiones “tomarían entre 3 y 6 meses”. Para la Corte es evidente

que la duración de estos trámites “no se acompasa con las necesidades de recursos que tiene la Nación para atender la emergencia, cuya atención se debe realizar dentro de los términos previstos en el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, y hasta que se logre conjurar la crisis”. Por tanto, la Sala Plena considera que la incompatibilidad entre las disposiciones del Decreto Legislativo sub examine y el régimen de autorizaciones de las operaciones de crédito público está debidamente motivada y, además, es una medida adecuada para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

179. Por tanto, la Sala Plena concluye que las disposiciones relativas al origen de los recursos del FOME superan el juicio de incompatibilidad.

() Las normas relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el juicio de necesidad

180. Las medidas contenidas por los artículos 3 (inciso y cinco numerales), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de necesidad. En efecto, la regulación dispuesta por dichos artículos sobre las fuentes de los recursos del FOME es indispensable para lograr los fines del Estado de Emergencia declarado mediante el Decreto 417 de 2020 y, por tanto, satisface los criterios de necesidad fáctica y jurídica. El primero, en atención a que las medidas adoptadas en los referidos artículos permiten contribuir a la superación de la emergencia y, de esta forma, no se advierte error de apreciación del Presidente de la República y de los ministros del despacho al respecto. El segundo, porque el Gobierno Nacional demostró la inexistencia de mecanismos ordinarios que fueran suficientes y adecuados para lograr los objetivos de la medida excepcional.

181. Necesidad fáctica. El Gobierno expuso tres razones que justifican la habilitación de fuentes de financiamiento adicionales para atender la emergencia, a saber: (i) la insuficiencia de los recursos del PGN, (ii) la inviabilidad de acudir a los mercados de deuda y (iii) la posibilidad de optimizar los recursos de los fondos de ahorro del Estado.

182. Primero, los recursos del PGN son insuficientes para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Los presupuestos de ingresos y de gastos de la presente vigencia fiscal “no contemplan la totalidad de los recursos que hoy son necesarios para atender y mitigar los efectos adversos generados por el Covid-19”. Un ejemplo de ello es el gasto previsto para fortalecer el sistema de salud durante la emergencia. El Gobierno manifestó que, de un lado, “la atención individual en salud” requiere de una inversión adicional de

recursos por el valor de “\$4.631.085.235.14”; y, de otro, “el pago de incapacidades”, de “\$94.800.715.459”. El monto de estas inversiones excede los recursos ordinarios disponibles asignados al presupuesto de MinSalud, así como los recaudados por medio de los sistemas de “aseguramiento mancomunado, financiado a través de la Unidad de Pago por Capitación -UPC y aseguramiento individual, que hasta febrero 2020 fue financiado a través de recobros”. Asimismo, el Gobierno señaló que es necesario financiar otras medidas dirigidas a “aliviar los efectos adversos sobre los hogares y empresas, y dar los insumos necesarios para mantener y restablecer la actividad económica del país”. Para la ejecución de estas medidas se destinarán aproximadamente \$6.1 billones de pesos. Sin embargo, estos son valores aproximados, en tanto los efectos y la duración de la crisis pueden incrementar estos costos. Esto da cuenta de la necesidad de habilitar fuentes de recursos adicionales para financiar las medidas adoptadas con el fin de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

183. Segundo, “no resulta financieramente viable ni fiscalmente responsable acudir a los mercados de deuda”, para obtener los recursos adicionales para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos. Debido a las condiciones “financieras internacionales generadas principalmente por la propagación del Covid-19, la caída internacional de los precios del petróleo, y la volatilidad de los mercados, sumado a la inmediatez con la que se requieren los recursos, no resulta[ba] financieramente viable ni fiscalmente responsable acudir a mercados de deuda”. La crisis económica mundial ha aumentado “la incertidumbre sobre los flujos de capitales hacia economías emergentes como la colombiana”, lo que limita la capacidad de endeudamiento de la Nación. Esto se refleja, principalmente, en el incremento de los costos de financiamiento en los mercados de deuda, por el “aumento generalizado en la percepción del riesgo país y [la] desvalorización significativa de los títulos de deuda pública”. Al respecto, MinHacienda indicó que dichos costos de financiamiento para la Nación se explican en el aumento de: (i) la tasa de cambio en más de 250 puntos básicos, (ii) la prima de riesgo de los títulos de deuda pública (TES) en “310 a 280” puntos básicos, y (iii) los credit default swaps (CDS) de 5 años en “200” puntos básicos. Las siguientes gráficas dan cuenta de la situación económica expuesta por el Gobierno:

184. Ahora bien, los efectos en el aumento de los costos de financiamiento “se verían amplificados si adicionalmente la Nación presionara el mercado en busca de recursos para financiar la emergencia”. En efecto, acudir al mercado de deuda implicaría el “deterioro en los precios de deuda pública”, “lo que podría aumentar aún más los costos de financiamiento

(...) [y] el pago de una tasa cupón superior en cerca de 240 puntos básicos”. Esta situación generaría notables impactos negativos en la economía colombiana. La mayoría de los acreedores de los títulos de deuda pública “son agentes importantes en el mercado, como los fondos en los cuales los pensionados tienen sus ahorros, y estos ahorros son en buena parte el activo del sistema financiero y de las carteras colectivas”. En estos términos, resultaba indispensable acudir a fuentes de financiamientos distintas a los mercados financieros, para evitar el deterioro de los precios de los títulos de deuda pública, y, a su vez, mantener “la estabilidad financiera y la riqueza de las familias”.

185. Tercero, la financiación de las medidas para conjurar la crisis puede llevarse a cabo por medio de una “estrategia de optimización de recursos” de los “fondos de ahorro del Estado”. El Gobierno espera obtener “15.1 billones de pesos, disponiendo a título de préstamo de recursos del [FAE] cercanos a \$12.1 billones y de cerca de \$3 billones del [FONPET]”, para financiar las medidas necesarias para conjurar la crisis. Estos fondos pueden prestar dichos recursos a la Nación “en mejores condiciones” que las de los mercados de deuda, sin afectar, de manera alguna, su destinación y funcionamiento. Sus activos financieros “pueden ser transferidos a título de préstamo a la Nación con el fin de solventar las necesidades de gasto derivadas de la pandemia”, y sin afectar “el pago de [sus] obligaciones o compromisos actuales”. Esto, por cuanto sus recursos “respaldan obligaciones y compromisos futuros o sujetos a una condición incierta de ocurrencia”, por lo que los fondos “no requieren disponer de los recursos de manera inmediata para cumplir con su objeto”. De un lado, el FAE cuenta con recursos suficientes, que no serán utilizados de manera inmediata, y, por tanto, pueden ser prestados a la Nación. Este fondo tiene “un saldo aproximado de US\$ 3.503 millones de dólares”. Sin embargo, su uso está condicionado a la ocurrencia de los eventos de desahorro previstos por la Ley 1530 de 2012, y, en todo caso, su “desembolso” no podrá exceder el “diez por ciento (10%)” de los recursos ahorrados. De otro lado, el FONPET también cuenta con recursos suficientes que pueden ser prestados a la Nación para conjurar la crisis. A diciembre de 2019, este fondo contaba con “recursos acumulados por aproximadamente \$54 billones de pesos”, lo que representa “el 4.9% del PIB”. Esto le permite “cubrir más del 80% del pasivo pensional”, y “como mínimo por los siguientes veinte años”, dado que su “promedio de obligaciones anuales es de \$2.6 billones”. Por lo demás, como se señaló en el párr. 151, este fondo recibirá, sin interrupción, las transferencias provenientes de las demás fuentes previstas por la Ley 549 de 1999. Esto da cuenta de la existencia de recursos disponibles en dichos fondos de ahorro, que pueden ser prestados a la Nación con el fin de

conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

186. Necesidad jurídica. La Corte encuentra acreditado el cumplimiento de este requisito. El Gobierno no contaba con medios ordinarios para (i) definir el origen de los recursos del FOME y (ii) habilitar los préstamos del FAE y del FONPET. De un lado, como se señaló en el párr. 154, es competencia del legislador crear los fondos cuenta sin personería jurídica del orden nacional. Esta competencia deriva de los artículos 150.11 de la Constitución Política y 30 del EOP. Por esta razón, al Gobierno debía, por necesidad, definir los recursos del FOME mediante el ejercicio de sus facultades extraordinarias. De otro lado, las normas que regulan la administración de los recursos del FAE y del FONPET no prevén la posibilidad de que la Nación pueda prestar dichos recursos para atender costos ocasionados durante el Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica. En consecuencia, para operativizar este préstamo, necesariamente debía incluirse la habilitación prevista por los artículos 3 (num. 1 y 2), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo sub examine.

187. Por tanto, la Sala Plena constata que las disposiciones relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el requisito de necesidad y, por tanto, el Gobierno no incurrió en “error manifiesto de apreciación” respecto de la necesidad fáctica y jurídica de habilitar fuentes de recursos adicionales para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

() Las normas relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el juicio de proporcionalidad

188. La Corte considera que las medidas contenidas en los 3 (inciso y cinco numerales), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de proporcionalidad. La regulación del origen de los recursos del FOME contiene medidas “equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis”, sin que impliquen restricciones a otros principios constitucionales. Esto es así, por cuatro razones. Primero, las medidas persiguen fines constitucionalmente legítimos. Estas tienen por finalidad el restablecimiento del orden económico y social en todo el territorio nacional (art. 215 de la CP). El Gobierno profirió estas medidas con el único fin de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos en el sistema de salud y en la economía colombiana. Segundo, las medidas son idóneas. Mitigar los efectos de la crisis en el sistema de salud y en la economía puede costar “entre 5 y 6 puntos del PIB colombiano”, por lo que resulta adecuado autorizar al Gobierno nuevas

fuentes de financiamiento, para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Tercero, las medidas son necesarias. Entre las alternativas disponibles, el Gobierno optó por aquella que le permite acceder a fuentes de financiación para atender la emergencia, en condiciones más favorables para las finanzas públicas, y sin afectar principios constitucionales (ver párr. 181 y ss.). Cuarto, las medidas son proporcionadas en sentido estricto. Estas desarrollan el deber constitucional de restablecimiento del orden económico, y social en todo el territorio nacional (arts. 215 de la CP), y satisfacen, de manera intensa, el principio de sostenibilidad fiscal. Financiar la crisis mediante las fuentes previstas por este Decreto Legislativo permite que el Gobierno cuente con recursos suficientes para conjurar la crisis, sin afectar la estabilidad económica, al evitar el deterioro de los precios de los títulos de deuda pública y, en consecuencia, el aumento de los costos de financiamiento del Estado (párr. 181 a 185). Además, dichas fuentes adicionales no imponen limitación alguna en principios y derechos constitucionales, tales como el principio de autonomía territorial (párr. 141 a 144), el principio de legalidad del gasto (párr. 157 y 158), ni el derecho a la seguridad social de los servidores públicos del nivel territorial, en tanto no pone en riesgo el pago del pasivo pensional territorial (párr. 171 a 174).

189. Por tanto, la Sala Plena concluye que las disposiciones relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el juicio de proporcionalidad.

() Las normas relativas al origen de los recursos del FOME satisfacen el juicio de no discriminación

190. La Corte considera que las medidas contenidas en los 3 (inciso y cinco numerales), 10, 11, 12, 13 y 14, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de no discriminación. En efecto, estas disposiciones no prevén trato discriminatorio alguno, “fundado en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familia, opinión política o filosófica”, o en algún otro criterio sospechoso.

8.3. Tercer eje temático: Destinación de los recursos del FOME. Operaciones de transferencia temporal de valores y de apoyo de liquidez, entre otras

191. En relación con este eje temático, el Decreto Legislativo sub examine prevé lo siguiente:

Disposición

Contenido normativo

Artículo 4 (inciso y numerales)

Prevé que los recursos del FOME estarán destinados a “conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos” y, en particular, a: (i) atender necesidades de las entidades que forman parte del PGN (num. 1); (ii) pagar los costos de la administración de este fondo (num. 2); (iii) efectuar operaciones de apoyo de liquidez transitoria al sector financiero (num. 3); (iv) invertir en instrumentos de capital o deuda de empresas públicas, privadas o mixtas, que desarrollen actividades de “interés nacional” (num. 4); (v) proveer financiamiento directo a dichas empresas (num. 5) y otorgar liquidez a la Nación, en caso de que los efectos de la crisis se extiendan a “las fuentes de liquidez ordinarias” (num. 6).

Artículo 5

Habilita al MinHacienda para “proveer el financiamiento directo a que hace referencia el numeral 5 del artículo 4”, así como a otorgar subsidios a intereses, tasas y otros, para atender los objetivos de la emergencia.

Artículo 8

Prescribe que las operaciones de transferencia temporal de valores previstas por este Decreto Legislativo “serán aquellas operaciones del mercado monetario que se efectúen conforme a lo reglamento por el artículo 2.36.3.1.3. del Decreto 2555 de 2010”. A su vez, estipula que la Nación podrá admitir “como colateral” diversas clases de títulos emitidos por los establecimientos de crédito y contratar al FRECH. Este fondo está habilitado para: (i) utilizar recursos del FOME en la adquisición de “títulos de tesorería TES clase B” directamente con la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, (ii) invertir “la liquidez disponible en depósitos remunerados del Banco de la República” o en la referida Dirección General y (iii) “recibir títulos representativos de cartera comercial, de consumo y/o leasing financiero”.

Artículo 9

Dispone que las operaciones de apoyo de liquidez al sector financiero consistirán en los “depósitos que efectúe la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, con los

recursos del FOME, a las bancas estatales de primer y segundo piso". Estas operaciones deberán llevarse a cabo con la finalidad de "solventar las necesidades sociales y económicas del sector empresarial, ocasionadas por la situación a la que se refiere el Decreto 417 de 2020".

Artículo 15

Prevé que las operaciones de fortalecimiento patrimonial tendrán por finalidad "garantizar la continuidad en la operación de empresas que presten servicios de interés nacional, y que se encuentren gravemente afectadas por la emergencia". El Gobierno podrá invertir en instrumentos de capital y/o deuda "emitidos por empresas privadas, públicas o mixtas, incluyendo acciones con condiciones de participación, dividendos y/o recompra, entre otras". El MinHacienda determinará estas "inversiones", las cuales, además, deberán valorarse "en el contexto de las necesidades sociales y económicas" ocasionadas por la crisis, por lo que estas "se podrán efectuar aun cuando al momento de su realización se esperen resultados financieros adversos".

Artículo 16

Dispone que los recursos del FOME serán presupuestados en la sección del MinHacienda, que los distribuirá a las entidades que forman parte del PGN. Los recursos se destinarán exclusivamente a conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos. Los ordenadores del gasto de las entidades a las cuales se les asignen distribuciones presupuestales serán responsables por la veracidad de la información.

192. Delimitación del objeto de revisión. Corresponde a la Corte revisar la compatibilidad de las disposiciones correspondientes a este eje temático con la Constitución Política, la LEEE y la jurisprudencia constitucional. Asimismo, la Corte se pronunciará sobre los cuestionamientos planteados por los intervinientes en relación con los artículos que integran este eje temático, a saber:

Artículo

Solicitud

Fundamento / sentido del condicionamiento

Art. 4 (num. 3), 8 y 9

Inexequibilidad

Las operaciones de transferencia temporal de valores y de apoyo de liquidez al sector financiero no guardan conexidad con las causas y efectos de la crisis, y, además, son innecesarias (párr. 11.6).

Arts. 4 (num. 4 y 5), 5 y 15

Inexequibilidad

Arts. 15 (inc. 2)

Inexequibilidad

La ejecución de las operaciones de fortalecimiento patrimonial desconoce los artículos 212 y 215 de la Constitución, por prever una indebida delegación de funciones al MinHacienda (párr. 11.8).

Art. 4

Exequibilidad condicionada

En el sentido de que “el uso prioritario de los recursos del FOME debe ser el fortalecimiento de la capacidad, calidad y nivel de cubrimiento del sistema de salud y la financiación de medidas sociales y económicas destinadas a los sectores sociales en situación de extrema pobreza, a grupos sociales vulnerables, como lo son las personas de edad, con discapacidades, los refugiados, las poblaciones afectadas por el conflicto y las comunidades sujeto de discriminación y desventajas estructurales” (párr.13.1).

Arts. 4 (num. 1) y 16

Exequibilidad condicionada

En el sentido de incluir “a las entidades territoriales en las transferencias del Presupuesto [General de la Nación]” (párr. 13.2).

Arts. 4 (num. 2)

Exequibilidad condicionada

En el sentido de que “los costos generados para la administración del FOME deben ser adecuados para atender el estado de Emergencia Económica y Social de manera directa y específica a los objetivos fijados en el artículo 2 del Decreto 444 de 2020” (párr. 13.3).

Arts. 4 (num. 3), 8 y 9

Exequibilidad condicionada

En el sentido de que: (i) “no se puede derivar ningún enriquecimiento o incremento patrimonial a la banca privada y pública”; (ii) en el acceso al financiamiento y restructuración de los créditos, se adopten “criterios de priorización a los sectores profesionales más vulnerables y a las pequeñas y medianas empresas (mipymes), mayormente afectadas por la crisis”, así como a “poblaciones vulnerables”, y (iii) “la asignación de crédito no [debe] estar sujeta al sistema de gestión de riesgos de operaciones de mercado abierto establecido en condiciones de operación normal de la banca y de la economía” (párr. 13.4).

Arts. 4 (num. 4 y 5) y 15

Exequibilidad condicionada

Con el fin de definir el alcance de la expresión “interés nacional” e incluir en dicha definición a “las empresas relacionadas con la producción de elementos médicos, que permiten la prestación de servicios públicos, así como aquellas de las que depende la satisfacción de la necesidad de la población, como la producción, provisión y aprovisionamiento de alimentos”, a “las pequeñas y medianas empresas (mipymes)” y a las empresas que desarrollen actividades de “interés territorial” (párr. 13.5).

193. Problema jurídico. La Sala Plena resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo 444 de 2020 cumplen con los requisitos materiales de constitucionalidad previstos por la Constitución Política, la LEEE y la jurisprudencia constitucional?

194. Metodología. La Corte analizará el cumplimiento de los juicios de (i) finalidad, (ii) conexidad, (iii) motivación suficiente, (iv) ausencia de arbitrariedad, (v) intangibilidad, (vi) no contradicción específica, (vii) incompatibilidad, (viii) necesidad, (ix) proporcionalidad y (x) no discriminación. Las intervenciones y solicitudes de los intervinientes serán analizadas en el marco de los juicios respectivos.

i. (i) Las normas relativas a la destinación de los recursos del FOME satisfacen el juicio de finalidad

195. La Corte considera que las medidas contenidas en los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de finalidad. En efecto, la regulación de la destinación de los recursos del FOME está directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la crisis que dio lugar a la declaratoria del estado de emergencia mediante el Decreto 417 de 2020, así como a impedir la agravación de sus efectos. En particular, los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo sub examine prevén expresamente lo siguiente:

195.1. El artículo 4, al definir los usos de los recursos del FOME, dispone que se destinarán a “conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos en el territorio nacional, en el marco del Decreto 417 de 2020”.

195.2. El artículo 5 prevé que el MinHacienda está facultado para “otorgar subsidios a tasas de interés, garantías, entre otras, siempre que se requieran para atender los objetivos del presente Decreto Legislativo”, que, según sus propios considerandos, son “conjurar la inminente crisis e impedir la extensión de sus efectos, y contribuir a enfrentar las consecuencias adversas generadas por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19, con graves afectaciones al orden económico y social”.

195.3. El artículo 8 prescribe que las operaciones de transferencia temporal de valores solo podrán llevarse a cabo “para conjurar la crisis o impedir la extensión de los efectos de la emergencia”.

195.4. El artículo 9 instituye que el apoyo de liquidez “únicamente será destinado a solventar las necesidades sociales y económicas del sector empresarial, ocasionadas por la situación a la que se refiere el Decreto 417 de 2020”.

195.5. El artículo 15 dispone que las operaciones de “fortalecimiento patrimonial” deberán tener “el fin exclusivo de garantizar la continuidad en la operación de empresas que presten servicios de interés nacional y que se encuentren gravemente afectadas por la emergencia decretada mediante el Decreto 417 de 2020”.

196. En tales términos, la Corte concluye que todos los artículos que regulan la disposición y destinación de los recursos del FOME prevén expresamente la finalidad de conjurar la crisis que dio lugar al Estado de Emergencia e impedir la propagación de sus efectos.

197. Además de los referidos contenidos normativos, la aprobación y la ejecución de los recursos del FOME, a junio de 2020, evidencia que la destinación de los mismos persigue exclusivamente dicha finalidad. En efecto, los recursos aprobados por el Comité de Administración del FOME son los siguientes:

198. Por su parte, los dineros distribuidos presupuestalmente para la atención de la emergencia con recursos del FOME son los siguientes:

199. Con base en lo anterior, la Corte considera que las tres líneas de usos de los recursos del FOME están destinadas de manera específica a conjurar la emergencia declarada mediante el Decreto 417 de 2020. Además, lejos de lo señalado por los intervinientes, estas líneas de uso de los recursos también materializan el principio de gasto público social (art. 350 de la CP) y los mandatos del Estado Social de Derecho (art. 1 de la CP) relativos a (i) la atención en salud, bioseguridad y abastecimiento alimentario, (ii) la inversión en programas de ayuda social a la población en situación de vulnerabilidad y, por último, (iii) la protección del empleo y la reactivación empresarial y económica. De esta manera, la regulación de la destinación de los recursos del FOME, así como la ejecución de los mismos a la fecha, han tenido por finalidad la atención de la emergencia declarada mediante el Decreto 417 de 2020, por lo demás, con un evidente enfoque de Estado social de derecho.

200. En estos términos, para la Corte es claro que todas las medidas relativas a la destinación de los recursos del FOME previstas por los artículos sub examine satisfacen el juicio de finalidad.

() Las normas relativas a la destinación de los recursos del FOME satisfacen el juicio de conexidad

201. La Corte considera que las medidas contenidas por los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de conexidad. En efecto, la regulación de la destinación de los recursos del FOME guarda relación con las causas de la perturbación que dio lugar a la declaratoria del Estado de emergencia declarado mediante el Decreto 417 de 2020. De un lado, esta regulación tiene relación evidente con las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el Decreto Legislativo sub examine y, por tanto, satisface la conexidad interna. De otro lado, dicha regulación tiene estrecho vínculo con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia y, por contera, cumple con la conexidad externa.

202. Conexidad interna. Los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo sub examine adoptan medidas que tienen relación evidente con las consideraciones que motivaron esta normativa, tanto a nivel global como particular. A nivel global, tales artículos prevén expresamente que los recursos del FOME se destinarán a conjurar las causas e impedir la propagación de los efectos de la emergencia que dio lugar a la expedición del Decreto Legislativo 417 de 2020. Esta finalidad global de la destinación de dichos recursos guarda relación con los considerandos del Decreto Legislativo 444 de 2020, según los cuales, tales recursos tendrán por objeto “enfrentar las mayores necesidades sociales y económicas ocasionadas por la Emergencia decretada”, así como atender “las necesidades de gasto derivadas de la pandemia y respaldar el restablecimiento de las relaciones crediticias de los hogares y de las empresas colombianas que se han afectado por la emergencia”. A nivel particular, la Corte considera que tales artículos guardan relación específica con los considerandos de dicho Decreto Legislativo, en los siguientes términos:

202.1. Primero, las medidas de transferencia temporal de valores y de apoyo transitorio de liquidez al sector financiero (arts. 4 (num. 3), 8 y 9) guardan relación con los objetivos relativos a dotar “temporalmente al Gobierno nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con mecanismos extraordinarios que permitan desarrollar operaciones crediticias cuyo propósito sea salvaguardar el sistema económico general”, así como apoyar “a las referidas empresas privadas, públicas o mixtas, con la urgencia y eficiencia que ordena la celeridad del cambiante ambiente económico y que por las disrupciones causadas en el mercado, los agentes económicos no están en condiciones de proveer eficazmente”. A su vez, dichas medidas están directamente relacionadas con la necesidad de ampliar “los mecanismos de apoyo que actualmente se encuentran previstos bajo el Fondo de Reserva

para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria – FRECH, con el fin de facilitar a las entidades financieras autorizadas en este mecanismo el acceso a títulos admisibles en las operaciones de liquidez del Banco de la República”.

202.2. Segundo, las medidas de inversión en instrumentos de capital o deuda emitidos por empresas y la provisión directa de financiamiento a las mismas (arts. 4 (num. 4 y 5), 5 y 15) guardan relación con los objetivos relativos a garantizar “la continuidad en la prestación del servicio de empresas públicas, privadas o mixtas, que adelanten operaciones de interés nacional y que tengan graves afectaciones con motivo de la emergencia económica”. Asimismo, dichas medidas están relacionadas con la necesidad de disponer “mecanismos que le permitan al Gobierno nacional salvaguardar la estabilidad económica, a través de instrumentos de participación accionaria y/o financiación a dichas empresas”.

202.3. Por último, las medidas relativas a la provisión de los recursos necesarios para las entidades que forman parte del PNG (arts. 4 (num. 1) y 16), para la celebración y la ejecución de los instrumentos y contratos para el cumplimiento de las obligaciones del FOME (art. 4 (num. 2)) y para la provisión de liquidez a la Nación (art. 4 (num. 3)) guardan relación específica con los objetivos relativos a dotar a MinHacienda, de manera transitoria, con mecanismos excepcionales que permitan desarrollar operaciones presupuestales “cuyo propósito sea salvaguardar el sistema económico general”. Asimismo, estas medidas están relacionadas con el objetivo de “fortalecer el sistema de salud para garantizar las condiciones necesarias de atención y prevención en el marco de la rápida propagación del nuevo coronavirus COVID-19, así como a contrarrestar la afectación de la estabilidad económica y social que ello conlleva, en el marco de la coyuntura que actualmente experimenta el país”.

203. Conexidad externa. Los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9 y 15, del Decreto Legislativo sub examine adoptan medidas que tienen relación evidente con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia. En efecto, estos artículos guardan conexidad con los motivos y los considerandos que dieron lugar a la expedición del Decreto Legislativo 417 de 2020. En particular, están relacionados con la urgencia de destinar los recursos del FOME “para atender las necesidades de atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento”. En otros términos, dichos artículos

materializan “la adopción de medidas extraordinarias encaminadas a atender las obligaciones de diferente naturaleza, (...) con el fin de proteger el sector salud, promover la industria y el comercio del país y permitir absorber las pérdidas económicas y fuerza laboral afectadas por esta pandemia”. La Corte considera que tales artículos guardan relación específica con los siguientes motivos que dieron lugar a la expedición del Decreto Legislativo 417 de 2020, a saber:

203.1. Las medidas de transferencia temporal de valores y de apoyo transitorio de liquidez al sector financiero (arts. 4 (num. 3) 8 y 9) guardan relación con “la necesidad de proveer recursos líquidos para atender las crecientes necesidades generadas con esta crisis (...) Igualmente, estas medidas le deben permitir a la Nación emitir títulos o respaldar su emisión con destino a operaciones de liquidez”.

203.2. Las medidas de inversión en instrumentos de capital o deuda emitidos por empresas y la provisión directa de financiamiento a las mismas (arts. 4 (num. 4 y 5), 5 y 15) guardan relación con los objetivos relativos a mitigar la “afectación al sistema económico, de magnitudes impredecibles e incalculables” y, en particular, a solventar “la reducción de los flujos de caja de personas y empresas (...) que conllevan a (sic) posibles incumplimientos de pagos y obligaciones”.

203.3. Las medidas relativas a la provisión de los recursos necesarios para las entidades que forman parte del PGN (arts. 4 (num. 1) y 16), para la celebración y la ejecución de los instrumentos y contratos para el cumplimiento de las obligaciones del FOME (art. 4.2) y para la provisión de liquidez a la Nación (art. 4.6) guardan relación con las necesidades de (a) fortalecer el sistema de salud pública, (b) irrigar recursos a los programas de política social y (c) mantener la estabilidad de la economía nacional, en los siguientes términos:

a. (a) Fortalecimiento del sistema de salud pública. Dichas medidas están relacionadas con la necesidad de implementar “acciones efectivas” para “fortalecer el sistema de salud pública de manera inmediata”. En particular, buscan asegurar “las canastas de procedimientos y medicamentos para cada servicio”, financiar el “incremento en la oferta de unidades de cuidados intensivos en adultos en cerca del 10% de la capacidad actual” y expandir el “área de aislamiento a través de la habilitación de capacidad hotelera”.

b. (b) Irrigación de recursos a los programas de política social. Tales medidas guardan

conexidad con “la entrega de transferencias monetarias adicionales y extraordinarias, entre otras, a favor de los beneficiarios de los programas Familias en Acción, Protección Social al Adulto Mayor – Colombia Mayor, Jóvenes en Acción”. Esto, “con el fin de mitigar los efectos económicos y sociales causados a la población más vulnerable del país por la emergencia económica, social y ecológica derivada de la pandemia COVID-19”.

c. (c) Preservación de la estabilidad económica nacional. En particular, el numeral 6 del artículo 4 prevé que, “únicamente en aquellos eventos en que los efectos de la emergencia se extiendan a las fuentes de liquidez ordinarias”, los recursos del FOME podrán destinarse a proveer liquidez a la Nación, lo cual guarda evidente conexidad con la preservación de la estabilidad económica y del funcionamiento de la economía y del Estado en el marco de la emergencia declarada.

204. En estos términos, para la Corte es evidente que la regulación relativa a la destinación de los recursos del FOME prevista por los artículos sub examine satisface el juicio de conexidad.

() Las normas relativas a la destinación de los recursos del FOME satisfacen el juicio de motivación suficiente

205. La Corte constata que la regulación prevista por los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo sub examine está suficientemente motivada. En efecto, el Presidente y los ministros presentaron razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas en dichos artículos. En particular, en los considerandos de este Decreto Legislativo, señalaron que, en el marco de la emergencia declarada mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020, resulta necesario “adoptar las medidas para conjurar la inminente crisis e impedir la extensión de sus efectos, y contribuir a enfrentar las consecuencias adversas generadas por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19, con graves afectaciones al orden económico y social”.

206. Además, el Presidente y los ministros informaron en los considerandos del Decreto Legislativo sub examine que la destinación de los recursos del FOME se justifica en que, “como resultado de los hechos que dieron lugar a la declaratoria de Emergencia, es previsible que se requiera contar con recursos (...) que puedan ejecutarse de forma ágil e inmediata, con el fin de destinarlos exclusivamente a implementar medidas, dirigidas entre

otros, a fortalecer el sistema de salud para garantizar las condiciones necesarias de atención y prevención en el marco de la rápida propagación del nuevo coronavirus COVID-19, así como a contrarrestar la afectación de la estabilidad económica y social que ello conlleva, en el marco de la coyuntura que actualmente experimenta el país”.

207. La Corte también advierte que, en los considerandos del referido Decreto Legislativo, el Presidente y los ministros expresaron las necesidades relativas a (i) “garantizar la continuidad en la prestación del servicio de empresas públicas, privadas o mixtas, que adelanten operaciones de interés nacional y que tengan graves afectaciones con motivo de la emergencia económica”, (ii) “disponer de mecanismos que le permitan al Gobierno Nacional salvaguardar la estabilidad económica, a través instrumentos de participación accionaria y/o financiación a dichas empresas”, y, por último, (iii) “dotar temporalmente al Gobierno nacional, a través Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con mecanismos extraordinarios que permitan desarrollar operaciones crediticias, cuyo propósito sea salvaguardar el sistema económico general”. En términos generales, el Presidente y los ministros manifestaron que la destinación de los recursos del FOME corresponde a la necesidad de apoyar “a las referidas empresas privadas, públicas o mixtas, con la urgencia y eficiencia que ordena la celeridad del cambiante ambiente económico y que, por las disrupciones causadas en el mercado, los agentes económicos no están en condiciones de proveer eficazmente”.

208. Así las cosas, la Corte considera que la regulación relativa a la destinación de los recursos del FOME está suficientemente motivada en el Decreto Legislativo sub examine.

() Las normas relativas a la destinación de los recursos del FOME satisfacen el juicio de ausencia de arbitrariedad

209. La Corte advierte que los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo sub examine, relativos a la destinación de recursos del FOME, no contienen medida alguna que vulnere las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas por la Constitución Política, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. En particular, dichos artículos no contienen disposiciones que: (i) suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y las libertades fundamentales; (ii) interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder

público y de los órganos del Estado o, por último, que (iii) supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

210. Es más, a la luz de lo previsto por el artículo 4 del Decreto Legislativo sub examine, así como de la ejecución a la fecha de los recursos del FOME, la Corte constata que dichos recursos tienen por finalidad, entre otros, evitar que se interrumpa el normal funcionamiento de los órganos del Estado y de sus políticas sociales. En efecto, los numerales 1 y 6 de dicho artículo disponen que tales recursos podrán ser utilizados para atender “las necesidades de los recursos que se generen por parte de las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación” y proveer de “liquidez a la Nación únicamente en aquellos eventos en que los efectos de la emergencia se extiendan a las fuentes de liquidez ordinarias”. Con esto, precisamente se busca precaver interrupciones al normal funcionamiento de los órganos del Estado.

() Las normas relativas a la destinación de los recursos del FOME satisfacen el juicio de intangibilidad

211. La Corte considera que los artículos 4 (inciso y cuatro numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo sub examine, relativos a la destinación de recursos del FOME, no contienen disposiciones que restrinjan los denominados derechos intangibles, identificados por la jurisprudencia constitucional, a la luz de los artículos 94 y 214 de la Constitución Política.

() Las normas relativas a la destinación de los recursos del FOME satisfacen el juicio de no contradicción específica

212. La Corte considera que las medidas contenidas por los artículos 4 (inciso y cuatro numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de no contradicción específica. En efecto, tales artículos (i) no contradicen, en manera alguna, la Constitución o los tratados internacionales, y (ii) no desconocen el marco de referencia de la actuación del ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el contenido de los artículos 47, 49 y 50, de la LEEE. Por lo demás, dicha regulación no desmejora de los derechos sociales de los trabajadores.

213. Ahora bien, habida cuenta de las intervenciones sobre estos artículos, la Corte

examinará si la regulación sobre la destinación de los recursos del FOME vulnera (a) el artículo 355 de la Constitución Política, en tanto prevén medidas de fortalecimiento patrimonial a las empresas; (b) los artículos 212 y 215 de la Constitución Política, por cuanto, según los intervinientes, dispone una indebida delegación de funciones al MinHacienda; (c) el artículo 287 de la Constitución Política, por cuanto no disponen que las entidades territoriales deben ser beneficiarias de las transferencias de los recursos del FOME; (d) el principio de Estado social de derecho y los compromisos del PIDESC, en tanto no prevé, expresamente, que el uso de los recursos del FOME debe priorizar el gasto público social, y, por último, (e) la Constitución Política, por cuanto, en criterio de los intervinientes, las operaciones de transferencia de valores y de apoyo de liquidez podrían implicar enriquecimiento de los bancos, entre otros.

a. (a) Los artículos 4 (num. 4 y 5), 5 y 15, del Decreto Legislativo sub examine no desconocen el artículo 355 de la Constitución Política

214. Delimitación del objeto de revisión. Corresponde a la Corte analizar la compatibilidad de los artículos 4 (num. 4 y 5), 5 y 15 del Decreto Legislativo 444 de 2020 con la Constitución Política, la LEEE y la jurisprudencia constitucional. Estas disposiciones regulan las operaciones de fortalecimiento patrimonial y de inversión directa en el sector real. Algunos intervinientes señalaron que las medidas de fortalecimiento patrimonial y de financiamiento a las empresas que lleven a cabo actividades de “interés nacional” son contrarias al artículo 355 de la Constitución Política, que prohíbe decretar auxilios o donaciones a favor del sector privado. Además, advirtieron que, debido a la indeterminación de las expresiones “interés nacional” y “entre otras”, “no se puede realizar un control previo y posterior para el destino de los recursos públicos”, en los términos antes señalados. Esto desconoce, en su criterio, lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución. Por tanto, los intervinientes solicitaron la inexequibilidad de las expresiones “interés nacional” y “entre otras”, y, en subsidio, de la totalidad de los artículos 4 (num. 4 y 5), 5 y 15 del Decreto Legislativo sub judice.

215. Problema jurídico. ¿Los artículos 4 (num. 4 y 5), 5 y 15, del Decreto Legislativo sub examine desconocen el artículo 355 de la Constitución Política, en tanto prevén medidas de fortalecimiento patrimonial y financiación a favor de las empresas de interés nacional?

216. Contenido y alcance de la prohibición constitucional de decretar auxilios o donaciones.

El artículo 355 de la Constitución Política prescribe que “ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”. La Corte ha reiterado, de manera uniforme, que este mandato no es absoluto y debe armonizarse con otros principios constitucionales, por ejemplo, con “los deberes sociales de las autoridades colombianas, que derivan de la adopción de la fórmula política del Estado social de derecho (CP art. 1º) y de los fines que le son inherentes (CP art. 2º), entre los cuales ocupa un lugar preponderante la búsqueda de un orden justo, en donde la igualdad sea real y efectiva (CP arts. 2 y 13)”. En otros términos, la prohibición del artículo 355 ibídem “no significa que el Estado no pueda implementar políticas sociales o económicas que tengan como herramienta la asignación de bienes o recursos sin una contraprestación directa e inmediata a cargo del beneficiario”. Desde la sentencia C-205 de 1995, la Corte ha resaltado que existen, “en las disposiciones de la misma Constitución, argumentos suficientes para autorizar la posibilidad de asignar tales erogaciones, no sólo mediante la celebración de los contratos a que hacía referencia el inciso segundo del citado artículo 355 superior, sino en aquellos eventos en que el auxilio o incentivo concedido por la ley (1) tuviese como fundamento una norma o principio constitucional y (2) resultare imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado”.

217. A su vez, a partir de la sentencia C-152 de 1999, la Corte ha reiterado expresamente que “la Carta autorizó al Estado para conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquel considerara dignas y merecedoras de apoyo y, lo más importante, precisó que su desarrollo era materia reservada a la libre configuración normativa del Legislador, en tanto la Carta aparte de permitir la concesión de incentivos o estímulos omitió determinar la forma en que estos podrían decretarse”. En esta misma providencia, la Corte “señaló como imperativo el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno en punto a señalar el procedimiento que debía ser observado a fin de entregar los incentivos económicos dispuestos por la ley, de modo que los mismos fuesen asignados a las personas que tuviesen mayores méritos y necesidades”. En todo caso, tales incentivos deben “someterse a las reglas de publicidad, imparcialidad e igualdad y, por tanto, ser susceptibles de impugnación, cuando se desviasen los derroteros trazados por la Constitución, la ley y el reglamento”.

218. La Corte ha también ha reconocido, de manera uniforme, que no se vulnera el artículo 355 de la Constitución Política cuando el Estado otorga subsidios, estímulos económicos,

ayudas o incentivos, en razón del cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables. Por esta vía, se garantizan los principios de Estado Social de Derecho (art. 1 de la CP), la dirección de la economía por parte del Estado y los mandatos de intervención económica (art. 334 de la CP). Al respecto, en la sentencia C-507 de 2008, la Corte señaló que, “en un estado social de derecho, el Estado tiene ciertas obligaciones sociales que se concretan, entre otras, en la asignación de bienes o recursos públicos a sectores especialmente protegidos por la Constitución”. Sin embargo, “para que estas asignación resulten ajustadas a la Carta” es necesario que cumplan con cuatro requisitos, a saber: (i) “respetar el principio de legalidad del gasto”, (ii) estar contenida en el Plan Nacional de Desarrollo “y en el correspondiente plan de inversión”, (iii) estar fundada “en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice”, y, por último, (iv) “respetar el principio de igualdad”.

219. A su vez, la Corte ha reiterado que los subsidios y los aportes “comparten las mismas características que las donaciones o auxilios a que hace alusión el artículo 355 constitucional, en tanto se trata de partidas de origen público, que se asignan sin contrapartida del beneficiario directo y que pueden ser dirigidas a personas naturales o jurídicas”. En este sentido, la Corte ha resaltado que solo “serán válidos los auxilios y subvenciones” de cualquiera de estas tres clases. Primero, los subsidios o aportes que “alberguen una finalidad estrictamente altruista y benéfica, y no obedezcan a la mera liberalidad del Estado”. Esta Corte ha señalado que dicha finalidad altruista se satisface cuando el subsidio o aporte “se dirige a alentar actividades o programas de interés público acordes con el plan de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, a través de entidades sin ánimo de lucro, con las cuales deberá suscribirse previamente un contrato”. Segundo, los subsidios o aportes que se derivan “de la facultad de intervención del Estado en la economía”. Estos deben “orientarse al estímulo de una determinada actividad económica; asignación que por mandato expreso del artículo 334 superior debe comportar una contraprestación”. Finalmente, los subsidios o aportes que están fundados “en un precepto constitucional que lo autorice expresamente, en orden a garantizar los derechos fundamentales vía acceso a bienes y servicios por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos, con lo cual se garantiza una contraprestación o beneficio social”. En todo caso, la Corte ha advertido que tales supuestos no son, en estricto sentido, excepciones al artículo 355 de la Constitución Política, por cuanto “se trata de figuras constitucionales autónomas, cuyo desarrollo por se impone un retorno para la sociedad en su conjunto o un beneficio social, es decir, una contraprestación que es

expresa o tácitamente exigida por la Carta Política y que se concreta en mejorar la calidad de vida de los habitantes”.

220. En el caso concreto, los artículos 4 (num. 4 y 5), 5 y 15, del Decreto Legislativo sub examine disponen, con cargo al FOME, las medidas de inversión en instrumentos o deuda emitidos por empresas y la provisión directa de financiamiento. En particular, dichos artículos prevén que parte de los recursos del FOME serán destinados a la inversión en instrumentos de capital o deuda emitidos por empresas privadas, públicas o mixtas, de interés nacional (art. 4 (num. 4)), así como que dichos recursos podrán utilizarse para financiar directamente a tales empresas (arts. 4 (num. 5) y 15). Por último, estipulan que el MinHacienda podrá otorgar subsidios a tasas de interés y garantías, entre otras medidas de ayuda financiera a las empresas, siempre que se necesiten para atender los objetivos del Decreto Legislativo sub judice (art. 5).

221. Examen de constitucionalidad de los artículos 4 (num. 4) y 15 del Decreto Legislativo sub examine. La Corte advierte que las medidas previstas por estos artículos no constituyen “auxilios” o “donaciones” y, por tanto, no se subsumen en la prohibición prevista por el artículo 355 de la Constitución Política. En efecto, este último artículo prohíbe “decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”. Los auxilios o donaciones son, según jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, aquellas operaciones caracterizadas “por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin que ella tenga sustento en ninguna contraprestación a su cargo”. En otros términos, los auxilios o las donaciones constituyen “actos de liberalidad de una persona que transmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otra”. Por su parte, los artículos 4 (num. 4) y 15 sub examine habilitan que los recursos del FOME puedan ser destinados para “invertir” en instrumentos de capital o deuda de empresas privadas, públicas o mixtas, que desarrollen actividades de interés nacional. En estos términos, para la Corte es evidente que la inversión en tales instrumentos no constituye donación o auxilio, ni implica la transferencia gratuita de recursos. Por el contrario, la inversión prevista en dichas disposiciones implica que la destinación de tales recursos sí tiene una contraprestación que precisamente consiste en la transferencia de activos a favor del Estado, bien sean “instrumentos de capital o deuda”, “acciones con condiciones especiales de participación, dividendos y/o recompra, entre otras”.

222. Lejos de estar proscritas, las operaciones de inversión previstas por los artículos 4 (num. 4) y 15 sub examine son medidas autorizadas por el artículo 334 de la Constitución Política. Además, como se evidenciará en la sección del juicio de necesidad, tales medidas son instrumentos adecuados para conjurar las causas y los efectos de la emergencia declarada, con lo cual satisfacen también el artículo 215 ibídem. El referido artículo 334 prevé que “la dirección general de la economía estará a cargo del Estado” y que, por tanto, intervendrá en la economía. La Corte ha reconocido que esta intervención “corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por intermedio de diferentes instrumentos”. Pues bien, las operaciones de inversión que lleva a cabo el Estado en el mercado, financiero o real, son justamente uno de los instrumentos de los que dispone el Estado para cumplir los objetivos globales o específicos de la intervención económica. Tales operaciones son, por lo demás, medidas de las que razonablemente puede disponer el Gobierno Nacional para conjurar las crisis que dan lugar a los estados de excepción, en tanto no están proscritas ni limitadas por los artículos 212 y siguientes de la Constitución Política ni por la LEEE.

223. Examen de constitucionalidad de los artículos 4 (num. 5) y 5 del Decreto Legislativo sub examine. Las medidas de provisión directa de financiamiento a empresas privadas, públicas o mixtas, que desarrollen actividades de “interés nacional” (art. 4 (num. 5) y 5), así como la habilitación al MinHacienda para “otorgar subsidios a tasas de interés, garantías, entre otras”, no vulneran el artículo 355 de la Constitución Política. Esto es así, por cuanto tales medidas “derivan de la facultad de intervención del Estado en la economía y, en consecuencia, se orientan al estímulo de una determinada actividad económica”, conforme a los artículos 333 y 334 de la Constitución Política. En efecto, tales medidas son instrumentos que materializan el deber a cargo del Estado de fortalecimiento y estímulo de la empresa, así como de intervención en la economía para promover la productividad y competitividad empresariales. La Corte advierte que, en este caso, tales medidas de financiamiento empresarial y subsidio de tasas de interés y garantías tiene como contraprestaciones mantener la capacidad productiva de las empresas, preservar la capacidad de consumo de los hogares y mantener el empleo, que, por contera, contribuye a la imperiosa superación de la crisis económica.

224. En otros términos, la Corte considera que las medidas previstas por los artículos 4 (num. 5) y 5 del Decreto Legislativo sub examine no vulneran el artículo 355 de la Constitución Política. Esto es así, porque dichas medidas consisten en estímulos económicos y en

subsidios que el Estado implementa en cumplimiento de los principios constitucionales previstos por los artículos 215 y 334 de la Constitución Política. Tales medidas, además de fundarse en los mandatos previstos por estos artículos, persiguen las imperiosas finalidades de evitar o paliar las graves consecuencias en los flujos de cajas de las empresas, en los pagos de nómina y en las cadenas de demanda y oferta de bienes y servicios, en el marco de la emergencia económica causada por la pandemia. Por lo demás, habida cuenta del carácter imprevisible e intempestivo de la actual crisis, resulta evidente que, bajo ninguna perspectiva, es exigible que tales medidas hubieren sido contempladas en los instrumentos normativos de planeación económica previstos para tiempos ordinarios.

225. Por último, la Corte considera que las expresiones “interés nacional” y “entre otras”, previstas por los artículos 4.4, 4.5 y 5, no desconocen, en manera alguna, el referido artículo 355 de la Constitución Política, y, además, están justificadas, por dos razones. Primero, como lo manifestó el MinHacienda, las medidas de fortalecimiento patrimonial y de financiamiento a empresas deben priorizar “aquellos sectores que por su tamaño, importancia en las cadenas logísticas del país, incidencia en el mercado laboral o en la actividad económica en general” resulten axiales en la economía nacional. Esto resulta imperioso, por consiguiente, para optimizar los recursos (limitados por definición y, aún más, en el contexto de la actual emergencia) de tal manera que, una vez canalizados por medio de las empresas, surtan “efectos transversales en la economía”, mediante la generación de “mayor dinamismo” y la reactivación económica. En estos términos, además de razonable, la irrigación de recursos a las empresas de “interés nacional” es compatible con la garantía del interés general, propia del Estado social de derecho. Dicha expresión no implica habilitación alguna al MinHacienda para incurrir en tratos arbitrarios, sino para identificar, con base en los mencionados criterios objetivos, aquellas empresas que deben ser destinatarias de las referidas medidas. Segundo, la expresión “entre otros” permite que los subsidios que puede otorgar el MinHacienda no se limiten a tasas de interés y garantías, sino que, a medida que avanza la emergencia, puedan identificarse otros supuestos respecto de los cuales puedan destinarse los subsidios. De esta manera, dicha expresión permite que los recursos aplicados a tales subsidios puedan optimizarse y destinarse a otros supuestos, “siempre que se requieran para atender los objetivos del presente Decreto Legislativo”, en los términos del artículo 5 sub examine.

(b) El inciso 2 del artículo 15 del Decreto Legislativo sub examine no vulnera los artículos 212 y 215 de la Constitución Política

226. Delimitación del objeto de revisión. Algunos intervinientes señalaron que el inciso 2 del artículo 15, que regula las operaciones de fortalecimiento patrimonial, desconoce los artículos 212 y 215 de la Constitución Política. En su concepto, esta disposición prevé una indebida delegación de funciones al MinHacienda, al prescribir que esta entidad “determinará las inversiones” que se llevarán a cabo en virtud de las operaciones de fortalecimiento patrimonial. Al respecto, resaltaron que el Presidente es “el único que puede dictar decretos con fuerza de ley destinados únicamente a conjurar la crisis”, por lo que “pretender delegar las condiciones de una operación tan importante como la aquí descrita en un ministerio, violaría flagrantemente el régimen de intrasferibilidad de las funciones propias del Presidente de la República”. Por tanto, en su criterio, la Corte debe declarar la inexecutable del inciso 2 del artículo 15 del Decreto Legislativo sub examine.

228. La Corte considera que esta disposición no es incompatible con los artículos 212 y 215 de la Constitución Política. El inciso 2 del referido artículo prevé, en efecto, que el MinHacienda, “a través de sus dependencias y/o instancias, determinará las inversiones de las que trata este artículo”. En estos términos, lejos de lo que plantean los intervinientes, esta disposición (i) no confiere a dicho ministerio la competencia para expedir “decretos con fuerza de Ley”, (ii) no delega a esta entidad “funciones intransferibles del Presidente de la República” y, por último, (iii) tampoco desconoce elemento normativo alguno de los artículos 212 y 215 de la Constitución Política.

229. Dicha disposición confiere al MinHacienda la atribución técnica para determinar las inversiones que, con cargo al FOME, se lleven a cabo en instrumentos de capital y/o deuda emitidos por empresas privadas, públicas o mixtas. Esto, con el objetivo de garantizar la continuidad en la operación de empresas que presten servicios de interés nacional y que se encuentren gravemente afectadas por la emergencia. Así las cosas, para la Corte es claro que este artículo no confiere competencia alguna para expedir normas con fuerza de Ley, sino que simplemente atribuye la competencia operativa para determinar las inversiones referidas. La atribución de esta específica competencia no implica, en modo alguno, acto de delegación de competencias exclusivas del Presidente de la República, y es, por completo, compatible con la naturaleza y funciones del MinHacienda respecto de la administración del FOME. Por lo demás, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, incluso, “es posible que la ley atribuya a los ministerios, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, la función de expedir normas de carácter general”, sin que esto implique desconocimiento de la

Constitución Política.

230. En tales términos, la Corte concluye que el inciso 2 del artículo 15 no es incompatible con los artículos 212 y 215 de la Constitución Política.

(c) Los artículos 4 (num. 1) y 16 del Decreto Legislativo sub examine no vulneran el principio constitucional de autonomía territorial

231. Delimitación del objeto de revisión. Algunos intervinientes señalaron que las entidades territoriales deben ser beneficiarias de las transferencias de recursos del FOME. En su opinión, las transferencias a las entidades territoriales son “especialmente importantes en una coyuntura como la del Covid-19, en la cual es apremiante que puedan contar con recursos financieros para tomar medidas eficientes que contengan la pandemia en sus regiones”. Por tanto, solicitaron la exequibilidad condicionada de los artículos 4 (num. 1) y 16, en el sentido de incluir “a las entidades territoriales en las transferencias del Presupuesto [General de la Nación]”.

232. Problema jurídico. La Sala Plena resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Los artículos 4 (num. 1) y 16 del Decreto Legislativo sub examine vulneran el principio constitucional de autonomía territorial, por cuanto no disponen que las entidades territoriales deben ser beneficiarias de las transferencias de los recursos del FOME?

233. La Corte considera que los artículos 4 (num. 1) y 16 del Decreto Legislativo sub examine no vulneran el principio constitucional de autonomía territorial. El artículo 4 (num. 1) prevé que, para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos, los recursos del FOME podrán usarse para “atender las necesidades presupuestales adicionales de recursos que se generen por parte de las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación”. Por su parte, el artículo 16 dispone que “los recursos del FOME se presupuestarán en la sección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para ser distribuidos a entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación”. La Corte considera que ninguna de estas dos disposiciones vulnera la autonomía territorial, habida cuenta de que de este principio constitucional no se sigue que las entidades territoriales deban ser destinatarias de los recursos de este fondo-cuenta.

234. El artículo 287 de la Constitución Política prevé que las entidades territoriales gozan de autonomía “para la gestión de sus intereses” y “dentro de los límites de la Constitución y la ley”. Según la Corte, esta autonomía tiene tres dimensiones, a saber: “una política con la capacidad que tienen las entidades territoriales de elegir a sus propios gobernantes; la administrativa para dirigir sus propias políticas públicas y prioridades en sus atribuciones y competencias propias o compartidas, y una financiera que se refiere a la capacidad de manejar sus recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones”. En todo caso, la Corte ha reiterado, de manera uniforme, que “es importante advertir que la autonomía protegida constitucionalmente es la que tiene que ver con la gestión de los asuntos de interés propio de las entidades territoriales, es decir, los que solo a ellas atañen, pero no frente a cuestiones que se proyectan más allá del ámbito estrictamente local o regional”.

235. Pues bien, la creación y la destinación de los recursos de los fondos-cuenta no forma parte de “los intereses” respecto de los cuales las entidades territoriales prima facie ejercen su autonomía, a la luz de lo previsto por el artículo 287 de la Constitución Política. Esto es así, habida cuenta de que, por expresa definición del Legislador orgánico, tales fondos son del “orden nacional” (art. 30 del EOP) y, por contera, su creación y finalidades se proyectan a nivel nacional, que no en ámbitos estrictamente locales o regionales. Por esta razón, el Legislador tiene libertad de configuración para determinar la destinación de los recursos de los fondos-cuenta. En efecto, a la luz del referido artículo 30 del EOP, la Corte ha reiterado que el Legislador –incluso el extraordinario– cuenta con “amplio margen de configuración” para definir la estructura y destinación de los recursos de estos fondos. En este sentido, la Corte ha concluido que “si los fondos especiales constituyen una excepción al principio de unidad de caja, su determinación y recaudo se efectuará de acuerdo con las decisiones que para cada caso adopte el legislador”.

236. Como se ha señalado en esta providencia, el FOME es un fondo cuenta que, a la luz del artículo 30 del EOP, es del “orden nacional” y, por tanto, la destinación de sus recursos no forma parte de “los intereses” respecto de los cuales las entidades territoriales ejerzan autonomía. Es más, como se señaló en la sección correspondiente, las entidades territoriales no ejercen autonomía territorial ni siquiera respecto de la administración ni sobre las fuentes que integran el FOME. Por las anteriores razones, la Corte considera que, lejos de lo señalado por algunos intervinientes, la no inclusión de las entidades territoriales en los artículos 4

(num. 1) y 16 del Decreto Legislativo sub examine no desconoce el principio de autonomía territorial.

(d) El artículo 4 del Decreto Legislativo sub examine no vulnera los principios constitucionales de Estado social de derecho ni los compromisos previstos por el PIDESC

237. Delimitación del objeto de revisión. Algunos intervinientes advirtieron que el uso de los recursos del FOME desconoce el principio de Estado Social de Derecho y los compromisos adquiridos en el marco del PIDESC. Esto, porque los efectos de la crisis implican, principalmente, riesgos a la salud y al mínimo vital de los grupos más vulnerables, y, por tanto, el Gobierno debió prever medidas específicas dirigidas a precaver dichos riesgos, mediante la priorización del gasto público social. Sin embargo, en su criterio, el Decreto Legislativo sub examine no contiene medida alguna en este sentido, a pesar de que la atención en salud forma parte del objeto del FOME. Por consiguiente, en su opinión, la exequibilidad de los artículos 2 y 4 del referido Decreto Legislativo debe condicionarse en el sentido de que “el uso prioritario de los recursos del FOME debe ser el fortalecimiento de la capacidad, calidad y nivel de cubrimiento del sistema de salud y la financiación de medidas sociales y económicas destinadas a los sectores sociales en situación de extrema pobreza, a grupos sociales vulnerables, como lo son las personas de edad, con discapacidades, los refugiados, las poblaciones afectadas por el conflicto y las comunidades sujeto de discriminación y desventajas estructurales”.

238. Problema jurídico. ¿El artículo 4 del Decreto Legislativo sub examine desconoce el principio de Estado social de derecho y los compromisos adquiridos en el marco del PIDESC, en tanto no prevé, expresamente, que el uso de los recursos del FOME debe priorizar el gasto público social?

239. La Corte considera que la regulación sobre el uso de los recursos del FOME, prevista por el artículo 4 del Decreto Legislativo sub examine no desconoce el principio de Estado social de derecho ni los compromisos adquiridos en el marco del PIDESC. Esto es así por tres razones. Primero, a la luz del artículo 30 del EOP y de la jurisprudencia constitucional, el Legislador extraordinario tiene libertad de configuración para determinar la destinación de los recursos del FOME, habida cuenta de su naturaleza de fondo-cuenta. Esto significa que el Legislador extraordinario puede definir los usos de tales recursos en aras de alcanzar los

objetivos de política trazados para superar la emergencia, sin desconocer la Constitución Política. Esto, por supuesto, siempre que en la destinación de tales recursos se observen los principios de la administración pública previstos por el artículo 209 de la CP. Pues bien, en el caso del FOME, la Corte no advierte incompatibilidad alguna entre la destinación de tales recursos prevista en los seis numerales del artículo 4 y el principio de Estado social de derecho o los contenidos normativos previstos por el PIDESC.

240. Segundo, lejos de lo sostenido por algunos intervinientes, el artículo 4 del Decreto Legislativo sub examine sí contiene medidas para que los recursos del FOME sean destinados a la atención en salud y al financiamiento de políticas sociales a favor de las poblaciones más vulnerables. En particular, el numeral 1 de este artículo ha dado lugar a que, en la ejecución del FOME, se priorice, de manera notable, la financiación y el fortalecimiento de tales programas. Como se evidenció en la sección de finalidad (párr. 195 y ss.), la aprobación y la ejecución de los recursos del FOME, a junio de 2020, ha perseguido, primordialmente, el objetivo de fortalecimiento de tales programas sociales. En efecto, dichos recursos se han aprobado y ejecutado para financiar (i) la atención en salud, bioseguridad y abastecimiento alimentario, (ii) la inversión en programas de política social y ayuda humanitaria a la población en situación de vulnerabilidad y, por último, (iii) la protección del empleo y la reactivación empresarial y económica. Estas líneas de uso de los recursos indiscutiblemente materializan el principio de gasto público social (art. 350 de la CP) y los mandatos del Estado social de derecho (art. 1 de la CP).

241. Por último, la Corte advierte que los restantes usos de los recursos y las operaciones previstas por el artículo 4 contribuyen a garantizar la vigencia del Estado social de derecho en el marco de la actual pandemia. En particular, tanto el fortalecimiento y la financiación a las empresas, así como las operaciones de apoyo de liquidez y de transferencia temporal de valores, constituyen alternativas legítimas por las que el Gobierno Nacional optó para efectos de conjurar los efectos económicos de la emergencia. A su vez, ambas medidas son expresiones de la intervención del Estado en la economía, en el marco del artículo 334 de la Constitución Política, y persiguen las finalidades propias de la superación de la emergencia económica previstas por el artículo 215 ibidem. Es más, como se evidenciará en la sección correspondiente al juicio de necesidad, tales operaciones resultan indispensables para la distribución de recursos económicos entre los diferentes sectores y actores sociales, de manera que se garantice el sostenimiento de las empresas y de los empleos, el acceso al

crédito y la oferta de bienes y servicios necesarios para superar la emergencia. En estos términos, estas operaciones son, por completo, expresiones normativas de la función de intervención del Estado social de derecho en la economía, en aras de garantizar el bienestar general y la estabilidad económica nacional.

242. Por las anteriores razones, la Corte concluye que no existe incompatibilidad alguna entre el artículo 4 del Decreto Legislativo sub examine, de un lado, y el principio constitucional de Estado social de derecho y los contenidos normativos del PIDESC, del otro.

(e) Los artículos 4 (núm. 3), 8 y 9 del Decreto Legislativo sub examine no son contrarios a la Constitución Política

243. Delimitación del objeto de revisión. Algunos intervinientes señalaron que la exequibilidad de los artículos 4 (núm. 3), 8 y 9 debe condicionarse en el sentido de que: (i) “no se puede derivar ningún enriquecimiento o incremento patrimonial a la banca privada y pública”; (ii) en el acceso al financiamiento y reestructuración de los créditos, se adopten “criterios de priorización a los sectores profesionales más vulnerables y a las pequeñas y medianas empresas (mipymes), mayormente afectadas por la crisis”, así como a “poblaciones vulnerables”, y (iii) “la asignación de crédito no [debe] estar sujeta al sistema de gestión de riesgos de operaciones de mercado abierto establecido en condiciones de operación normal de la banca y de la economía”.

244. La Corte no accederá a dichos condicionamientos, por cuanto no guardan relación con los contenidos normativos previstos por los artículos 4 (núm. 3), 8 y 9, del Decreto Legislativo sub examine. Estas disposiciones regulan lo relativo a los apoyos transitorios de liquidez y a la transferencia temporal de valores al sector financiero. Lejos de lo sostenido por los intervinientes, dichas disposiciones no prevén dispositivo alguno que permita o dé lugar a incremento patrimonial de la banca privada o pública. Tales artículos tampoco regulan el “acceso al financiamiento o reestructuración de los créditos”. Al respecto, la Corte constata que las referidas disposiciones no tienen por objeto fijar las reglas de acceso a créditos o reestructuración de los mismos, ni mucho menos la regulación sobre la sujeción de los créditos asignados a los sistemas de gestión de riesgos aplicables a la banca. Por el contrario, estas disposiciones regulan la destinación de los recursos del FOME y, en particular, los apoyos de liquidez y las transferencias de valores al sector financiero, como

mecanismos para proveer recursos a los usuarios del mismo. En estos términos, para la Corte resulta evidente que los condicionamientos solicitados no guardan relación alguna con el contenido normativo de los artículos cuestionados, por lo que no hay lugar a examinar dicha solicitud, en tanto no atañen a la norma objeto de control. Por lo demás, los intervinientes tampoco explicaron la justificación de tales condicionamientos para ajustar los referidos artículos a la Constitución Política.

245. Así las cosas, la Corte no advierte fundamento alguno para revisar la constitucionalidad de los artículos referidos en relación con los condicionamientos solicitados.

246. En suma, la Corte considera que las medidas contenidas por los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de contradicción específica.

() Las normas relativas a la destinación de los recursos del FOME satisfacen el juicio de incompatibilidad

247. La Corte constata que los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo sub examine, relativos a la destinación de recursos del FOME, no suspenden normas legales.

() Las normas relativas a la destinación de los recursos del FOME satisfacen el juicio de necesidad

248. Las medidas contenidas por los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de necesidad. En efecto, la regulación dispuesta por dichos artículos sobre la destinación de los recursos del FOME es indispensable para lograr los fines del Estado de emergencia declarado mediante el Decreto 417 de 2020 y, por tanto, satisface los criterios de necesidad fáctica y jurídica. El primero, en atención a que las medidas adoptadas en los referidos artículos permiten contribuir a la superación de la emergencia y, de esta forma, no se advierte error de apreciación del Presidente de la República y de los ministros del despacho al respecto. El segundo, porque el Gobierno Nacional demostró la inexistencia de mecanismos ordinarios que fueran suficientes y adecuados para lograr los objetivos de la medida excepcional.

249. Necesidad fáctica. La regulación prevista por los mencionados artículos satisface el criterio de necesidad fáctica. En efecto, la destinación de los recursos del FOME es consecuencia de que, en el Decreto 417 de 2020, el Gobierno Nacional constató que “se han venido usando los mecanismos ordinarios de los que disponen las instituciones económicas en tiempos normales, los cuales han sido adecuados, pero insuficientes para contener el choque sorpresivo y profundo que ha sufrido la economía”. Al respecto, en las consideraciones de dicho decreto, el Gobierno resaltó que “las medidas a disposición del Banco de la República y del Gobierno Nacional son insuficientes para conjurar el efecto [de la emergencia] en la salud pública, el empleo, el ingreso básico de los colombianos, la estabilidad económica de los trabajadores y de las empresas, la actividad económica de los trabajadores independientes y la sostenibilidad fiscal de la economía”. En particular, los artículos sub examine satisfacen el requisito de necesidad, por cuanto la destinación de los recursos del FOME en los siguientes ámbitos permite contribuir a la superación de la crisis:

a. (a) Necesidad de las medidas de transferencia temporal de valores y apoyo transitorio de liquidez al sector financiero

250. Lejos de lo sostenido por algunos intervinientes, las medidas previstas por los artículos 4 (num. 3), 8 y 9, del Decreto Legislativo sub examine satisfacen el requisito de necesidad fáctica. Esto, porque, en el marco de la emergencia, resulta indispensable que “las entidades financieras cuenten con las herramientas suficientes que les permitan mantener niveles de liquidez adecuados”. La Corte constata que los apoyos de liquidez al sector financiero son mecanismos estándar de irrigación de recursos en las economías, particularmente, en aquellas con significativos procesos de bancarización. En el contexto de esta emergencia, los apoyos de liquidez a las entidades financieras, lejos de ser donaciones a favor de estas últimas, resultan indispensables para (i) canalizar recursos a los diferentes sectores de la economía y (ii) solventar, por medio de los distintos mecanismos financieros, “las necesidades sociales y económicas del sector empresarial y de los hogares”. Al respecto, la Corte advierte que, el 13 de mayo de 2020, Naciones Unidas alertó acerca de que “la disminución del acceso a la liquidez y al crédito están limitando la capacidad de muchos países en desarrollo para implementar la respuesta fiscal necesaria y adecuada” para enfrentar la crisis económica generada con ocasión de la actual pandemia. Por estas razones, las medidas de apoyo transitorio de liquidez al sector financiero resultan fundamentales para mantener y restablecer la actividad económica.

251. En relación con las operaciones de transferencia temporal de valores, la Corte resalta que el artículo 8 prevé que la Nación podrá: (i) admitir “como colateral”, es decir, como garantía, diversas clases de títulos emitidos por los establecimientos de crédito y (ii) contratar al FRECH, con el fin de facilitar dichas operaciones. Con este objetivo, este artículo habilita al FRECH para: (i) utilizar recursos del FOME para “adquirir títulos de tesorería TES clase B” directamente con la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional (art. 8, par. 1), (ii) invertir “la liquidez disponible en depósitos remunerados del Banco de la República” o en la referida Dirección General y (iii) “recibir títulos representativos de cartera comercial, de consumo y/o leasing financiero”, además de los que tiene autorizados de ordinario (art. 8, par. 2). Esta disposición también satisface el criterio de necesidad, dado que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, el BanRep “no considera admisibles todos los activos y títulos de los establecimientos de crédito para la realización de estas operaciones”. En particular, “las operaciones autorizadas al Fondo se encuentran circunscritas a la adquisición de títulos representativos de cartera hipotecaria”. Por esta razón, resulta necesario que, para efectos de facilitar la transferencia de valores a las entidades financieras, “una parte de los activos de los establecimientos de crédito no admisibles por el Banco de la República (...) pueda ser utilizado para dar liquidez a estas entidades”.

252. Con base en las pruebas allegadas por el BanRep y el MinHacienda, la Corte concluye que, para viabilizar la transferencia temporal de valores a las entidades financieras, también resulta indispensable permitir “a la Nación emitir títulos valores mediante operaciones de reporto o repo contra estos activos de los establecimientos de crédito no admisibles por el Banco de la República, para que luego estas entidades utilicen los títulos emitidos por la Nación para la realización de contratos de descuento o redescuento con el Banco de la República y así obtener la liquidez que necesitan”. Por lo demás, la necesidad de esta medida está justificada en que, a febrero de 2020, los establecimientos de crédito contaban con inversiones de aproximadamente 12 billones de pesos en instrumentos representativos de deuda por emisores nacionales diferentes a la Nación, “los cuales eventualmente podrían considerarse como colaterales en operaciones de tesorería con el FRECH”. Es más, según cálculos del MinHacienda, a febrero de 2020, el saldo de cartera vigente de los establecimientos de crédito era de \$478 billones, de los cuales \$458 billones tenía calificación A, esto es, la mejor calificación de riesgo de acuerdo con la capacidad de pago de los clientes. Pues bien, para la Corte resulta razonable que, por lo anterior, “eventualmente

los pagarés de estas modalidades de crédito podrían ser empleados como garantías de las operaciones de liquidez establecidas en este decreto”, lo que también justifica la necesidad de la medida sub examine.

253. En relación con las operaciones de apoyo transitorio de liquidez, la Corte advierte que el artículo 9 del Decreto Legislativo sub examine define tales operaciones como depósitos que, con los recursos del FOME, efectúe la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional a las bancas estatales de primer y segundo piso. Para esto, dichas entidades podrán llevar a cabo sindicaciones entre sí y, en todo caso, estos depósitos se efectuarán en “moneda legal colombiana y su plazo será de hasta 12 meses”. Esta medida también satisface el requisito de necesidad, dado que resulta indispensable, en el contexto de la emergencia, que las entidades financieras puedan “seguir contando con suficientes fuentes de liquidez”. Esto es así por dos razones. De un lado, en el contexto de esta emergencia, los establecimientos de crédito han optado por conceder “periodos de gracia, tanto de capital como de interés”, lo cual implica, “automáticamente, una reducción en sus flujos de liquidez”.

254. De otro lado, con base en las pruebas allegadas al proceso, la Corte advierte que este mecanismo, dirigido particularmente a apoyar la banca estatal, resulta necesario, dado que estas instituciones cumplen un rol determinante en momentos de crisis. Esto es así, en tanto las emergencias y las contracciones económicas son compensadas por la banca estatal con gestiones contracíclicas, esto es, mediante la irrigación de recursos en la economía, precisamente cuando los agentes privados son adversos al riesgo. En estos contextos, la Corte concluye que aprovisionar de liquidez a la banca estatal satisface el requisito de necesidad, por cuanto, por esta vía, se contribuye a la reactivación del crédito y a la canalización de recursos a los diferentes sectores de la economía, las empresas y los hogares, en momentos en los que la banca privada no está en condiciones de asumir riesgos o presenta índices considerables de aversión a los mismos.

255. Por último, la Corte advierte que la disposición prevista por el artículo 8 sub examine, según la cual “las operaciones de regresos (...) no podrán exceder el término de 365 días” también resulta necesaria. Esto, para garantizar que la transferencia de valores para atender la emergencia tenga realmente un carácter temporal, que, por lo demás, resulte acorde con la naturaleza y extensión de los efectos de las afectaciones económicas producidas por la pandemia.

(b) Necesidad de la inversión en empresas y de la provisión directa de financiamiento

256. Las medidas previstas por los artículos 4 (num. 4 y 5), 5 y 15, del Decreto Legislativo sub examine satisfacen el requisito de necesidad fáctica. Esto, por cuanto, en el marco de la emergencia, resulta necesarias para proteger los flujos de caja en las empresas, financiar su funcionamiento y evitar drásticas reducciones de empleos. En efecto, al momento de declarar la emergencia, el Gobierno Nacional consideró imperioso garantizar que las empresas puedan “mantener su capacidad productiva y de consumo”, así como “mantener el empleo y atender los efectos adversos generados por la emergencia”. En estos términos, la inversión en empresas y la provisión directa de financiamiento son necesarias para asegurar “la continuidad en la prestación del servicio de empresas públicas, privadas o mixtas, que adelanten operaciones de interés nacional, [de manera] que, una vez superada la emergencia, la sociedad y la economía puedan tener los mínimos necesarios para normalizar la situación”. Por lo demás, “no contar con estas medidas extraordinarias puede afectar gravemente la oferta de bienes y servicios que necesita la sociedad para sobrellevar la emergencia y normalizar sus actividades una vez esta sea superada”.

257. Al respecto, la Corte advierte que la afectación al funcionamiento de las empresas como consecuencia de la pandemia es una realidad global y local. A nivel global, según el reporte World Economic Situation and Prospects as of mid - 2020, elaborado por Naciones Unidas, la economía mundial se reducirá en 3.2% durante este año y se pronostican pérdidas de \$8.5 trillones de dólares durante 2020 y 2021, con lo cual “el comercio mundial se contraerá en casi un 15% en 2020, en medio de una fuerte reducción de la demanda global y las interrupciones de suministro mundiales”. Por su parte, en el Global Economic Prospects - June 2020, el BM resalta que “las profundas recesiones actualmente en curso dejarán cicatrices duraderas a través de múltiples canales, incluyendo menor inversión e innovación, erosión del capital humano y retirada de las cadenas mundiales de comercio y suministro. Estos efectos pueden reducir el crecimiento potencial y la productividad laboral a largo plazo.”. Por último, en el informe sobre el impacto económico en América Latina y el Caribe de la enfermedad por Coronavirus COVID-19, la CEPAL señala que “las empresas, independiente de su tamaño, enfrentan importantes disminuciones de sus ingresos, dificultades para el acceso al crédito y un aumento en la probabilidad de insolvencia”. Por estas razones, la Corte concluye que es evidente la necesidad de implementar medidas de fortalecimiento económico de las empresas en el marco de la actual emergencia.

258. A nivel local, según las pruebas allegadas al expediente, el Banrep y el MinHacienda dan cuenta de que la emergencia económica causada por la pandemia COVID-19 ha afectado de manera notable “el funcionamiento de las empresas, aumentando el riesgo de insolvencia o quiebra, así como generando grandes dificultades para mantener sus nóminas de trabajadores y el flujo de pagos a los mismos”. Esto explica, con suficiencia, que resulte indispensable, para conjurar los efectos de la emergencia, la protección del “flujo de caja de las empresas para que puedan garantizar la financiación de su capital de trabajo y evitar un despido masivo de empleados”. La necesidad de estas medidas está justificada, además, en que, según el BanRep, “los efectos del COVID-19 en el país y los esfuerzos para frenar su propagación implican una caída generalizada de la actividad económica, con una mayor afectación en ciertos sectores (...). Este impacto inicialmente se refleja en una parálisis de varios sectores por falta de demanda”.

259. Para la Corte, esta realidad justifica de manera evidente la necesidad de que los recursos del FOME sean destinados a la inversión en instrumentos de capital o deuda emitidos por empresas privadas, públicas o mixtas, de interés nacional, así como la provisión directa de financiamiento a las mismas (arts. 4 (num. 4 y 5) y 15) y la habilitación al MinHacienda para otorgar subsidios a tasas de interés y garantías, entre otras medidas de ayuda financiera, a las empresas (art. 5). Por lo demás, tales medidas no solamente son necesarias para superar la crisis, sino indispensables para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales de protección, fortalecimiento y estímulo de las empresas, así como de promoción de la productividad y la competitividad, y el acceso a los bienes y servicios básicos para la sociedad, previstos por los artículos 333 y siguientes de la Constitución Política. A su vez, como se demostrará líneas adelante, permitir que el Gobierno adquiriera instrumentos de deuda pública es, desde la teoría económica, una medida convencional para dinamizar la economía nacional, que, en todo caso, debe compatibilizarse con estrategias a largo plazo de recuperación económica tras escenarios de crisis. Esto, en aras de mantener la estabilidad económica y el bienestar general.

260. La Corte advierte que el otorgamiento de subsidios a tasas de interés y garantías (art. 5) es una medida estándar y necesaria adoptada por varios países como estímulo a la empresa en el marco de la actual pandemia. De un lado, los subsidios a tasas de interés resultan necesarios, en tanto “reducen la carga crediticia de las empresas y les permiten financiar a un menor costo su capital de trabajo durante la difícil coyuntura”. De otro lado, los subsidios

a garantías también son necesarios, por cuanto “permiten que las personas y empresas puedan acceder a créditos con mayor facilidad para mantener su actividad económica”. Ambas medidas, en últimas, “permiten mantener las relaciones crediticias de los hogares y las empresas (...) para que puedan acceder a financiación”, en aras de preservar y de fomentar su capacidad productiva y de consumo.

261. A su vez, la afectación transversal, generalizada y sistemática, de la economía y, en particular, de las cadenas de producción de bienes y prestación de servicios, justifica la necesidad de que las decisiones sobre la destinación de los recursos del FOME (i) deban ser evaluadas en contexto, esto es, como “como parte de una política integral para solventar las necesidades sociales y económicas de la emergencia” (arts. 4 y 15) y (ii) de que se autorice “efectuar operaciones aun cuando al momento de su realización se esperen resultados financieros adversos o que tengan rendimientos iguales a cero o negativos” (arts. 4 y 15). Ambas disposiciones son necesarias para asegurar que el uso prioritario de los recursos garantice efectivamente que la “economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y atender los efectos adversos a la actividad productiva y al sistema de salud, más no necesariamente realizar operaciones de crédito o de inversión que le reporten ganancias o rendimientos económicos de corto plazo al Gobierno Nacional”. En otros términos, tales medidas son necesarias para permitir que el Gobierno implemente las operaciones de apoyos de liquidez y fortalecimiento financiero que, “evaluadas de forma conjunta y en contexto con las coyunturas sociales y económicas”, se estimen necesarias para atender la emergencia, así “no representen ganancias”. Al respecto, el Banrep enfatizó sobre la necesidad de estas medidas, en tanto, en la destinación de los recursos, “deben evaluarse todas las operaciones del Fondo de forma conjunta, no para determinar si son rentables o producen utilidad, sino para el cumplimiento del objetivo del fondo de conjurar la crisis: (...) el objetivo del FOME no es producir rentabilidad financiera, sino atender la crisis”. Esto, para la Corte, no es óbice para que cualquier inversión de los recursos del FOME, llevada a cabo en el marco de la emergencia económica, se ejecute a la luz de los principios constitucionales de la función administrativa, la protección del patrimonio público y la salvaguarda de las finanzas públicas.

(c) Necesidad de la provisión de recursos a entidades que forman parte del PGN, ejecución de instrumentos y contratos del FOME, así como provisión de liquidez a la Nación

262. Las medidas dispuestas por los numerales 1, 2 y 6 del artículo 4 y el artículo 16 del

Decreto Legislativo sub examine satisfacen el requisito de necesidad fáctica, por cuanto, habida cuenta de la naturaleza de la pandemia, resulta indispensable (i) garantizar “la prestación de los servicios requeridos para atender la emergencia sanitaria”; (ii) “aliviar los efectos adversos sobre la población en condición más vulnerable”; (iii) viabilizar el ejercicio de las funciones del FOME, así como la provisión efectiva de los recursos para atender la emergencia, y, por último, (iv) “dar los insumos necesarios para mantener y restablecer el empleo y la actividad económica del país dependiendo de la evolución de la pandemia”.

263. Recursos adicionales para las entidades que integran el PGN. La Corte constata que la provisión de recursos del FOME para garantizar “la atención de las necesidades adicionales de recursos que se generen por parte de las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación” (art. 4 (num. 1)) ha resultado indispensable para irrigar financiación para los siguientes sectores, programas y entidades:

Sector

Programa

Entidades receptoras

Sector Salud

* Atención de gastos del sistema de Salud y Protección social, dispuestos por el Ministerio de Salud y Protección Social (Decreto Legislativo 538 de 2020).

* Red de Sanidad del Sector Defensa

MinSalud, Ministerio de Defensa y otras entidades

Política social (Provisión de recursos para la población más vulnerable)

– Transferencias monetarias efectuadas a los programas Familias en Acción, Colombia Mayor y Jóvenes en Acción, Ingreso Solidario (Decreto Legislativo 518 de 2020), Asistencia Humanitaria Alimentaria para adultos mayores y financiación del pago de los servicios públicos de la población más vulnerable (Decretos Legislativos 517 y 528 de 2020), esquema de devolución del IVA (Decreto Legislativo 458 de 2020), transferencia económica a

trabajadores cesantes (Decreto Legislativo 553 de 2020), entre otros.

Ministerio de Trabajo, Prosperidad Social, Unidad Nacional para la Gestión de Riesgos de Desastres, Findeter y MinHacienda

- Atención de gastos del sistema.
- Subsidio a la comisión de las garantías del Fondo Nacional de Garantías
- Programa de Apoyo al Empleo Formal - PAEF (Decretos Legislativos 639 y 677 de 2020)

Fondo Nacional de Garantías

MinHacienda

264. Al respecto, la Corte advierte que la financiación de la política social, por medio del aprovisionamiento de recursos a las entidades que integran el PGN, resulta indispensable para mantener la vigencia del Estado social de derecho en el marco de la actual emergencia. Esto, por cuanto, diferentes organizaciones internacionales han alertado acerca de los negativos efectos de la emergencia económica en términos de agudización de la desigualdad y la pobreza. De un lado, en el reporte World Economic Situation and Prospects as of mid - 2020, Naciones Unidas alerta acerca de “la profundización de la pobreza y la desigualdad” como consecuencia de la actual emergencia económica, por cuanto “cerca de 34.3 millones de personas caerán por debajo de la línea de la pobreza extrema en los países en vía de desarrollo durante el año 2020 y que, para el 2030, 130 millones de personas estarán en dicha situación como consecuencia de la pandemia”. De otro lado, en el informe sobre el impacto económico en América Latina y el Caribe de la enfermedad por Coronavirus COVID-19, la CEPAL estima que “la tasa de desempleo se ubicaría en torno al 11,5%, con un aumento de 3,4 puntos porcentuales con respecto al nivel de 2019 (8,1%). Así, el número de desempleados de la región llegaría a 37,7 millones”. Esta misma comisión económica advierte que “la caída del 5,3% del PIB y el aumento de 3,4 puntos porcentuales del desempleo tendrían un efecto negativo directo sobre los ingresos de los hogares y su posibilidad de contar con recursos suficientes para satisfacer las necesidades básicas (...) Por su parte, la pobreza extrema crecería 2,5 puntos porcentuales, pasando del 11,0% al 13,5%,

lo que representa un incremento de 16 millones de personas”.

265. En este contexto, la necesidad de las transferencias financieras a favor de las entidades que integran el PGN se justifica en la medida en que dicho aprovisionamiento de recursos resulta indispensable para fortalecer los programas de política social. Estas medidas de fortalecimiento económico, además de ser una expresión del principio constitucional de gasto público social prioritario (art. 334 de la CP), resultan indispensables para la atención de la emergencia. En efecto, la misma CEPAL adopta, como una de sus “principales recomendaciones de política”, el fortalecimiento de “los sistemas de protección social para apoyar a las poblaciones vulnerables” y, expresamente, insta a los gobiernos de la región a “implementar programas no contributivos, como las transferencias directas de efectivo a los más vulnerables, y medidas como las prestaciones por desempleo, subempleo y autoempleo”, entre otras.

266. El aprovisionamiento económico a las referidas entidades con base en los recursos del FOME resulta necesaria, además, dada la imprevisibilidad de la pandemia al momento de tramitarse y aprobarse el PGN para la vigencia 2020. A título ilustrativo, en el sector salud, el Presupuesto aprobado para esta vigencia fiscal “solamente incluye los recursos para financiar la Unidad de Pago por Capitación – UPC y los techos o presupuestos máximos, que no incorporaban la posibilidad de una pandemia”. Por esta razón, el MinSalud ha justificado la imperiosa necesidad de utilizar los recursos del FOME, girados con fundamento en el numeral 1 del artículo 4, para adoptar medidas relacionadas con tres objetivos fundamentales en el marco de la emergencia. Primero, el “aseguramiento en salud”, por cuenta de “los mayores gastos estimados sobre la atención individual en salud (canastas de servicios, procedimientos y medicamentos)”, “el mayor valor estimado de las incapacidades por enfermedad general”, así como “el reconocimiento para el personal en salud y la compensación transitoria por aislamiento para los generadores de ingresos del régimen subsidiado”. Segundo, la “ampliación de la oferta”, que permitiría “aumentar la capacidad instalada en el país para la atención de la enfermedad”, por ejemplo, mediante “la compra de ventiladores, monitores, bombas de infusión, la adecuación de camas hospitalarias (de cuidados intermedios a cuidados intensivos y de camas hospitalarias a cuidados intermedios), unidades portátiles de rayos X, la dotación y elementos de bioseguridad”, entre otros. Tercero, el “fortalecimiento institucional”, esto es, “mejorar los laboratorios territoriales para incrementar la capacidad diagnóstica, así como ampliar la capacidad del

Instituto Nacional de Salud”.

267. Costos generados por la ejecución de los recursos del FOME. Contrario a lo sostenido por algunos intervinientes, la Corte advierte que el numeral 2 del artículo 4, según el cual los recursos del FOME podrán destinarse para “pagar los costos generados por la ejecución de los instrumentos y/o contratos celebrados” para el cumplimiento del objeto del FOME, satisface el requisito de necesidad. Esto es así por dos razones. Primero, mediante las pruebas allegadas al proceso por el BanRep y el MinHacienda, la Corte evidencia que la administración del FOME da lugar a la suscripción de contratos especializados. En particular, los relativos a “(i) la custodia de títulos valores distintos a los ya administrados, (ii) los ocasionados por el uso de cámaras de riesgo central de contraparte, (iii) los servicios de transferencias temporal de valores, (iv) la contratación de bancas de inversión o evaluadores de riesgo (...) y (v) la contratación de medios de pago no bancarios para la dispersión de recursos a la población vulnerable”. Estas operaciones, a todas luces, resultan necesarias para la correcta ejecución de dichos recursos y, por contera, para la implementación de las medidas indispensables para superar la emergencia.

268. Segundo, para la Corte resulta evidente que autorizar el uso de los recursos del FOME para atender los anotados gastos es necesario en aras de optimizar las operaciones destinadas a atender la emergencia económica, en particular, las relacionadas con las transferencias de recursos a los programas sociales mencionados. Solo a título ilustrativo, a 16 de abril de 2020, el MinHacienda había girado al Programa de Ingreso Solidario \$195.590.720.000. con base en los recursos del FOME, en virtud del Decreto Legislativo 518 de 2020. Pues bien, tales giros se han efectuado por medio de “las entidades financieras en las cuales los beneficiarios incluidos tienen su producto de depósito, es decir, las entidades en las cuales los beneficiarios son clientes”. Estas operaciones dan lugar a costos financieros insoslayables asumidos con cargo al fondo y, en todo caso, necesarios para la correcta ejecución de los recursos del FOME. Además, la Corte advierte que el numeral 2 de este artículo limita la destinación de este rubro exclusivamente a la finalidad de lograr “el cumplimiento del objeto del FOME”, por lo que no es cierto, como lo afirma algún interviniente, que pueda cubrir “otros costos que no derivan de la administración general de recursos”. Por esta razón, la Corte no accederá a la solicitud de condicionamiento formulada al respecto.

269. Por último, la Corte también considera necesario el eventual aprovisionamiento de liquidez a la Nación que, en los términos del numeral 6 del artículo 4, se llevará a cabo “únicamente en aquellos eventos en los que los efectos de la emergencia se extiendan a las fuentes de liquidez ordinaria”. Esto, por cuanto, en dicha hipótesis excepcional, resulta indispensable que el Gobierno Nacional provea los recursos necesarios para permitir que el Estado continúe en operación y evitar su colapso, así como para sostener “los insumos necesarios para mantener y restablecer el empleo y la actividad económica del país dependiendo de la evolución de la pandemia”. Al respecto, la Corte resalta que, en este proceso, el BanRep llamó la atención acerca de que “la afectación de la actividad económica producto del COVID-19 conlleva serias dificultades fiscales para el Gobierno Nacional durante este año, por una menor perspectiva de ingresos tributarios y mayores presiones de gasto”, por lo que previno acerca del “esfuerzo fiscal de gran magnitud para aliviar los efectos de la pandemia”.

270. Por lo demás, la Corte no advierte error alguno de apreciación por parte del Presidente de la República y de los ministros del despacho al concluir acerca de la necesidad de adoptar las referidas medidas de “transferencia temporal de valores y apoyo transitorio de liquidez al sector financiero, inversión en empresas y provisión directa de financiamiento”, y, por último, “provisión de recursos a entidades que forman parte del PGN, ejecución de instrumentos y contratos del FOME, así como provisión de liquidez a la Nación”. En efecto, los indicadores económicos disponibles dan cuenta de la razonabilidad de la apreciación sobre la necesidad de dichas medidas. Solo a título ilustrativo, entre diciembre de 2019 y marzo de 2020, el PIB se redujo dramáticamente del 3.5% al 1.1%. A su vez, la variación mensual de la demanda por comercializador no regulado correspondió a -19.3% a finales de marzo, mientras que la variación porcentual del crecimiento de las ventas al por menor por semana se redujo del 19% a cerca del -50% en marzo de este año. Por último, el país ha registrado un crecimiento notable de la tasa de desempleo a índices del 19.9%. Entre otras, con base en esta información estadística, la Corte no advierte error de apreciación alguno al considerar necesarias las medidas sub examine para conjurar la emergencia declarada mediante el Decreto 417 de 2020.

271. Necesidad jurídica. La regulación prevista por los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo 444 de 2020 es indispensable desde el punto de vista jurídico, por cuanto ningún otro mecanismo previsto por el ordenamiento permite determinar

la destinación de los recursos del FOME. En efecto, dado que este fondo fue creado mediante este mismo Decreto Legislativo, no existe regulación ni mecanismos jurídicos previos que hubieren permitido que, en el contexto de la emergencia declarada mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020, el Gobierno Nacional destinara los recursos del FOME para los objetivos previstos por las normas sub examine, esto es, para efectuar transferencias temporales de valores y apoyos transitorios de liquidez al sector financiero (arts. 4 (num. 3) 8 y 9), invertir en instrumentos de capital o deuda emitidos por empresas y proveer de manera directa el financiamiento (arts. 4 (num. 4 y 5), 5 y 15), así como proveer los recursos necesarios para las entidades que forman parte del PGN (4 (num. 1)), para la celebración y la ejecución de los instrumentos y contratos para el cumplimiento de las obligaciones del FOME (art. 4 (num. 2)) y garantizar la “liquidez a la Nación únicamente en aquellos eventos en que los efectos de la emergencia se extiendan a las fuentes de liquidez ordinarias” (art. 4 (num. 6)).

272. Por lo demás, dada la naturaleza jurídica de este fondo, resultaba necesario que el Legislador (en este caso, extraordinario) definiera la destinación de los recursos del FOME. En efecto, como se señaló en el párr. 56, el FOME es un fondo-cuenta sin personería jurídica, por expresa disposición del artículo 1 del Decreto Legislativo 444 de 2020. Por tanto, el FOME constituye un fondo especial del orden nacional, según lo previsto por el artículo 30 del EOP. Estos fondos, por definición, “constituyen una excepción al principio de unidad de caja”, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional. Por esta razón, resulta indispensable que el Legislador, ordinario o extraordinario, defina “su determinación” y destinación para cada caso. Así las cosas, la Corte considera que la determinación de la destinación de los recursos del FOME prevista por los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo 444 de 2020, no solo es compatible con la naturaleza de este fondo, sino que resulta indispensable desde el punto de vista jurídico para viabilizar funcionamiento y operación, que, como se explicó, contribuye sustancialmente a evitar la propagación de los efectos de la emergencia.

273. En estos términos, para la Corte es claro que la regulación relativa a la destinación de los recursos del FOME prevista por los artículos sub examine satisface el juicio de necesidad.

() Las normas relativas a la destinación de los recursos del FOME satisfacen el juicio de proporcionalidad

274. La Corte considera que las medidas contenidas en los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de proporcionalidad. En efecto, la regulación de la destinación de los recursos del FOME contiene medidas “equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis”, sin que impliquen restricciones a otros principios constitucionales.

() Las normas relativas a la destinación de los recursos del FOME satisfacen el juicio de no discriminación

275. La Corte considera que las medidas contenidas por los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de no discriminación. En efecto, la regulación de la destinación de los recursos del FOME no contiene medidas que impliquen segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas. Estos artículos tampoco disponen tratos diferentes injustificados.

276. Pese a lo anterior, algunos intervinientes señalaron que la expresión “interés nacional”, prevista por los artículos 4.4, 4.5 y 15, del Decreto Legislativo, vulnera el principio de igualdad, porque permite actuaciones arbitrarias y discriminatorias en la ejecución de las operaciones de fortalecimiento patrimonial. Esto, porque el Decreto Legislativo no define el alcance de esta expresión y, por tanto, se “vací[a] de contenido la delimitación de los beneficiarios de la medida” de fortalecimiento patrimonial y, a su vez, “excluye injustificadamente otros actores económicos igual o más gravemente afectados por la emergencia”. Por tanto, solicitaron condicionar la exequibilidad de los artículos 4 (núm. 4 y 5) y 15, con el fin de definir el alcance de la expresión “interés nacional” e incluir en dicha definición a “las empresas relacionadas con la producción de elementos médicos, que permiten la prestación de servicios públicos, así como aquellas de las que depende la satisfacción de la necesidad de la población, como la producción, provisión y aprovisionamiento de alimentos”, a “las pequeñas y medianas empresas (mipymes)” y a las empresas que desarrollen actividades de “interés territoriales”.

277. La Corte considera que la expresión “interés nacional”, prevista por los artículos 4.4, 4.5, y 15, del Decreto Legislativo, no vulnera el principio de igualdad, dispuesto por el artículo 13 de la Constitución Política. En el contexto de tales artículos, dicha expresión

implica que las operaciones de inversión en instrumentos de capital o deuda y la provisión directa de financiamiento se dirijan a empresas de “interés nacional”. En otros términos, a empresas consideradas estratégicas desde el punto de vista de “los intereses de la economía nacional considerada en su conjunto”, que resultan primordiales habida cuenta de su importancia para la estabilidad y el desarrollo económico, así como para la superación de la crisis y la preservación del orden económico. Al respecto, la Corte ha sostenido que la atribución de una competencia a una autoridad “para decidir qué proyectos son de interés nacional y estratégico (...) no vulnera ninguna de las competencias o funciones atribuidas por la Constitución a las entidades territoriales”. Esta resulta, además, por completo compatible con la existencia de materias, asuntos y decisiones, con implicaciones sistemáticas y estratégicas, como la política macro económica, que escapen a los ámbitos locales, a tal punto que están “conexos con los intereses de la Nación”, tales como “evitar la desintegración y la disfuncionalidad del sistema económico”. Sobre el interés nacional en materia económica, la Corte ha reconocido que “la administración de recursos escasos requiere de un manejo coherente y de una visión que sobrepase el corto plazo, por lo que, en materia económica, existe una tendencia cohesionante muy fuerte, más exactamente, una necesidad de unicidad muy marcada” .

278. Para examinar la presunta violación del artículo 13 de la Constitución Política, la Corte el test débil de igualdad a la referida expresión, habida cuenta de la naturaleza presupuestaria y económica de la medida. Por tanto, la Corte debe verificar si dicha medida (i) persigue un fin legítimo y (ii) es idónea para alcanzarlo.

279. Esta medida persigue un fin legítimo. En efecto, esta medida busca que las operaciones de fortalecimiento patrimonial y de financiamiento a empresas prioricen “aquellos sectores que por su tamaño, importancia en las cadenas logísticas del país, incidencia en el mercado laboral o en la actividad económica en general” resulten axiales en la economía nacional. Además de legítima, esta finalidad resulta imperiosa para efectos de optimizar los recursos (limitados por definición y, aún más, en el contexto de la actual emergencia) de tal manera que, una vez canalizados por medio de las empresas, surtan “efectos transversales en la economía”, mediante la generación de “mayor dinamismo” y la reactivación económica.

280. Dicha medida es idónea para alcanzar la referida finalidad. En efecto, tanto el MinHacienda como el BanRep resaltaron que la determinación de las empresas destinatarias

de las operaciones de fortalecimiento patrimonial y de financiamiento debe llevarse a cabo mediante análisis concretos relacionados con los impactos transversales, generalizados y sistemáticos, de las afectaciones de la emergencia en ciertos sectores y empresas. Asimismo, dichas medidas solo podrán adoptarse tras la evaluación de los efectos que podrían desplegarse con la implementación de tales operaciones patrimoniales y su representatividad en la economía nacional, en aras de la “satisfacción del interés general”. En estos términos, la Corte advierte que la expresión “interés nacional” parte del reconocimiento de los efectos diferenciales de la emergencia en los distintos sectores de la actividad económica y permite que, caso a caso, el MinHacienda lleve a cabo los referidos estudios en aras de optimizar las operaciones de fortalecimiento patrimonial y financiamiento a empresas. A su vez, lejos de lo sostenido por algunos intervinientes, tal expresión no habilita trato arbitrario o discriminatorio alguno en la ejecución de tales operaciones, ni excluye empresas o actores económicos de los beneficios de las mismas.

281. En tales términos, la Corte concluye que la expresión “interés nacional” no es incompatible con el principio de igualdad, previsto por el artículo 13 de la Constitución Política.

9. Conclusión del examen material del Decreto Legislativo sub examine

282. La Corte concluye que los artículos 1 a 17 del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen los requisitos materiales exigidos por la Constitución Política, la LEEE y la jurisprudencia constitucional.

283. Por último, la Corte advierte que el artículo 18 del Decreto Legislativo sub judice es constitucional, por cuanto su único objeto es precisar el término a partir del cual entra en vigencia el Decreto Legislativo 444 de 2020, a saber, el 21 de marzo de 2020, día en que fue publicado en el Diario Oficial. En estos términos, la Sala declarará la exequibilidad del artículo 18.

. DECISIÓN

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:

Declarar EXEQUIBLE el Decreto Legislativo 444 de 2020, “Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

Notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

Salvamento de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-194/20

Expediente: RE-238

Decreto Legislativo 444 de 2020, «[p]or el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME) y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica».

Magistrado sustanciador:

CARLOS BERNAL PULIDO

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala Plena, salvo mi voto en el asunto de la referencia por las razones que expongo a continuación.

1. Estoy en desacuerdo con la declaratoria de exequibilidad de los artículos y numerales que regulan el préstamo de recursos del FONPET y del FAE al FOME. En el primer caso, el inciso 5 del artículo 48 de la Constitución establece una clara limitación. Esta norma superior dispone que «[n]o se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ellas». Es evidente que la medida vulnera esta disposición y que por ello no satisface el juicio de contradicción específica. Por esto, debe ser declarada inexecutable. Lo mismo ocurre con los recursos del FAE. A pesar de que el inciso 11 del

artículo 361 preceptúa que los recursos de este fondo serán usados en los períodos de desahorro del Sistema General de Regalías, el Decreto Legislativo 444 de 2020 dispone el préstamo de estos recursos para enfrentar el faltante de liquidez del Gobierno nacional para atender la emergencia.

Para superar la clara violación de la Constitución, la Sentencia C-194 de 2020 afirma que se trata de un préstamo, y que por ello el Decreto no modifica ni desconoce la destinación específica de los recursos del FONPET ni del FAE. Esto es una conclusión equivocada desde la perspectiva constitucional, constituye una falacia argumentativa y desconoce la naturaleza del contrato de mutuo.

1.1 En cuanto a los recursos para las pensiones, se debe decir que la Carta proscribe cualquier utilización de los mismos, diferente a la seguridad social. En este sentido, no puede entenderse que es una prohibición en un estado final. Es decir, que el Estado puede usar esos recursos con otros propósitos —como para realizar «operaciones crediticias temporales», como lo sostiene la Sentencia—, siempre y cuando al final se empleen en la seguridad social. Claramente, la norma constitucional tiene el objetivo de proteger estos recursos de cualquier riesgo y por ello constituye una prohibición ineludible.

En el presente caso, el riesgo de las operaciones comerciales y financieras pone en peligro el pago de las pensiones. En efecto, no debe olvidarse que los artículos 12 y 13 del Decreto Legislativo 444 de 2020 omiten referirse a la tasa de remuneración de los préstamos. Además, conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4, con los recursos del FOME «se podrán efectuar operaciones aun cuando al momento de su) realización se esperen resultados financieros adversos, o que tengan rendimientos iguales a cero o negativos» (negrilla fuera del texto original).

Sobre el alcance de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 48 de la superior, es decir, sobre la destinación específica de los recursos de la seguridad social, la jurisprudencia ha indicado que la prohibición allí contenida se caracteriza por ser «una norma fundamental de indudable carácter imperativo y absoluto respecto del cual no se contemplan excepciones». Igualmente, ha precisado que «el mandato de que los recursos de la seguridad social sean de destinación específica no puede ser desconocido por el Legislador en ningún caso, ni aun en aras de la reactivación económica». Así mismo, ha indicado que en concordancia con el

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los recursos de la seguridad social son contribuciones parafiscales y, por tanto, solo pueden ser usados en beneficios del propio sector, así como sus rendimientos y excedentes financieros (negrilla fuera del texto original).

1.2 Las razones expuestas en la Sentencia para sustentar la exequibilidad del préstamo de recursos del FAE y el FONPET al FOME, además, constituyen una falacia argumentativa porque no tienen en cuenta el cambio de destinación implícito en el cambio de activos. La verdad es que los recursos monetarios del FAE y del FONPET fueron destinados por el Decreto a financiar el faltante de liquidez del Gobierno nacional para enfrentar la emergencia, y por ello se destinaron a un objetivo distinto al previsto por la Constitución, cual es según la misma Sentencia el siguiente: «En el caso del FAE, el artículo 361 ibídem prevé que “los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales, al ahorro para su pasivo pensional; (...) [y] para la generación de ahorro público”, entre otras. En particular, los recursos de este fondo tienen por objeto “cubrir” los eventos de “desahorro” y de “reducción drástica de recursos” previstos por los artículos 48 y 55 de la Ley 1530 de 2012. En el caso del FONPET, el artículo 48.5 ibídem prescribe que “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ellas”».

Si bien los recursos monetarios destinados al fin inconstitucional ahora han sido sustituidos por «pagarés suscritos por la Nación», el negocio subyacente, esto es, el préstamo de los recursos de los fondos, implica claramente una destinación contraria a la Constitución. La Sentencia afirma que dado que los activos monetarios han sido sustituidos por pagarés, de ahí se debe concluir que no ha mediado un cambio en la destinación constitucional de dichos recursos monetarios, lo cual es una falacia de aquellas que la Lógica llama «Falacia de conclusión inatinerante» o Falacia Ignoratio elenchi. Esta falacia consiste en presentar un argumento válido —los recursos han sido sustituidos por pagarés—, pero que prueba algo diferente a la afirmación que se pretendía demostrar —no hay cambio de la destinación constitucional de los recursos—.

1.3 En el razonamiento adoptado por la Sentencia se observa, por otra parte, un desconocimiento de la naturaleza de los actos jurídicos, el mutuo en este caso, los cuales son incomprensibles si se prescinde de su causa y su objeto. En este caso, en efecto, existe un acto jurídico (un contrato de mutuo) pero ese acto jurídico no se entiende si no se pregunta

¿qué se prestó? —fondos del FONPET y el FAE— y ¿para qué se realizó dicha operación? —para fines distintos a los que expresamente estaban señalados por la Constitución—. Que el fin y el objeto del acto jurídico deban ser tenidos en cuenta para dictaminar su licitud, además de ser uno de los principios rectores del derecho privado desde los romanos, es algo que se hace patente con un ejercicio de extrapolación de los argumentos presentados a escenarios claramente inaceptables. Basta pensar, por ejemplo, que si el préstamo de los recursos no fuese para los fines contemplados en el decreto —hacer frente a la emergencia—, sino para otros claramente excluidos, como por ejemplo, la financiación de una fiesta popular, la consideración del acto jurídico con prescindencia del objeto y el fin, aunada a la aceptación de la suficiencia de una sustitución de los activos, obligaría, también en este supuesto, a aceptar la licitud del acto jurídico. En efecto, en este caso, también cabría decir que lo que ha operado es una sustitución de activos y que lo que antes eran fondos ahora son acreencias.

Por otro lado, cuando la Sentencia examina el juicio de conexidad externa de la regulación de la destinación de los recursos del FOME, que provienen en gran medida del FAE y del FONPET, implícitamente admite el cambio de destinación de dichos recursos, al señalar que existe conexidad entre su destinación y las causas de la perturbación que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia. Ciertamente, al respecto la Sentencia indica: «La Corte considera que las medidas contenidas por los artículos 4 (inciso y seis numerales), 5, 8, 9, 15 y 16, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de conexidad. En efecto, la regulación de la destinación de los recursos del FOME guarda relación con las causas de la perturbación que dio lugar a la declaratoria del Estado de emergencia declarado mediante el Decreto 417 de 2020».

Por todo lo anterior, considero que los artículos y numerales que regulan el préstamo de recursos del FONPET y del FAE al FOME no cumplen las exigencias del juicio de contradicción específica y debieron ser declarados inconstitucionales.

2. La Sentencia interpreta acertadamente, en cuanto al FONPET como fuente de financiación, que los recursos para el FOME provendrán de (i) los recursos de las vigencias fiscales de 2019 y 2020, que gira la Nación por concepto del impuesto de timbre, privatizaciones y capitalizaciones (artículo 12); (ii) los recursos de las vigencias 2020, 2021 y 2022, que provienen de la Nación (artículo 13); y (iii) todos los recursos del FONPET, a título de

«mecanismo residual de financiación» (artículo 14).

2.1 Aunque las dos primeras fuentes de financiación son recursos que provienen de la Nación, sobre estas surge un problema adicional: los artículos 12 y 13 del Decreto Legislativo 444 de 2020 no dicen nada sobre la tasa de remuneración del préstamo. Esto difiere, sin ningún tipo de justificación, de lo que el decreto dispone en relación con la tasa de remuneración del mecanismo residual de financiación (artículo 14: «[L]os préstamos que otorgue el FONPET [...] serán remunerados a tasas de interés de mercado»).

Tal omisión debió ser interpretada por la Corte en algún sentido. Considerar que la tasa de remuneración será del 0% —como en el caso del préstamo de los recursos del FAE al FOME—, implica desconocer el fenómeno de pérdida de poder adquisitivo de la moneda como resultado de la inflación. Esta situación, sin duda, pone en riesgo el pago del pasivo pensional y, por tanto, el derecho a la pensión de los beneficiarios.

Sobre este asunto, la Sentencia determina que «De ninguno de los contenidos de la Constitución se deriva una obligación en virtud de la cual el Estado deba fijar tasas de interés remuneratorias en todas sus operaciones de crédito público». También señala que «El deber del Legislador de prever medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo solo comprende aquellos recursos que efectivamente han sido afectados para el pago de un pasivo pensional específico», lo que ocurre «cuando los aportes son distribuidos en las cuentas individuales de las entidades territoriales». En suma, la Sentencia considera que mientras los recursos no ingresen a dichas cuentas, «no constituyen “recursos destinados a pensiones” respecto de los cuales el Legislador deba prever mecanismos para que mantengan su poder adquisitivo».

Estas afirmaciones son equivocadas a la luz de la Carta. Olvidan que la Constitución debe ser interpretada de manera sistemática y que en virtud de lo prescrito en el inciso 6 del artículo 48 de la Constitución, el Legislador ordinario y extraordinario debe garantizar que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. La distribución de los recursos en las cuentas individuales de las entidades territoriales solo es un trámite administrativo. Este no implica que antes de esa distribución, dichos recursos no sean «recursos destinados a pensiones». Esta solo materializa la finalidad del FONPET y, por lo tanto, es obvio que no cambia la naturaleza de los mismos.

Los apartes transcritos de la Sentencia, citados anteriormente, también constituyen una falacia de conclusión inatinerante. En efecto, del hecho de que los recursos monetarios objeto del contrato de mutuo no hayan «ingresado a dichas cuentas individuales (de cada uno de los entes territoriales), y otros ni siquiera han sido transferidos al FONPET, en tanto son vigencias futuras de los aportes que debe efectuar la Nación a este fondo», no se sigue que los mismos no estén destinados a pensiones, y que durante el término del contrato de mutuo no deban mantener su valor constante. Ciertamente, la realidad del negocio jurídico subyacente es la siguiente: el Gobierno nacional debe girar unos recursos primero al FONPET, los cuales luego se distribuirán entre las cuentas de cada entidad territorial. En lugar de cumplir con este deber legal, el Gobierno toma para sí dichos recursos, con destino a financiar los gastos que genera la emergencia y por lo tanto cambia el destino constitucional, aunque sea mediato, de los recursos destinados a pensiones. Estos recursos, durante el término del contrato de mutuo (10 años) no devengarán intereses o podrán devengar unos que no compensen la pérdida del valor adquisitivo de la moneda (la norma del decreto no los indica) y por lo tanto cuando los pagarés sean pagados, las sumas no necesariamente serán devueltas en valor constante. La falacia en este caso consiste en afirmar algo verdadero, es decir que los recursos objeto del mutuo aún no han sido girados al FONPET ni distribuidos a las cuentas de las entidades territoriales, para sacar de allí la falsa conclusión según la cual esta circunstancia hace que no se les esté dando un destino distinto al constitucional, ni que el negocio no implique que las sumas tomadas en préstamo no mantendrán su valor constante, a pesar de que su destino inicial era el pago de pensiones.

El argumento de la Sentencia, además, no tiene en cuenta que el Gobierno nacional también puede tomar en mutuo los recursos del FONPET, «siempre que no se comprometa el pago de las obligaciones a cargo de dicho Fondo en cada una de las vigencias correspondientes». Por lo tanto, tampoco es cierto que se trate de recursos que no han ingresado al FONPET.

Ahora bien, más allá de esta discusión teórica, de todo lo anterior surgen inmediatamente estas preguntas: ¿Cómo se logrará mantener el valor constante de los recursos prestados, si la tasa de remuneración de la operación es cero? ¿En qué términos puede aceptarse que la falta de remuneración de los préstamos no afectará directamente el valor de las pensiones y su poder adquisitivo? Infortunadamente, la Sentencia no responde ninguna de estas dos preguntas.

2.2 En cuanto a la tercera fuente de financiación («mecanismo residual de financiación»), considero que la Sentencia debió declarar su inconstitucionalidad, pues vulnera la autonomía de las entidades territoriales.

En efecto, el FONPET no solo se nutre de los recursos que provienen de la Nación. A él también contribuyen los entes territoriales con sus recursos propios. Estos son: (i) el 15% de la enajenación de activos de las entidades territoriales al sector privado; (ii) el 20% del impuesto al registro; y (iii) el 10% de los ingresos corrientes de libre destinación de los departamentos. Desde esta perspectiva, es claro que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no puede girarle estos recursos al FOME, sin desconocer la autonomía de las entidades territoriales (artículo 287, numeral 3, de la Constitución). Si bien el FONPET es administrado por esa cartera, esto no significa que se pueda pasar por alto el hecho de que se trata de recursos propios de los entes territoriales.

3. La Sentencia debió analizar con más detenimiento si el párrafo del artículo 4 y el inciso 3 del artículo 15 del Decreto Legislativo 444 de 2020 cumplían el requisito de proporcionalidad. Ambas normas establecen que con los recursos del FOME «se podrán efectuar operaciones aun cuando al momento de su realización se esperen resultados financieros adversos, o que tengan rendimientos iguales a cero o negativos».

Estas normas son constitucionalmente problemáticas porque se trata de recursos públicos y, en el caso del FONPET, de recursos para el pago del pasivo pensional. Una situación es el que FOME no tenga por objeto la generación de utilidades, y otra muy distinta es que los rendimientos sean negativos. Cabría preguntarse si los recursos de las pensiones y de los ahorros del Sistema General de Regalías pueden ser empleados en operaciones comerciales y financieras que produzcan rendimientos negativos y si no era preciso introducir algún tipo de limitación a esta facultad. Opino que sí. Era indispensable condicionar la exequibilidad de la norma al deber de diligencia y precaución de la Administración para invertir los recursos, de acuerdo con la información disponible al momento de la operación. En este punto, se debe insistir en que no se trata de cualquier tipo de recursos, sino de dineros públicos que en principio estaban destinados al pago de pensiones y para el ahorro de las regalías.

Lo mismo ocurre con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 11 de la norma de excepción. Este inciso dispone que los préstamos que otorgue el FAE al FOME serán remunerados a una

tasa de interés del 0%.

El FAE es un fondo para ahorrar los recursos de las regalías cuando estos disminuyan en determinados eventos. La tasa remuneratoria del 0% desconoce el fenómeno de pérdida de poder adquisitivo de la moneda como resultado de la inflación. Esta situación podría poner en riesgo ese ahorro. En este sentido, para declarar su exequibilidad, la Sentencia debió demostrar, al menos sumariamente, que los beneficios de la medida superan ese riesgo cierto.

La superficialidad con la cual la Sentencia adelanta el juicio de proporcionalidad, nuevamente, implica que estas dos preguntas queden sin responder: ¿Cómo se logrará mantener el valor constante de los recursos prestados, si la tasa de remuneración de la operación es cero? ¿En qué términos puede aceptarse que la falta de remuneración de los préstamos no afectará directamente el valor de los recursos ahorrados en el FAE?

En estos términos dejo expresadas las razones de mi aclaración de voto a la Sentencia C-194 de 2020.

Fecha ut supra

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada