

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE DICTA MEDIDAS DE INVERSION OBLIGATORIA TEMPORAL EN TITULOS DE DEUDA PUBLICA-Exequibilidad

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

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Contenido

CALAMIDAD PUBLICA-Definición

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

El artículo 215 de la Constitución establece que la declaratoria del Estado de Emergencia sólo puede llevarse a cabo “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 los decretos legislativos en el marco del Estado de Emergencia tendrán fuerza de ley y deberán ser (i) motivados; (ii) firmados por el presidente y todos los ministros; (iii) destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Igualmente (iv) deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia y (v) podrán, de forma transitoria, establecer 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

En relación con las competencias del Congreso en el marco de los estados de emergencia, el propio artículo 215 de la Constitución establece que (i) examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas; (ii) podrá derogar, modificar o adicionar, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, los decretos legislativos que regulen materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, o en cualquier tiempo los decretos relacionados con materias de iniciativa de sus miembros; y, (iii) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el Gobierno Nacional.

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

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio formal

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

El juicio de finalidad se encuentra previsto en 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 o a impedir la extensión o agravación de sus efectos.

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

El juicio de conexidad material, previsto en los artículos 215 de la Constitución y 47 de la LEEE, pretende determinar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte Constitucional ha señalado que 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

El juicio de motivación suficiente ha sido considerado como un juicio que complementa la verificación formal por cuanto busca dilucidar si, además de la fundamentación del decreto de emergencia, el Gobierno presenta razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas. Dicha motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas, siendo particularmente relevante para aquellas que limitan derechos constitucionales, por cuanto el artículo 8 de la LEEE establece 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

El juicio de ausencia de arbitrariedad tiene por objeto comprobar que en el decreto legislativo no se establecen 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. La Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no afecten el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales; que (ii) no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, en particular, (iii) que 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

El juicio de intangibilidad parte del reconocimiento del carácter “intocable” de algunos derechos que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93 y 214 de la Constitución, y 5 de la LEEE, no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción.

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

El juicio de no contradicción específica tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contraríen de manera específica la Constitución ni los tratados internacionales; y (ii) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia, esto es, el grupo de medidas descritas, entre otros, en

los artículos 47 y 50 de la LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

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

El juicio de incompatibilidad, según el artículo 12 de la LEEE, exige 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

El juicio de necesidad, previsto en el artículo 11 de la LEEE, implica que las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte ha señalado que este análisis debe ocuparse (i) de 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) de la necesidad jurídica o subsidiariedad que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales 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

El juicio de proporcionalidad, que se desprende del artículo 13 de la LEEE, exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción constituyan respuestas equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Igualmente, la Corte ha precisado que el examen de proporcionalidad exige que las restricciones a derechos y garantías constitucionales se impongan en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad. Advierte la Corte que este examen particular no excluye, naturalmente, la aplicación del examen de proporcionalidad cuando ello se requiera, por ejemplo, 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

El juicio de no discriminación, el cual tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE, exige verificar que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no entrañen 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 o injustificados.

INVERSION TEMPORAL Y OBLIGATORIA EN TITULOS DE SOLIDARIDAD-Naturaleza

AUTORIZACION DE ENDEUDAMIENTO-Limitada a la capacidad de pago

INVERSION TEMPORAL Y OBLIGATORIA EN TITULOS DE SOLIDARIDAD-Objeto

(...) la inversión obligatoria y temporal en TDS la Nación busca conseguir liquidez para financiar al FOME y de esta manera impedir la extensión o agravación de la emergencia. Asimismo, los recursos a invertir obligatoriamente en TDS se calculan con base en exigibilidades sujetas o no encaje, siendo estas los productos mediante los cuales los establecimientos de crédito captan recursos del público.

Referencia: Expediente RE-288

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

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

La Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial la prevista en el numeral 7 del artículo 241 de la Constitución, y cumplidos los trámites y requisitos establecidos en el Decreto Legislativo 2067 de 1991, decide definitivamente sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 562 del 15 de abril de 2020 (en adelante, el “Decreto”) expedido por el Presidente de la República en desarrollo del Estado de Emergencia, declarado mediante Decreto Legislativo 417 de 2020 con fundamento en el

artículo 215 de la Constitución, cuyo texto es el siguiente:

I. DECRETO LEGISLATIVO OBJETO DE REVISIÓN

“DECRETO 562 DE 2020

(Abril 15)

Por el cual se adoptan medidas para crear una inversión obligatoria temporal en títulos de deuda pública, en el marco 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 los términos del artículo 215 de la Constitución Política, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los

previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución -Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

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

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

Que la Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo de 2020 que el brote del Coronavirus COVID-19 es una pandemia, esencialmente por la velocidad en su propagación, por lo que instó a los Estados a tomar acciones urgentes y decididas para la identificación, confirmación, aislamiento, monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas, todo lo cual debe redundar en la mitigación del contagio.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, «Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus», en la que se establecieron disposiciones destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado al Coronavirus COVID-19.

Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política, el presidente de la República declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de dicho Decreto.

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 de la República, con la firma de todos los ministros, adoptar las medidas necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, y contribuir a enfrentar las consecuencias adversas generadas por la pandemia del Coronavirus COVID-19, con graves afectaciones al orden económico y social.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 9 de marzo de 2020 0 muertes y 3 casos confirmados en Colombia.

Que al 17 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social había reportado que en el país se presentaban 75 casos de personas infectadas con el Coronavirus COVID-19 y 0 fallecidos, cifra que ha venido creciendo a nivel país de la siguiente manera: 102 personas contagiadas al 18 de marzo de 2020; 108 personas contagiadas al día 19 de marzo de 2020; 145 personas contagiadas al día 20 de marzo, 196 personas contagiadas al día 21 de marzo, 235 personas contagiadas al 22 de marzo, 306 personas contagiadas al 23 de marzo de 2020; 378 personas contagiadas al día 24 de marzo; 470 personas contagiadas al día 25 de marzo, 491 personas contagiadas al día 26 de marzo, 539 personas contagiadas al día 27 de marzo, 608 personas contagiadas al 28 de marzo, 702 personas contagiadas al 29 de marzo; 798 personas contagiadas al día 30 de marzo; 906 personas contagiadas al día 31 de marzo, 1.065 personas contagiadas al día 1 de abril, 1.161 personas contagiadas al día 2 de abril, 1.267 personas contagiadas al día 3 de abril, 1.406 personas contagiadas al día 4 de abril,

1.485 personas contagiadas al día 5 de abril, 1.579 personas contagiadas al día 6 de abril, 1.780 personas contagiadas al 7 de abril, 2.054 personas contagiadas al 8 de abril, 2.223 personas contagiadas al 9 de abril, 2.473 personas contagiadas al día 10 de abril, 2.709 personas contagiadas al 11 de abril, 2.776 personas contagiadas al 12 de abril, 2.852 personas contagiadas al 13 de abril, 2.979 personas contagiadas al 14 de abril y ciento veintisiete (127) fallecidos a esa fecha.

Que pese a las medidas adoptadas, el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 14 de abril de 2020 127 muertes y 2.979 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (1.242), Cundinamarca (119), Antioquia (289), Valle del Cauca (514), Bolívar (145), Atlántico (94), Magdalena (66), Cesar (32), Norte de Santander (50), Santander (30), Cauca (20), Caldas (36), Risaralda (69), Quindío (49), Huila (55), Tolima (26), Meta (39), Casanare (9), San Andrés y Providencia (5), Nariño (41), Boyacá (31), Córdoba (15), Sucre (1) y La Guajira (1), Chocó (1).

Que según la Organización Mundial de la Salud - OMS, se ha reportado la siguiente información: (i) en reporte número 57 de fecha 17 de marzo de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 179.111 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 7.426 fallecidos, (ii) en reporte número 62 de fecha 21 de marzo de 2020 a las 23:59 p.m. CET señaló que se encuentran confirmados 292.142 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 12.783 fallecidos, (iii) en reporte número 63 de fecha 23 de marzo de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 332.930 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 14.509 fallecidos, (iv) en el reporte número 79 de fecha 8 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET se encuentran confirmados 1.353.361 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 79.235 fallecidos, (v) en el reporte número 80 del 9 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.436.198 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 85.521 fallecidos, (vi) en el reporte número 81 del 10 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. señaló que se encuentran confirmados 1.521.252 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 92.798 fallecidos, (vii) en el reporte número 82 del 11 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.610.909 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 99.690

muertes, (viii) en el reporte número 83 del 12 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.696.588 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 105.952 fallecidos, (ix) en el reporte número 84 del 13 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.773.084 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 111.652 fallecidos, (x) en el reporte número 85 del 14 de abril de 2020 a las 10:00 a m. C señaló que se encuentran confirmados 1.844.863 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 117.021 fallecidos.

Que según la Organización Mundial de la Salud OMS, en reporte de fecha 13 de abril de 2020 a las 19:00 GMT-5, hora del Meridiano de Greenwich-, se encuentran confirmados 1.848.439 casos, 117.217 fallecidos y 213 países, áreas o territorios con casos del nuevo coronavirus COVID-19.

Que la Organización Internacional del Trabajo, en el comunicado de fecha de 18 de marzo de 2020 sobre el «El COVID- 19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas», afirma que «[...] El Covid-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral [...].»

Que la Organización Internacional del Trabajo, en el referido comunicado, estima «[...] un aumento sustancial del desempleo y del subempleo como consecuencia del brote del virus. A tenor de varios casos hipotéticos sobre los efectos del Covid- 19 en el aumento del PIB a escala mundial [...], en varias estimaciones preliminares de la OIT se señala un aumento del desempleo mundial que oscila entre 5,3 millones (caso “más favorable”) y 24,7 millones de personas (caso “más desfavorable”), con respecto a un valor de referencia de 188 millones

de desempleados en 2019. Con arreglo al caso hipotético de incidencia “media”, podría registrarse un aumento de 13 millones de desempleados (7,4 millones en los países de ingresos elevados). Si bien esas estimaciones poseen un alto grado de incertidumbre, en todos los casos se pone de relieve un aumento sustancial del desempleo a escala mundial. A título comparativo, la crisis financiera mundial que se produjo en 2008-9 hizo aumentar el desempleo en 22 millones de personas.»

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

Que de conformidad con la declaración conjunta del 27 de marzo de 2020 del presidente del Comité Monetario y Financiero Internacional y la directora gerente del Fondo Monetario Internacional, «Estamos en una situación sin precedentes en la que una pandemia mundial se ha convertido en una crisis económica y financiera. Dada la interrupción repentina de la actividad económica, el producto mundial se contraerá en 2020. Los países miembros ya han tomado medidas extraordinarias para salvar vidas y salvaguardar la actividad económica. Pero es necesario hacer más. Se debe dar prioridad al apoyo fiscal focalizado para los hogares y las empresas vulnerables a fin de acelerar y afianzar la recuperación en 2021.»

Que el Decreto 417 del 17 de marzo 2020 señaló en su artículo 3 que el Gobierno nacional adoptará mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en su parte considerativa, todas aquellas «adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo.»

Que la adopción de medidas de rango legislativo autorizada por el Estado de Emergencia, busca fortalecer las acciones dirigidas a conjurar los efectos de la crisis, mediante la protección a la salud de los habitantes del territorio colombiano, así como la mitigación y prevención del impacto negativo en la economía del país.

Que la pandemia derivada del Coronavirus Covid-19 ha generado condiciones adversas tanto económicas como sociales, no sólo por las mayores necesidades de recursos en el sector salud, sino por las decisiones de confinamiento que se han tomado para proteger la propagación del virus en el país.

Que las decisiones de aislamiento preventivo, junto con otras medidas relacionadas con la reducción de la movilidad, la aglomeración y la congregación en los sitios públicos, generan una afectación de las distintas actividades económicas, el empleo, la industria y el comercio. En particular para el sector empresarial, que no puede seguir operando en condiciones normales y encuentra dificultades para mantener su actividad económica y, por lo tanto, para cumplir con sus obligaciones con sus trabajadores, proveedores y demás acreedores. Así mismo, se ha generado una afectación para las personas naturales, incluyendo trabajadores independientes y empleados que podrían ser objeto de despidos o terminación de sus contratos, lo cual, a su turno, puede traer para ellos la falta de capacidad para cubrir los gastos necesarios para su normal sostenimiento, incluyendo gastos de salud, educación y servicios públicos.

Que como resultado de los hechos que dieron lugar a la declaratoria de Emergencia Económica Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, se requiere 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 a fortalecer el sistema de salud para

garantizar las condiciones necesarias de atención y prevención en el marco de la rápida propagación del Coronavirus COVID-19, así como a contrarrestar la afectación de la estabilidad económica y social que ello conlleva .

Que con el objetivo de mitigar el deterioro de las condiciones económicas y las consecuencias adversas generadas por la pandemia derivada del Coronavirus COVID- 19, se hace necesario ampliar los mecanismos de liquidez con los que cuenta el Gobierno nacional.

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 los mercados de capitales, es necesario adoptar una estrategia a nivel del Gobierno nacional para atender estas circunstancias.

Que, en todo caso, los recursos adicionales se destinarán a enfrentar las mayores necesidades sociales y económicas ocasionadas por la emergencia decretada, garantizando además que los mismos se obtengan de forma que no se afecte el balance del Gobierno nacional.

Que dentro de las motivaciones para expedir el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 se consideró la «necesidad de [contar con] recursos líquidos para atender las crecientes necesidades generadas con la emergencia sanitaria [...]» y se dispuso la «creación del Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME con las subcuentas necesarias 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 dada la necesidad de recursos líquidos para atender las crecientes necesidades generadas por la actual crisis, se deben adoptar medidas extraordinarias que permitan a la Nación emitir títulos o respaldar su emisión con destino a operaciones de liquidez con el Banco de República.

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 Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, atendiendo al deber constitucional de contribuir con el financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, y reconociendo la función social de la propiedad, se hace necesario crear una inversión obligatoria en títulos de deuda pública, cuyos recursos estén destinados a conjurar las consecuencias económicas y sociales de los hechos que dieron lugar a la expedición del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020.

Que el artículo 95 de la Constitución Política establece a cargo de todas las personas el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, lo cual debe apuntar fundamentalmente hacia la consistencia y mejoramiento de las finanzas públicas, y, por tanto, hacia el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, buscando el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, en la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, y en la preservación de un ambiente sano.

Que la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, requiere en el corto plazo un monto significativo de recursos necesarios para mitigar el impacto de dicha pandemia sobre la población colombiana, por lo cual se considera necesario acudir al principio de la solidaridad por parte de los menos afectados por la pandemia, con el fin de potenciar las medidas de alivio llevadas a cabo por el Gobierno nacional y maximizar el número de beneficiarios de dichas medidas, focalizadas hacia la población más vulnerable.

Que los establecimientos de crédito cuentan con unos requisitos de disponibilidad de liquidez para su operación que atienden a la salvaguarda de la estabilidad del sector financiero y protección de los recursos de los ahorradores. La determinación de una obligación con base en la disponibilidad de liquidez de cada establecimiento de crédito responde a las condiciones de cada entidad, y por tanto a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Adicionalmente, la inversión obligatoria requerida en unos nuevos títulos de deuda pública tiene asociada una rentabilidad a tasa de mercado, y por tanto, se evita poner en situación de riesgo a los establecimientos de crédito y a los ahorradores, dado que la inversión obligatoria requerida no representa un costo incurrido que no pueda ser recuperado en el tiempo.

Que la inversión obligatoria en títulos de deuda pública de que trata el presente Decreto Legislativo no constituye un tributo, sino una limitación a la propiedad que será remunerada a tasas de mercado. En este sentido, es importante resaltar que (i) desde el punto de vista de su identidad fiscal, la inversión obligatoria hace parte de los recursos de crédito, mientras que los tributos son recursos propiamente fiscales, producto del poder impositivo del Estado; (ii) desde el punto de vista de su integración al presupuesto público, mientras que la inversión hace parte de los recursos públicos con destinación específica, las contribuciones parafiscales, no hacen parte del presupuesto; (iii) desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, mientras la inversión obligatoria entraña la expedición de un título valor, el tributo no; (iv) desde el punto de vista de su tratamiento contable y fiscal, mientras la inversión obligatoria se refleja en el activo y en el patrimonio del sujeto que la adquiere, el tributo, ya sea impuesto, tasa o contribución especial, disminuye el activo del adquirente sin compensación patrimonial directamente asociable a la erogación.

Que el artículo 333 de la Constitución Política consagra el derecho de todas las personas de ejercer libremente la actividad económica que tengan a bien asumir, siempre dentro de los límites del bien común.

Que las normas de rango legal pueden delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Jurídicamente, la libertad económica está garantizada por la Constitución siempre que exista armonía con el interés y bien común. En la coyuntura de la Emergencia Económica, Social y Ecológica generada por la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, la salud de todos los colombianos se erige como fundamento para una limitación que permite materializar el fin social de la propiedad y la protección.

Que la inversión obligatoria en títulos de deuda pública ha sido considerada por la Corte Constitucional como un método legal para salvaguardar derechos fundamentales y constitucionalmente protegidos en diversas sentencias (ver, entre otras, Sentencias C-495 de 1996, C-1140 de 2000, C-1411 de 2000, C-870 de 2003 y C-220 de 2011), reconociendo la función social de la propiedad y que tanto el ejercicio de la actividad económica como la libertad de empresa tienen límites en el estado social de derecho y, especialmente, en las emergencias económicas, sociales y ecológicas.

Que de conformidad con lo anterior, por medio del presente Decreto Legislativo se crea una norma con el fin de procurar para el Gobierno nacional recursos de liquidez de manera temporal, con el fin de hacer frente a las causas que motivaron la Declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2014 y mitigar sus efectos.

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA

ARTÍCULO 1. Inversión obligatoria en títulos de deuda pública. Créase una inversión obligatoria temporal en Títulos de Deuda Pública Interna denominados Títulos de Solidaridad - TDS, cuyos recursos serán destinados a conjurar las consecuencias económicas y sociales de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020.

Esta operación no afecta el cupo ni las autorizaciones conferidas por el artículo primero de la Ley 1771 de 2015 y las normas que regulan la materia, y su emisión solo requerirá del Decreto que fije su monto, plazo y condiciones para su suscripción.

En todo caso, la suscripción de esta inversión obligatoria por parte de los sujetos obligados deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días siguientes a la expedición del presente Decreto Legislativo.

ARTÍCULO 2. Títulos de Solidaridad objeto de la inversión obligatoria. Los Títulos de Solidaridad - TDS serán títulos de deuda pública interna a la orden, libremente negociables; tendrán un plazo de un (1) año contado a partir de la fecha de su emisión, prorrogable parcial o totalmente, de forma automática, por periodos iguales, a solicitud del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, hasta el año 2029, y devengarán un rendimiento que refleje las condiciones del mercado de títulos de deuda pública interna de corto plazo.

El valor total del capital será pagado en la fecha de vencimiento del plazo del título, siempre y cuando no haya sido renovado. Los intereses se reconocerán anualmente. El monto y demás condiciones de emisión y colocación de los títulos serán establecidos por el Gobierno nacional.

PARÁGRAFO. Los Títulos de Solidaridad – TDS serán instrumentos desmaterializados administrados por el Banco de la República mediante contrato de administración fiduciaria, en el cual se prevea su agencia, custodia, servicio de deuda y demás servicios correspondientes a su administración.

ARTÍCULO 3. Sujetos obligados a invertir. Están obligados a suscribir Títulos de Solidaridad – TDS en el mercado primario los establecimientos de crédito, en los siguientes porcentajes:

1. Hasta tres por ciento (3%) del total de los depósitos a la vista sujetos a encaje de los sujetos obligados, deducido previamente el encaje, con base en los estados financieros reportados con corte a 31 de marzo de 2020.

2. Hasta uno por ciento (1%) del total de los depósitos y exigibilidades a plazo sujetos a encaje de los sujetos obligados, deducido previamente el encaje, con base en los estados financieros reportados con corte a 31 de marzo de 2020, incluidas aquellas exigibilidades con un porcentaje de encaje del cero por ciento (0%).

Se exceptúa de la inversión obligatoria prevista en este Decreto Legislativo a las Instituciones Oficiales Especiales -IOE.

PARÁGRAFO. Las personas no obligadas a efectuar la inversión obligatoria de que trata el presente Decreto Legislativo podrán voluntariamente suscribir Títulos de Solidaridad – TDS. Para el efecto, el plazo para realizar su suscripción será reglamentado por el Gobierno nacional.

ARTÍCULO 4. Control de la Inversión. Los establecimientos de crédito demostrarán ante la Superintendencia Financiera de Colombia el cumplimiento de la inversión obligatoria en TDS a que se refiere este Decreto Legislativo, con base en los estados financieros que las entidades hayan reportado a esta superintendencia con corte a 31 de marzo de 2020.

ARTÍCULO 5. Uso de los recursos. Los recursos generados por la inversión obligatoria de que trata este Decreto Legislativo serán incorporados presupuestalmente como una fuente de recursos adicional del Fondo de Mitigación de Emergencia -FOME, creado por el Decreto Legislativo 444 del 21 de marzo de 2020.

ARTÍCULO 6. Vigencia. El presente Decreto Legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los 15 días del mes de abril de 2020

[Siguen las firmas del presidente de la República y de todos los ministros2]”

II. INTERVENCIONES

1. La Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitó declarar la exequibilidad del Decreto porque la disposición de nuevas fuentes de recursos líquidos es indispensable para “atender las crecientes necesidades generadas por la

actual crisis, que superan las adiciones presupuestales ya realizadas mediante los Decretos Legislativos 519 de 2020 y 522 de 2020”, por lo que “se hizo necesario crear una inversión obligatoria en títulos de deuda pública, a cargo de los establecimientos de crédito, cuyos recursos estén destinados a conjurar las consecuencias económicas y sociales de los hechos que dieron lugar a la expedición del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 (...) con los que se espera obtener recursos hasta por \$9.8 billones de pesos para atender las medidas que se financien a través del Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME, encaminadas a la conjuración de la crisis y la mitigación de sus efectos”. Lo anterior, por cuanto “Colombia se enfrenta a los efectos de la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19, no solo en materia de salud sino también frente a sus implicaciones económicas, las cuales se agravan por circunstancias externas como la baja en el precio del petróleo o el aumento del precio del dólar y la recesión mundial, en un momento en el que se requieren mayores inversiones tanto por el Gobierno nacional como por los gobiernos locales para fortalecer el Sistema de Salud, ofrecer ayudas sociales a la población más vulnerable y apoyar a las empresas como generadoras de empleo y motor del aparato productivo”.

1. El Banco de la República solicitó declarar la exequibilidad del Decreto al constatar una relación directa y específica de la materia regulada con el estado de emergencia. Sostuvo 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. Atender la emergencia sanitaria, al tiempo que intenta mitigar el impacto negativo en el consumo de los hogares que se deriva de la reducción en su ingreso disponible y la posible dificultad de acceso al crédito, así como brindar apoyo a las empresas y al sector productivo para garantizar su viabilidad financiera y que así puedan mantener el empleo y emprender nuevamente la actividad una vez las restricciones de movilidad se relajen, representa un esfuerzo fiscal significativo. Este esfuerzo es necesario para contribuir a que la economía retorne lo más pronto posible a los niveles de crecimiento observados”. Y dado que, en un ambiente de incertidumbre, es difícil y costoso obtener recursos a través de deuda financiera, resulta “más eficiente hacer uso de instrumentos de financiamiento alternativos, como es la emisión de títulos de deuda pública tales como los TDS y la creación de una inversión forzosa en los mismos, cuyos recursos se espera que fortalezcan el Fondo de Mitigación de Emergencias-FOME”.

1. La Contraloría General de la República solicitó declarar la exequibilidad del Decreto y explicó que este tiene una relación directa y específica con la materia regulada porque pretende “solventar recursos presupuestales en forma expedita y rápida para financiar los gastos que generaron la situación sanitaria que dio origen a declarar el estado de la emergencia económica, social y ecológica”, debido a que “la legislación vigente (normatividad orgánica presupuestal) no suministra los instrumentos jurídicos necesarios y suficientes para obtener de manera ágil los recursos presupuestales para atender la emergencia (...) los cuales no estaban previstos en el Presupuesto anual aprobado por la Ley 2008 de 2019, para la vigencia de 2020, en cuantía de \$271,7 billones”. Esto se justifica ante un escenario con mayor gasto público y menor ingreso tributario debido a la caída de la actividad económica, pues “[c]on la emisión de los Títulos de Solidaridad, ordenada a través del Decreto 562 de 2020, el Gobierno Nacional obtiene recursos prestados del sector financiero entre \$ 10 y \$ 11 billones para destinarlos al gasto que a su juicio se requiere para enfrentar la crisis ocasionada por el Covid 19”. Esta fuente de financiación se une a otras formas a las que ha acudido el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia declarada mediante el Decreto 417 de 2020, y contribuye de manera directa “a la solución de la crisis, en su primera fase, que consiste en asumir de manera inmediata los gastos e inversiones que se requieren para atender las necesidades en subsidios, salud, alimentación, albergue, etc., de la población que no cuenta con los recursos para su sostenimiento durante la cuarentena ordenada por el Gobierno Nacional”.

1. La Universidad Externado de Colombia solicitó declarar la exequibilidad del Decreto al encontrar cumplidos los requisitos formales y materiales exigidos para realizar el estudio normativo. Explicó que si bien restringe las libertades económicas establecidas en el artículo 333 de la Constitución al crear una inversión obligatoria para un sector de la economía, dichas libertades “no constituyen derechos fundamentales” por lo que pueden limitarse cuando sea “necesario 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 a fortalecer el sistema de salud”.

1. La Universidad de los Andes presentó una intervención general y común a todos los decretos emitidos en el marco de la emergencia declarada por el presidente de la República mediante el Decreto 417 de 2020, con el fin de advertir, entre otros, que “los alivios económicos diseñados como respuesta a la crisis siguen criterios que agravan posibles discriminaciones”. Varias razones justifican dicha afirmación: 1) “el primer problema para el control constitucional en este caso es que una de las principales causas de la crisis económica y social en la que estamos no es la enfermedad misma sino las medidas que se han adoptado para enfrentarla y estas medidas, que han sido dictadas por el mismo gobierno, no son susceptibles de valoración por la Corte Constitucional porque en estricto sentido no son medidas legislativas sino de policía”; 2) “las medidas de policía adoptadas por el Ministerio de Salud y la Presidencia de la República son de tal magnitud que difícilmente podrían considerarse medidas “ordinarias” de policía. En particular, el aislamiento social obligatorio ordenado en el decreto 457 de 2020 es de tales características que compromete muchos derechos fundamentales y el funcionamiento del Estado”; 3) la fragmentación del control constitucional y legal de la emergencia, y el consecuente estudio separado de “las medidas de alivio económico que se han introducido puede tener exactamente el efecto de aumentar la desigualdad y con ello vulnerar la prohibición de discriminación que está prevista en el artículo 14 de la ley 137 de 1994”; 4) “Los decretos con los alivios no determinan la suma que va a dedicarse al subsidio específico y por tanto no son transparentes en cuanto al impacto distributivo de la medida. Los decretos de adición presupuestal, por su parte, no tienen motivación. (...) La preocupación aquí no es el riesgo de corrupción sino de discriminación: mientras que los pobres históricos han estado históricamente recibiendo sumas que apenas permiten su subsistencia, ahora los “otros pobres” (quiénes son y por qué no reciben subsidios en ningún otro programa) van a recibir más”.

No obstante lo anterior, sostiene que las medidas específicas adoptadas mediante el Decreto 562 de 2020 son constitucionales porque cumplen con los requisitos formales y materiales

exigidos para el efecto.

1. Los seis Gobernadores del Pueblo Indígena Yukpa hicieron una intervención conjunta y general alegando la inconstitucionalidad de todas las medidas adoptadas con ocasión del decreto de emergencia por ser discriminatorias al ignorar su condición de nómadas y seminómadas. Explican que el Estado colombiano contrajo la obligación internacional de protegerles al suscribir el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, no obstante lo cual ha desconocido de manera sistemática sus derechos al territorio ancestral a través del despojo masivo de tierras al que han sido sometidos que, sumado a la llegada de la pandemia a su resguardo -con varios casos reportados- sin información ni atención adecuadas y pertinentes, les hace correr el riesgo de finalmente desaparecer como etnia. En consecuencia, exigen la adopción de medidas con enfoque étnico territorial “para aquellas regiones de alta conflictividad armada, abandono estatal, altos niveles de pobreza, marginalidad, difícil acceso, servicios de salud colapsados, discriminación y alta vulnerabilidad”, especialmente en la Serranía del Perijá en el departamento del Cesar.

1. El experto Salomón Kalmanovitz solicitó declarar la inconstitucionalidad del Decreto porque las herramientas y decisiones adoptadas han probado ser insuficientes y problemáticas desde el punto de vista de la equidad para alcanzar los fines buscados. En efecto, “[l]a crisis no se conjuró todavía y si bien las medidas tomadas por el gobierno aligeraron algunos de sus efectos más nocivos, están lejos de proveer fondos suficientes para mantener el empleo. En este sentido, el gobierno debió asumir subsidios a las nóminas, pero insistió en ofrecer créditos con garantía para que los bancos prestaran con menos reticencia, pero a tasas de interés altas, lo cual desincentivó que negocios que estaban cerrados se endeudaran sabiendo que sin producir nunca podrían pagar sus deudas. Gracias a la cuarentena los casos que requerían de hospitalización y cuidados intensivos no se alcanzaron, pero todavía los casos están aumentando considerablemente y en unas semanas es posible que tengamos insuficiencia en la atención que requieran los infectados”.

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

1. El Procurador General de la Nación solicitó declarar la exequibilidad del Decreto. Por un lado, explicó que en el “Decreto 417 de 2020, se hizo referencia, entre otras cosas, a la necesidad de adoptar medidas que, ante la grave afectación del orden económico y social del país, permitan disponer de “ingentes” recursos económicos para garantizar las condiciones necesarias de atención en salud, así como para absorber las pérdidas económicas y el impacto en la fuerza laboral afectada por la pandemia, por lo que se dispuso expresamente que se debía autorizar al Gobierno nacional para efectuar las operaciones presupuestales necesarias para concretar estas acciones (art. 3°)”. Y dado que el Decreto crea fuentes de liquidez a través de la colocación de títulos de deuda pública interna, la conexidad temática externa e interna es evidente e innegable.

Por otro lado, dichas fuentes “resultan necesarias para mitigar los efectos adversos de la pandemia en disponibilidad de recursos del Estado para atender las necesidades derivadas de la crisis”. En efecto, “en contextos de normalidad constitucional, el legislador es competente para realizar modificaciones y adiciones al Presupuesto General de la Nación (arts. 345, 346 y 347 C.P), puesto que, como se dijo, el FOME requiere la incorporación de recursos a través del presupuesto general de la Nación. Ahora bien, el Estatuto Orgánico del Presupuesto faculta al Gobierno para realizar créditos adicionales, destinados a atender los gastos ocasionados por los estados de excepción (art. 83). Sin embargo, para el Ministerio Público, la emisión de títulos de deuda pública con características específicas (naturaleza, plazos, entidades obligadas y destinación al FOME) requiere una regulación especial y sistemática en el marco de la Emergencia y sus propósitos” tal como la adoptada en el Decreto.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para decidir sobre la constitucionalidad del Decreto con fundamento en lo dispuesto en el párrafo del artículo 215 y en el artículo 241.7 de la Constitución, por tratarse de un decreto legislativo dictado por el Gobierno Nacional en desarrollo del Estado de Emergencia declarado mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020.

Metodología de la decisión

11. Corresponde a la Sala Plena de esta corporación determinar si las medidas adoptadas mediante el decreto legislativo objeto de control se encuentran ajustadas a la Constitución.

12. Para efectos de resolver el precitado problema se desarrollará la siguiente metodología: (i) se hará una breve caracterización general de los Estados de Emergencia, así como del fundamento y alcance del control judicial de los decretos expedidos en desarrollo de dicho estado de excepción; (ii) se expondrá el contenido y alcance del decreto legislativo bajo estudio; y (iii) se decidirá sobre su constitucionalidad.

Caracterización general del Estado de Emergencia³

13. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en numerosas oportunidades de precisar la naturaleza y alcance del Estado de Emergencia previsto en el artículo 215 de la Constitución. Igualmente ha precisado las fuentes, criterios y estándares que debe tomar en consideración a efectos de juzgar la constitucionalidad de los decretos legislativos que, en

desarrollo del Estado de Emergencia, dicta el presidente de la República. La Corte reitera en esta oportunidad los aspectos básicos del precedente sobre la materia con el propósito de aplicarlos al control de constitucional del Decreto Legislativo 541 de 2020 objeto de revisión.

14. De conformidad con el artículo 215 de la Constitución, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, puede declarar el Estado de Emergencia cuando sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213, siempre 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.

15. Este tribunal ha señalado que “los acontecimientos, 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 transcurso 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”⁴. La calamidad pública ha sido definida por la Corte Constitucional como “una desgracia o infortunio que afecta intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella...”.

16. En tales términos, esta Corte ha reconocido que la calamidad pública puede tener una causa natural, como ha sucedido por cuenta de temblores o terremotos, avalanchas, desbordamientos de ríos, inundaciones, etc.; o puede tener una causa técnica como es el caso del cierre de una frontera internacional, o “accidentes mayores tecnológicos”⁵.

17. Desde la expedición de la Constitución, se ha declarado el Estado de Emergencia por distintas causas: i) la necesidad de reajustar las asignaciones básicas de los empleados

públicos⁶; ii) la crisis en el servicio público de energía eléctrica⁷; iii) desastres naturales⁸; iv) la revaluación del peso frente al dólar⁹; v) el deterioro de la situación de los establecimientos de crédito¹⁰; vi) las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público¹¹; vii) los servicios públicos de la seguridad social y la atención en salud¹²; y, por último, viii) la situación fronteriza con Venezuela¹³.

18. El artículo 215 de la Constitución establece que la declaratoria del Estado de Emergencia sólo puede llevarse a cabo “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 los decretos legislativos en el marco del Estado de Emergencia tendrán fuerza de ley y deberán ser (i) motivados; (ii) firmados por el presidente y todos los ministros; (iii) destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Igualmente (iv) deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia y (v) podrán, de forma transitoria, establecer 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.

19. Dicha disposición señala que en el decreto que declare el Estado de Emergencia el presidente debe indicar el término durante el cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias y, así mismo, convocar al Congreso, si no se hallare reunido, para que lo haga dentro de los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

En relación con las competencias del Congreso en el marco de los estados de emergencia, el propio artículo 215 de la Constitución establece que (i) examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas; (ii) podrá derogar, modificar o adicionar, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, los decretos legislativos que regulen materias que

ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, o en cualquier tiempo los decretos relacionados con materias de iniciativa de sus miembros; y, (iii) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el Gobierno Nacional.

Fundamento y alcance del control judicial de los decretos expedidos al amparo del Estado de Emergencia¹⁴

Consideraciones generales

20. Los estados de excepción son respuestas, fundadas en la juridicidad, que impone la Carta Política ante situaciones graves y anormales que no pueden ser enfrentadas por el Estado a partir de sus competencias ordinarias. Sin embargo, una característica propia del Estado constitucional es que esa competencia no puede ser omnímoda ni arbitraria. El ordenamiento superior impone una serie de requisitos y condiciones que deben cumplirse, tanto en los decretos legislativos que declaran el estado de excepción como en aquellos que prevén las medidas legales extraordinarias para hacer frente a la crisis, conocidos usualmente como decretos de desarrollo. Estos requisitos y condiciones son los que, a su vez, justifican la competencia de la Corte para verificar la compatibilidad de los decretos con el Texto Superior. Ello, bajo el entendido de que los estados de excepción son mecanismos extraordinarios, pero, en todo caso, sometidos a condiciones de validez impuestas por la Constitución.

21. La Corte ha indicado que los requisitos mencionados se encuentran en tres fuentes normativas concretas, todas ellas integradas al parámetro de constitucionalidad: (i) las disposiciones de la Carta Política que regulan los estados de excepción (Arts. 212 a 215 C.P.); (ii) el desarrollo de esas reglas previstas en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción - 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 ni siquiera

en situaciones excepcionales (derechos intangibles) (Arts. 93.1 y 214 C.P.). La existencia de un régimen jurídico con sujeción al cual deben ejercerse las competencias que surgen de la declaratoria de un estado de excepción concretan el principio de legalidad que, como lo ha indicado este Tribunal (i) obliga a que el Gobierno actúe con sujeción a las normas nacionales que rigen los estados de excepción; y (ii) exige que las suspensiones extraordinarias de los derechos y libertades que tengan lugar en razón de la crisis no sean incompatibles con las obligaciones del Estado y, en particular, con aquellas derivadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

Criterios formales y materiales que rigen el control de constitucionalidad

22. La jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que el control de constitucionalidad de los decretos expedidos al amparo del Estado de Emergencia tiene dos facetas: formal y material. Se trata de un detallado escrutinio que tiene por objeto asegurar que los límites previstos para el ejercicio de las facultades de excepción sean debidamente respetados por el Gobierno Nacional.

23. El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) su suscripción por el presidente de la República y todos sus ministros; (ii) su expedición en desarrollo del estado de excepción y dentro del término de su vigencia; y (iii) la suficiente motivación. Igualmente, en los casos en los cuales la declaratoria del estado de emergencia haya comprendido únicamente determinado ámbito territorial, debe examinarse que los decretos de desarrollo no lo excedan.

24. El examen material comprende el desarrollo de varios escrutinios que, como lo ha indicado la Corte, constituyen expresiones operativas de los principios que guían los estados de excepción.

25. El juicio de finalidad¹⁵ se encuentra previsto en el artículo 10 de la LEEE¹⁶. 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 o a impedir la extensión o agravación de sus efectos¹⁷.

26. El juicio de conexidad material¹⁸, previsto en los artículos 215 de la Constitución¹⁹ y 47 de la LEEE²⁰, pretende determinar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte Constitucional ha señalado que 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 correspondiente²¹ y (ii) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia²².

27. El juicio de motivación suficiente²³ ha sido considerado como un juicio que complementa la verificación formal por cuanto busca dilucidar si, además de la fundamentación del decreto de emergencia, el Gobierno presenta razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas²⁴. Dicha motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas²⁵, siendo particularmente relevante para aquellas que limitan derechos constitucionales, por cuanto el artículo 8 de la LEEE establece que los “decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales”²⁶.

28. El juicio de ausencia de arbitrariedad²⁷ tiene por objeto comprobar que en el decreto legislativo no se establecen 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.²⁸ La Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no afecten el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales²⁹; que (ii) no interrumpan el normal

funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, en particular, (iii) que no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento³⁰.

29. El juicio de intangibilidad³¹ parte del reconocimiento del carácter “intocable” de algunos derechos que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93 y 214 de la Constitución, y 5 de la LEEE, no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción. La Corte ha establecido que, en virtud de tales disposiciones y 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; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas; y el derecho al habeas corpus. Son igualmente intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

30. El juicio de no contradicción específica³² tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contraríen de manera específica la Constitución ni los tratados internacionales; y (ii) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia, esto es, el grupo de medidas descritas, entre otros, en los artículos 47 y 50 de la LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

31. El juicio de incompatibilidad³³, según el artículo 12 de la LEEE, exige que los decretos

legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción.

32. El juicio de necesidad³⁴, previsto en el artículo 11 de la LEEE, implica que las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción³⁵. La Corte ha señalado que este análisis debe ocuparse (i) de 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) de la necesidad jurídica o subsidiariedad que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

34. El juicio de no discriminación³⁷, el cual tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE³⁸, exige verificar que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no entrañen segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas³⁹. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes o injustificados⁴⁰.

1. Examen de constitucionalidad del Decreto

1. Justificación, contenido y alcance del Decreto

35. El Decreto consta de seis artículos precedidos de treinta u cuatro considerandos que constituyen la motivación, catorce de los cuales se relacionan directamente con las circunstancias que conducen a la adopción de las medidas para enfrentar la situación desatada a causa de la rápida propagación del Covid-19. Éstas se proyectan en el orden nacional y se dirigen a ampliar las fuentes de liquidez con las que cuenta el Gobierno Nacional para mitigar el deterioro de las condiciones económicas y las consecuencias adversas generadas por la pandemia, mediante la consecución de recursos adicionales a los disponibles a través de los mecanismos ordinarios, que puedan ejecutarse de forma ágil e inmediata, y ser destinados exclusivamente a implementar medidas dirigidas a fortalecer el sistema de salud y contrarrestar la afectación de la estabilidad económica y social que la crisis sanitaria conlleva.

1. Lo anterior, a través de la creación de una inversión obligatoria temporal en títulos de deuda pública interna⁴¹ (artículo 1º), denominados Títulos de Solidaridad -TDS (en adelante, “TDS”), cuyos recursos serán destinados a conjurar las consecuencias económicas y sociales de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia. Advierte, en el segundo inciso, que dicha operación no afecta el cupo ni las autorizaciones conferidas por el artículo 1º de la Ley 1771 de 2015⁴² y las normas que regulan la materia, y su emisión solo requerirá del decreto que fije su monto, plazo y condiciones para la suscripción, de manera que dichos detalles los deja para ser decididos en la respectiva reglamentación, ya adoptada mediante Decreto 685 de 22 de mayo de 2020, “[p]or el cual se ordena la emisión de Títulos de Solidaridad, y se dictan otras disposiciones”⁴³. Finalmente, en el tercer inciso, indica que la suscripción de la inversión por parte de los sujetos obligados deberá efectuarse dentro de los 90 días siguientes a la expedición del Decreto.

1. Por su parte, el artículo 2 determina las características de los TDS: se trata de títulos de deuda pública interna a la orden, libremente negociables; tendrán un plazo de un año contado a partir de la fecha de su emisión, prorrogable parcial o totalmente de forma automática por periodos iguales a solicitud de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público hasta el año 2029, y

devengarán un rendimiento que refleje las condiciones del mercado de títulos de deuda pública interna de corto plazo. El segundo inciso indica que el valor total del capital será pagado en la fecha de vencimiento del plazo del título, siempre y cuando no haya sido renovado; los intereses se reconocerán anualmente, y el monto y demás condiciones de emisión y colocación de los títulos fueron dejados para reglamentación posterior, la cual, como ya se advirtió, fue definida en el Decreto 685 de 2020. El parágrafo ultima las características de los TDS en el sentido de establecer que serán instrumentos desmaterializados administrados por el Banco de la República mediante contrato de administración fiduciaria, en el cual se prevea su agencia, custodia, servicio de deuda y demás servicios correspondientes a su administración.

1. Según el artículo 3, la medida obliga a los establecimientos de crédito (exceptuando a las Instituciones Oficiales Especiales) a suscribir los TDS en el mercado primario en los siguientes porcentajes: (i) hasta por el 3% del total de sus depósitos a la vista sujetos a encaje, deducido previamente el encaje, con base en los estados financieros reportados con corte a 31 de marzo de 2020; y (ii) hasta por el 1% del total de los depósitos y exigibilidades a plazo sujetos a encaje, deducido previamente el encaje, con base en los estados financieros reportados con corte a 31 de marzo de 2020, incluidas aquellas exigibilidades con un porcentaje de encaje del 0%. El parágrafo permite que las personas no obligadas a efectuar la inversión puedan suscribir voluntariamente TDS y dispone que el plazo para dicha suscripción será reglamentado por el Gobierno Nacional.

1. A su turno, el artículo 4 establece que el control de la inversión estará a cargo de la Superintendencia Financiera de Colombia, ante la que los establecimientos de crédito deberán demostrar el cumplimiento de la obligación.

1. El artículo 5 explica que los recursos generados con la inversión obligatoria serán incorporados presupuestalmente como una fuente de recursos adicional del Fondo de Mitigación de Emergencias (en adelante, "FOME") creado por el Decreto Legislativo 444 del

21 de marzo de 2020.

1. Y, finalmente, el artículo 6 indica que el Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, siendo esta el 15 de abril de 2020.

1. Así las cosas, el Decreto crea y regula una inversión temporal y obligatoria para ciertos sujetos (artículos 1º, 3 y 4), señala que los recursos generados serán destinados a nutrir el FOME (artículo 5) y establece las características del objeto de dicha inversión: los TDS (artículo 2). Según el artículo 6, la medida tiene efectos inmediatos que podrán proyectarse hasta el año 2029, fecha máxima de pago de los TDS (artículo 1º).

1. El control formal del Decreto

1. La Sala encuentra que el Decreto satisface la totalidad de los requisitos formales previstos en el ordenamiento jurídico, por las siguientes razones:

i. Fue suscrito por el presidente de la República y todos sus 18 ministros;

i. Fue expedido el 15 de abril de 2020, en desarrollo y dentro del término de vigencia del Estado de Emergencia declarado en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 en todo el territorio nacional y por un plazo de 30 días calendario; y

i. Consta de una motivación en cuanto expone las circunstancias que condujeron a su expedición, de los motivos en los que encuentra asidero la medida adoptada, de la

importancia que se le atribuye en el contexto del estado de excepción, de los objetivos que tal medida pretende alcanzar, de su carácter necesario y de su relación con la situación que determinó la declaración del estado de emergencia económica, social y ecológica.

1. El control material del Decreto

1. El Decreto cumple el requisito de finalidad porque amplía las fuentes de liquidez con las que cuenta el Gobierno Nacional para mitigar el deterioro de las condiciones económicas y las consecuencias adversas generadas por la pandemia, además de que la medida adoptada sirve al propósito de evitar la extensión de los efectos de la emergencia. Se sabe que la veloz propagación del Covid-19 tiene incidencias negativas en múltiples ámbitos y que, por lo tanto, a la protección de la salud debía seguir la prevención y gestión de los diversos trastornos sociales y económicos, siempre con el debido respeto a los derechos humanos.

1. Ya en la motivación del Decreto Legislativo 417 de 2020, declaratorio del Estado de Emergencia, se dejó constancia de las proyecciones de los costos que el sistema de salud tendría que asumir para evitar o tratar el contagio y se trazó un panorama de las repercusiones económicas de la crisis, palpables, entre otras variables, en la afectación del desempeño de las empresas, la disminución del ingreso de los asalariados y de los independientes, la incertidumbre de los mercados, los riesgos asociados al progresivo aumento del desempleo, la acentuación del desequilibrio fiscal, la caída del sector turístico y el desplome del aeronáutico; todo esto con una tendencia al agravamiento, perceptible, además, en otros escenarios que irían sumando sus vicisitudes a la situación ya de por sí grave e inusual.

1. Según lo consignado en dicho decreto, la magnitud y la profundidad de la crisis,

constatada o previsible, demandan la acción efectiva e inmediata de las personas, empresas y gobiernos, precisados a obtener partidas adicionales destinadas a responder a las mayores necesidades sociales y económicas derivadas de los traumatismos causados por la vertiginosa propagación del Covid-19, habida cuenta de que la atención del problema suscitado requiere de la inmediata disposición de recursos líquidos para fortalecer el sector salud, apoyar la industria y el comercio del país, absorber las pérdidas económicas y los efectos sobre la fuerza laboral. Dentro del paquete de medidas, anticipó que, “dada la necesidad de recursos líquidos para atender las crecientes necesidades generadas con esta crisis, se deben adoptar medidas extraordinarias que permitan la reducción y optimización del capital de las entidades financieras con participación accionaria estatal. Igualmente, estas medidas le deben permitir a la Nación emitir títulos o respaldar su emisión con destino a operaciones de liquidez con el Banco de República”.

1. Mediante Sentencia C-145 de 2020, la Corte declaró la exequibilidad del Decreto Legislativo 417 de 2020 al encontrar superados los requisitos exigidos. Dicho pronunciamiento validó los argumentos planteados por el Gobierno Nacional para justificar la declaratoria del Estado de Emergencia, los cuales también sirvieron de fundamento al Decreto cuya constitucionalidad ahora se estudia, contentivo de una única medida consistente en la creación de una inversión obligatoria temporal en TDS, cuyos recursos están destinados a conjurar las consecuencias económicas y sociales de la pandemia.

1. Dichos recursos serán incorporados presupuestalmente como fuente adicional del FOME, creado por el Decreto Legislativo 444 de 2020, el cual tiene por objeto de atender las necesidades de liquidez 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 de la emergencia. En el artículo 3 de dicho decreto se estableció que los recursos de FOME provendrían, entre otras, de las “demás [fuentes] que determine el Gobierno nacional”, siendo los recursos provenientes de la inversión obligatoria y temporal en TDS, una de dichas fuentes adicionales. Así mismo, el Decreto Legislativo 444 de 2020 previó el uso que se le daría a dichos recursos y reguló, en

particular, algunos de los mismos.

1. En la Sentencia C-194 de 2020, este Tribunal declaró la exequibilidad del Decreto Legislativo 444 de 2020, en cuanto encontró que (i) la creación del FOME; (ii) las fuentes de sus recursos; y (iii) los usos de los recursos superaban los requisitos materiales exigibles y, en concreto, determinó que cada una de las anteriores medidas estaba directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la crisis, así como a impedir la extensión o agravación de sus efectos.

1. La inversión temporal y obligatoria en TDS tiene como propósito servir de fuente de liquidez para nutrir de recursos al FOME, y en esos términos, concuerda con el propósito de responder a la crisis y de impedir la extensión de sus efectos.

1. El Decreto cumple también el requisito de conexidad material. En cuanto a su perspectiva externa, se acaba de hacer referencia al decisivo impacto en el sistema de salud de la pandemia originada en la rápida propagación del Covid-19, y a los desarreglos actuales o previsibles en la economía y en la sociedad que, de modo general, fueron tenidos en cuenta para declarar el estado de emergencia en tanto urgía la adopción de medidas tendientes a paliar la complicada situación en cada uno de los ámbitos en los que llegaron a experimentarse las repercusiones negativas de la crisis.

1. En el mismo decreto declaratorio de la emergencia, se aludió, con mayor grado de especificación, a la búsqueda imperiosa de recursos que pudieran destinarse a solventar los variados problemas suscitados, y dado “[q]ue las medidas a disposición del Banco de la República y del gobierno Nacional son insuficientes para conjurar el efecto que, 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 resultan necesarias”, se tornaba indispensable

“adoptar medidas extraordinarias que permitan conjurar los efectos de la crisis en la que está la totalidad del territorio nacional, en particular, aquellas que permitan acudir a mecanismos de apoyo al sector salud, y mitigar los efectos económicos que está enfrentando el país”, tales como la emisión de títulos con destino a operaciones de liquidez con el Banco de la República, y en el caso del Decreto, la emisión de TDS, satisfaciendo, así, el juicio de conexidad material externa.

1. En lo que se refiere a la dimensión interna del juicio de conexidad, la Sala encuentra que la creación y regulación de una inversión temporal y obligatoria en TDS, concuerda con lo expuesto en la parte motiva sobre la grave crisis derivada de la pandemia y la necesidad de contar con “una norma con el fin de procurar para el Gobierno nacional recursos de liquidez de manera temporal, con el fin de hacer frente a las causas que motivaron la Declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2014 y mitigar sus efectos”, lo cual se cumplió a través de la creación de una “inversión obligatoria temporal en Títulos de Deuda Pública Interna denominados Títulos de Solidaridad -TDS, cuyos recursos serán destinados a conjurar las consecuencias económicas y sociales” de los hechos que dieron lugar a dicha declaratoria, por lo que el juicio de conexidad material interna también se encuentra satisfecho.

1. El Decreto supera igualmente el juicio de motivación suficiente. La Sala reconoce que el presidente expuso razones para soportar la medida impuesta por el Decreto, así como su importancia, alcance y relación con los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia. Indicó que: (i) La pandemia y las decisiones de confinamiento “ha[n] generado condiciones adversas tanto económicas como sociales”; (ii) En efecto, habida cuenta 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 los mercados de capitales”, se requiere “contar con recursos adicionales a los disponibles a través de los mecanismos ordinarios, que puedan ejecutarse de forma ágil e inmediata”, para “destinarlos exclusivamente a implementar medidas dirigidas a fortalecer el sistema de salud para garantizar las condiciones necesarias de atención y prevención en el

marco de la rápida propagación del Coronavirus COVID-19, así como a contrarrestar la afectación de la estabilidad económica y social que ello conlleva”; (iii) Dentro de dichos mecanismos, se dispuso -como “estrategia a nivel del Gobierno nacional para atender estas circunstancias”- la creación del “Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME con las subcuentas necesarias 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”; (iv) Para el cumplimiento de su objeto, el FOME requiere “recursos líquidos”, que deben ser obtenidos a través de la ampliación de “los mecanismos de liquidez con los que cuenta el Gobierno nacional” y garantizando, con esto, que “no se afecte el balance del Gobierno nacional”; (v) Para ello, “atendiendo al deber constitucional de contribuir con el financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, y reconociendo la función social de la propiedad”, es necesario “crear una inversión obligatoria en títulos de deuda pública”; (vi) Para la imposición de dicha inversión “se considera necesario acudir al principio de la solidaridad por parte de los menos afectados por la pandemia”. Por lo cual los establecimientos de crédito han de resultar obligados “con base en la disponibilidad de liquidez de cada establecimiento de crédito”; (vii) En todo caso, la inversión “tiene asociada una rentabilidad a tasa de mercado, y por tanto, se evita poner en situación de riesgo a los establecimientos de crédito y a los ahorradores, dado que la inversión obligatoria requerida no representa un costo incurrido que no pueda ser recuperado en el tiempo”. Además, de que “no constituye un tributo” porque “hace parte de los recursos de crédito” y de “los recursos públicos con destinación específica”, al igual que “entraña la expedición de un título valor” y “se refleja en el activo y en el patrimonio del sujeto que la adquiere”.

1. Queda así establecida la debida apreciación de los motivos que llevaron a ampliar las fuentes de liquidez con las que cuenta el Gobierno Nacional para mitigar el deterioro de las condiciones económicas y las consecuencias adversas generadas por la pandemia a través de la creación y regulación de una inversión temporal y obligatoria en TDS, cuyos recursos estarán destinados a nutrir el FOME⁴⁴.

1. El Decreto supera el juicio de ausencia de arbitrariedad porque no establece 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. Sus disposiciones crean y regulan la inversión temporal y obligatoria en TDS. En esa medida, el Decreto no interrumpe el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado; en particular, no suprime ni modifica los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento y tampoco suspende o vulnera el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales. Advierte la Sala que el estudio sobre las restricciones a la libertad económica que la inversión en TDS impone, no es objeto del presente juicio⁴⁵; se ahondará en ello en los juicios de no contradicción específica, proporcionalidad y no discriminación.

1. El Decreto supera el juicio de intangibilidad porque sus disposiciones, al crear y regular una inversión temporal y obligatoria en TDS, no se refieren a los derechos intangibles a los que se hace alusión en los artículos 93 y 214 superiores, y tampoco hace referencia a los mecanismos indispensables para su protección.

1. El Decreto supera el juicio de no contradicción específica porque sus disposiciones no contrarían de manera alguna la Constitución o los tratados internacionales, ni desconocen el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el estado de emergencia económica, social y ecológica, contemplado en los artículos 47 y 50 de la LEEE. La Sala, asimismo, pone de presente que la creación y regulación de la inversión temporal y obligatoria en TDS no comprende asuntos laborales y menos aún desmejora los derechos sociales de los trabajadores.

1. Al respecto, encuentra la Sala que no desconoce (i) la prohibición de retroactividad que pesa sobre leyes tributarias (artículos 338 y 363 superiores); (ii) la exigencia de aprobación unánime de la junta directiva del Banco de la República para operaciones de financiamiento a favor del Estado (artículo 373 superior); (iii) la prohibición de que el endeudamiento interno

de la Nación exceda su capacidad de pago (artículo 364 superior); (iv) la libertad económica (artículo 333 superior); ni (v) el derecho a la propiedad (artículo 58 superior).

1. Primero. Con la creación y regulación de la inversión temporal y obligatoria en TDS no se desconoce la prohibición de retroactividad de las leyes tributarias. De acuerdo con los artículos 363 inciso 2º, y 338 inciso 3º, de la Constitución Política, “[l]as leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”; y “[l]as leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad”. El Decreto no viola estos mandatos porque no le son aplicables: la inversión temporal y obligatoria en TDS no es un tributo y, por tanto, el Decreto no es una disposición de rango legal de naturaleza tributaria.

1. Aparte de ser obligatoria, la inversión en TDS no comparte las características de los BDSI: primero, porque la base para determinar su monto no es tributaria en tanto los sujetos obligados deben invertir hasta el tres por 3% del total de los depósitos a la vista sujetos a encaje, y hasta el 1% del total de los depósitos y exigibilidades a plazo sujetos a encaje, incluidas aquellas con un porcentaje de encaje del 0%. Estas bases no corresponden a componentes tributarios, se adscriben más bien a los recursos líquidos con que los establecimientos de crédito cuentan por captar recursos del público y que, en parte, están sometidos a encaje para “[atender] a la salvaguarda de la estabilidad del sector financiero y protección de los recursos de los ahorradores”, en los términos de los considerandos del Decreto. Segundo, porque el Decreto no contempla sanciones, mucho menos de naturaleza tributaria, en caso de incumplimiento de los sujetos obligados. Su artículo 4 se limita a disponer que el control de la inversión estará a cargo de la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual, por demás, no es el “ente encargado de administrar los tributos del orden nacional”, sino la autoridad administrativa por vía de la cual el presidente de la República ejerce inspección, vigilancia y control sobre los establecimientos de crédito⁴⁶. Tercero, porque a diferencia de los BDSI, los sujetos obligados se ven beneficiados con “un

rendimiento que reflej[a] las condiciones del mercado de títulos de deuda pública interna de corto plazo” que consiste en un interés que será pagado anualmente. Y cuarto, porque el valor del capital de los TDS será rembolsado por la Nación en un año a partir de su emisión, salvo prórroga parcial y automática por periodos iguales hasta máximo 2029. Esto último, sin perjuicio de que los sujetos obligados puedan negociar libremente los TDS en el mercado secundario. Lo anterior concuerda con lo advertido en la parte motiva del Decreto frente a las diferencias que, en materia de identidad fiscal y tratamiento contable, distinguen la inversión temporal y obligatoria en TDS de un tributo.

1. La Sala aclara que si bien el componente obligatorio de la inversión puede servir de referencia para examinar si sustancialmente corresponde a un tributo, no es el único que lo convierte en tal. Así lo ha sostenido la Corte, por ejemplo, en la Sentencia C-870 de 2003 cuando analizó la inversión temporal y obligatoria en Títulos de Reducción de Deuda (en adelante, “TRD”) dispuesta por los artículos 44 y 45 de la Ley 546 de 1999. Al efecto, explicó:

“A título ilustrativo puede constatarse que las diferencias entre la inversión forzosa y la contribución parafiscal son varias, observándose entre otras las siguientes: (i) desde el punto de vista de su identidad fiscal, mientras que la primera hace parte de los recursos del crédito, la segunda es independiente de los mismos; (ii) la inversión forzosa no es un tributo, al paso que la contribución parafiscal tiene una relación tangencial con el mismo; (iii) desde el punto de vista de su integración al presupuesto público, mientras que la inversión hace parte éste, la contribución parafiscal no; (iv) la inversión forzosa entraña un título valor, la contribución parafiscal no; (v) contable y fiscalmente la inversión forzosa se refleja en el activo y en el patrimonio del sujeto que la adquiere; por su parte la contribución parafiscal disminuye el activo del adquirente sin compensación patrimonial”.

1. En el caso sub examine, sobran las diferencias que, más allá del carácter forzoso de la inversión en TDS, distinguen esta medida de un tributo. Particularmente, lo que atañe a los

beneficios que recibe el inversionista mediante rentabilidad a tasas de mercado, y al objeto de la inversión y su ley de circulación, los TDS son títulos de deuda pública interna que serán pagados y que son libremente negociables. En consecuencia, la Sala concluye que el Decreto no impone medidas tributarias por lo que no le es aplicable la prohibición de retroactividad contenida en los artículos 338 y 363 superiores y estos, por tanto, no se contradicen de manera alguna.

1. Segundo. La creación y regulación de la inversión temporal y obligatoria en TDS no vulnera la exigencia de aprobación unánime de la junta directiva del Banco de la República para operaciones de financiamiento a favor del Estado.

1. Si bien el artículo 373 superior dispone que “[l]as operaciones de financiamiento a favor del Estado requerirán la aprobación unánime de la junta directiva [del Banco de la República], a menos que se trate de operaciones de mercado abierto”, en la citada Sentencia C-870 de 2003 la Corte aclaró que las operaciones de crédito público son diferentes de las operaciones de financiamiento a favor del Estado. Es así como, las operaciones de crédito público de acuerdo con el inciso primero del párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, son las operaciones “que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago”, entre las cuales la misma disposición indica “la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales” (negrilla fuera del texto original). Las operaciones de crédito público pueden ser externas o internas, siendo estas últimas las que “de conformidad con las disposiciones cambiarias, se celebren exclusivamente entre residentes del territorio colombiano para ser pagaderas en moneda legal colombiana”, según el artículo 2.2.1.1.1 del Decreto 1068 de 2015. Las operaciones de financiamiento a favor del Estado son los créditos que el Banco de la República, con fundamento en el artículo 373 superior, le otorga “directamente al Gobierno”. En la misma providencia, la Corte agregó sobre esta distinción que “la forma en que tales actos surgen a la vida jurídico-económica no permite confundirlos (...). Más aún, no cabe duda de que las dos hipótesis entrañan sendas deudas a cargo del Estado, pero su génesis,

desarrollo y posterior pago engloban presupuestos y efectos (jurídico-económicos) que las hacen distintas”.

1. Con base en lo anterior, este Tribunal determinó que “la aprobación unánime de la Junta Directiva del Banco de la República está referida con exclusividad a los empréstitos que el Banco le otorgue al Gobierno, esto es, cuando el Banco financie al Estado, con la salvedad de las operaciones de mercado abierto”. Es decir, el requisito establecido en el artículo 373 superior no aplica a las operaciones de crédito público y, en consecuencia, no aplica a la inversión en TDS por estar clasificada como tal.

1. Por demás, la Sala subraya que lo anterior no obsta para que, tal como se advierte en el artículo 2 del Decreto, el Gobierno Nacional defina “el monto y demás condiciones de emisión y colocación de los títulos”, siempre y cuando ello se haga de conformidad con las normas con la cuales la junta directiva del Banco de la República haya definido las condiciones financieras para colocar títulos, con el fin de asegurar que estas operaciones se efectúen en condiciones de mercado y de conformidad con el literal c) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992. Así lo advirtió la mencionada Sentencia C-870 de 2003: “el asunto bajo examen se contrae a una emisión y colocación de títulos de deuda pública interna -TRD-, a cuyos efectos el Gobierno Nacional está facultado para hacer la emisión mediante decreto, con la pertinente colaboración del director general de crédito público. Desde luego que estas operaciones se deben realizar con sujeción a la regulación general de las condiciones financieras que señale la Junta Directiva del Banco, de conformidad con el literal c) del artículo 16 de la ley 31 de 1992”.

1. Tercero. Con la creación y regulación de la inversión temporal y obligatoria en TDS no se incurre en la prohibición de que el endeudamiento interno de la Nación exceda su capacidad de pago.

1. El artículo 364 superior dispone que “[e]l endeudamiento interno y externo de la Nación y de las entidades territoriales no podrá exceder su capacidad de pago. La ley regulará la materia”. Tal prohibición pesa aún en estados de emergencia económica, social y ecológica, e 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”⁴⁷. Al respecto, el Legislador ha proferido varias leyes que autorizan y amplían el cupo con el que cuenta el Gobierno Nacional para celebrar operaciones de crédito público⁴⁸. La Ley 1771 de 2015, la más reciente y actualmente vigente en ese sentido, amplió en su artículo 1º en “entre trece mil millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$13.000’000.000) o su equivalente en otras monedas, las autorizaciones conferidas al Gobierno nacional por el artículo primero de la Ley 1624 de 2013 y leyes anteriores, diferentes a las expresamente otorgadas por otras normas, para celebrar operaciones de crédito público externo, operaciones de crédito público interno, así como operaciones asimiladas a las anteriores, destinadas al financiamiento de apropiaciones presupuestales y programas y proyectos de desarrollo económico y social” (negrilla fuera del texto original).

1. Ahora, en tanto operación de crédito público interno, la inversión temporal y obligatoria en TDS está cobijada por la prohibición del artículo 364 superior. El endeudamiento por cuenta de la medida, en ese sentido, no puede superar la capacidad de pago de la Nación. A ese fin, la Sala advierte que el Decreto, en el inciso segundo de su artículo 1º, dispone que “[e]sta operación no afecta el cupo ni las autorizaciones conferidas por el artículo primero de la Ley 1771 de 2015 y las normas que regulan la materia”. Con esto, los recursos que la Nación perciba por cuenta de la emisión, suscripción y colocación de TDS deben estar comprendidos dentro del cupo máximo autorizado por el Legislador.

1. A juicio de la Sala, que el cupo de endeudamiento por TDS se inserte dentro de aquel autorizado por el Legislador, garantiza que la Nación está en capacidad de pagar la deuda que contrae con la operación. Es la ley, en virtud del artículo 364 superior, la que debe regular el límite de la capacidad de pago de la Nación en sus operaciones de crédito público

y, para ello, autorizó un cupo de endeudamiento que comprende los recursos a ser percibidos mediante la emisión, suscripción y colocación en TDS. Así las cosas, no se advierte una vulneración al artículo 364 superior y, con ello, la Sala estima superado este tercer problema de constitucionalidad.

1. Cuarto. La creación y regulación de la inversión temporal y obligatoria en TDS no vulnera la libertad económica a la que se refiere el artículo 333 superior. En efecto, aun cuando algunas voces plantean que el Decreto contradice lo dispuesto en el artículo 333 superior al establecer una inversión obligatoria que priva a los establecimientos de crédito de disponer de los recursos objeto de la inversión conforme a su libre iniciativa, la Sala se aparta de dicha postura porque, sobre una parte de los recursos objeto de la inversión -aquella que supera los porcentajes aplicados a las exigibilidades sujetas a encaje- la medida no afecta la libre iniciativa de los sujetos obligados y, sobre la otra parte -aquella calculada sobre las exigibilidades sujetas a un encaje de 0%- la afectación está justificada.

1. Los recursos por invertir se calculan sobre porcentajes aplicados a los depósitos a la vista y a los depósitos y otras exigibilidades a plazo que estén sujetos a encaje. El encaje bancario es “un mecanismo de política monetaria consistente en un monto de los recursos “prestables” de los establecimientos de crédito y demás entidades, captados del ahorro público, que debe mantenerse en efectivo o líquido, en las cuentas del banco central o en la de los mismos establecimientos, cuyo fin primordial es la regulación del nivel de dinero circulante y, en general, el mantenimiento de un nivel adecuado de liquidez en la economía”⁴⁹. La junta directiva del Banco de la República -en tanto autoridad monetaria, cambiaria y crediticia de acuerdo con el artículo 372 superior- tiene entre sus funciones, con arreglo al literal a) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, aquella de “[f]ijar y reglamentar el encaje de las distintas categorías de establecimientos de crédito y en general de todas las entidades que reciban depósitos a la vista, a término o de ahorro, señalar o no su remuneración y establecer las sanciones por infracción a las normas sobre esta materia. Para estos efectos, podrán tenerse en cuenta consideraciones tales como la clase y plazo de la operación sujeta a encaje. El encaje deberá estar representado por depósitos en el Banco de

la República o efectivo en caja”.

1. En ejercicio de dicha función, el 14 de abril de 2020 la junta directiva del Banco de la República anunció la siguiente medida: (i) disminución del 3% del requisito de encaje sobre las exigibilidades cuyo porcentaje de encaje requerido era del 11% (cuentas corrientes, cuentas de ahorro, etc.) es decir, el requisito de encaje para esas exigibilidades pasó de 11% a 8%; y (ii) disminución del 1% del requisito de encaje sobre las exigibilidades cuyo porcentaje de encaje requerido era de 4,5% (CDT de menos de 18 meses) es decir, el requisito de esas exigibilidades pasó de 4,5% a 3,5%. Preciso que las anteriores decisiones aplicarían “a partir de la bisemana de cálculo de encaje requerido que comienza el 22 de abril de 2020”⁵⁰ (negrilla fuera del texto original).

1. La Sala constata que los porcentajes de las anteriores disminuciones son iguales a aquellos dispuestos en el Decreto para calcular, sobre las mismas exigibilidades sujetas a encaje, los recursos a invertir obligatoriamente en TDS. En efecto, los sujetos obligados deben invertir (i) hasta el 3% del total de los depósitos a la vista sujetos a encaje; y (ii) hasta el 1% del total de los depósitos y exigibilidades a plazo sujetos a encaje.

1. Ya que la aplicación de la disminución de los requisitos de encaje fue posterior a la entrada en vigor del Decreto, para la Sala dichos recursos pasaron de estar sometidos a encaje a estar sometidos a una inversión obligatoria en TDS, sin que los establecimientos de crédito hubieran tenido margen para disponer de estos. Para la Sala, sin embargo, lo anterior no implica contradicción con el artículo 333 superior.

1. Esta última disposición consagra que la actividad económica y la iniciativa privada son, ciertamente, libres. Pero también reconoce que no son absolutas. El Decreto, tal como se explicó con ocasión del juicio de finalidad, persigue la obtención de recursos líquidos a efectos de financiar el FOME para “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”. Este propósito, se encausa dentro del bien común y del interés social, lo cual permite limitar la libertad económica bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. En estos términos, la inversión obligatoria en TDS de recursos disponibles en lugar de contradecir el artículo 333, desarrolla las limitaciones que este último faculta ante ciertos presupuestos.

1. Quinto. La creación y regulación de la inversión temporal y obligatoria en TDS no vulnera la propiedad privada. El artículo 58 superior garantiza la propiedad privada y dispone que la misma “es una función social que implica obligaciones”. La inversión temporal y obligatoria en TDS tiene por objeto recursos que, al margen de que estén o no a su disposición, son propiedad de los establecimientos de crédito. Bajo esta premisa, podría argüirse que forzar la suscripción de los TDS significa privar a los sujetos obligados de la titularidad sobre los recursos invertidos, lo cual vulneraría el artículo 58 superior.

1. La Sala difiere de esa interpretación, primero, porque la inversión en TDS no consiste en una expropiación de recursos. Estos deben ser obligatoriamente invertidos en títulos de deuda pública, los cuales, por un lado, son parte alícuota de un crédito y su valor igual al de los recursos invertidos será pagado por la Nación, lo que traduce que la operación no afecta la cuenta de activos del balance general de los establecimientos de crédito. Inclusive, generan rendimientos a tasas de mercado que benefician a los inversionistas y que protegen, por dicha vía, a los ahorradores. Y, por otro, son libremente negociables, lo que permite enajenarlos sin restricción alguna en el mercado secundario, por ejemplo, en casos en que los sujetos obligados prefieran contar con los recursos líquidos en vez de conservar la calidad de acreedores de la Nación. Segundo, porque la propiedad, si bien es un derecho, también es una función social que implica obligaciones. Dicha función, dentro del marco de la emergencia, se manifiesta en fortalecer el sector salud, apoyar a la industria y al comercio del país, y absorber las pérdidas económicas y sus efectos sobre la fuerza laboral. Para la Sala, la inversión en TDS se clasifica dentro de las obligaciones para materializar tal función pues contribuye a aportar recursos para su consecución. La jurisprudencia de esta

Corporación⁵¹, no obstante, ha precisado que lo anterior debe cumplir con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

1. Expuestas las razones por las que el Decreto no contradice la Constitución y sumadas estas a las demás verificaciones exigibles, la Sala confirma que el Decreto cumple el requisito de no contradicción específica.

1. El Decreto igualmente supera el juicio de incompatibilidad porque explica las razones por las que suspende el inciso cuarto del párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.2.1.3.2. del Decreto 1068 de 2015, así como los motivos por los cuales estas disposiciones son irreconciliables con el estado de emergencia.

1. De acuerdo con esas disposiciones “para las operaciones de crédito público interno (...) por parte de la Nación (...) se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previos los conceptos favorables del CONPES y del Departamento Nacional de Planeación”, y “[l]a emisión y colocación de títulos de deuda pública a nombre de la Nación requerirá autorización, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con (...) Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES”. El Decreto, por su parte, establece en su artículo 1º que la emisión de TDS “solo requerirá del Decreto que fije su monto, plazo y condiciones para su suscripción”.

1. La suspensión de los requisitos técnicos que en condiciones de normalidad se deben cumplir para emitir títulos de deuda pública interna a nombre de la Nación se explica, según la parte motiva del Decreto, porque “la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, requiere en el corto plazo un monto significativo de recursos necesarios para mitigar el impacto de dicha

pandemia sobre la población colombiana” (negrilla fuera del texto original). La celeridad requerida para conseguir liquidez es, entonces, lo que justifica la suspensión de los requisitos técnicos ante los requerimientos presupuestales del estado de emergencia, los cuales -como se verá en el juicio de necesidad fáctica- son significativos y urgentes.

1. El Decreto supera el juicio de necesidad porque la medida que adopta es indispensable - desde el punto de vista fáctico y jurídico- para lograr los fines que persigue la declaratoria del estado de emergencia.

1. Frente a la necesidad fáctica, la Sala encuentra que el presidente de la República no incurrió en error manifiesto al apreciar la utilidad de la medida: la inversión temporal y obligatoria en TDS permite evitar la extensión de sus efectos. Esto se fundamenta en las siguientes apreciaciones fácticas:

1. De acuerdo con las necesidades actuales, el FOME requiere recursos significativos para cumplir con su objeto. La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República afirmó que, según las estimaciones presentes, para la atención en salud se requiere una suma cercana a los 7,1 billones de pesos, y para enfrentar los efectos adversos generados en la actividad productiva se calculan aproximadamente 4,2 billones de pesos. El Banco de la República ilustró a este respecto que “[a]tender la emergencia sanitaria, al tiempo que [el Gobierno Nacional] intenta mitigar el impacto negativo en el consumo de los hogares que se deriva de la reducción en su ingreso disponible y la posible dificultad de acceso al crédito, así como brindar apoyo a las empresas y al sector productivo para garantizar su viabilidad financiera y que así puedan mantener el empleo y emprender nuevamente la actividad una vez las restricciones de movilidad se relajen, representa un esfuerzo fiscal significativo. Este esfuerzo es necesario para contribuir a que la economía retorne lo más pronto posible a los niveles de crecimiento observados”;

1. Dada la imprevisibilidad de los efectos de la emergencia, no hay certeza sobre los recursos

que el FOME necesitará a futuro para el cumplimiento de su objeto. La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República reconoció que “actualmente se desconoce cómo evolucionará la curva epidemiológica en el país y por ende cuáles serán las necesidades de recursos adicionales en el futuro para garantizar la prestación de los servicios requeridos para atender la emergencia sanitaria”;

1. La emergencia afecta y afectará las fuentes ordinarias de liquidez del Estado. El Banco de la República explicó 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”. A su turno, la Contraloría General de la República expuso que “[c]on un mayor gasto público y un menor ingreso tributario debido a la caída de la actividad económica, el gobierno debe financiar el déficit resultante”;

1. Ante la incertidumbre acerca de los recursos requeridos a futuro para atender la emergencia y la afectación de las fuentes ordinarias de liquidez del Estado, las fuentes de recursos del FOME pueden resultar insuficientes para el cumplimiento de su objeto. El artículo 3 del Decreto Legislativo 444 de 2020, adicionado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 552 de 2020, prevé las fuentes de recursos que nutrirán el FOME: el Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE; el Fondo de Pensiones Territoriales -FONPET; los recursos asignados por el Presupuesto General de la Nación; los rendimientos financieros generados por la administración de los recursos; el Fondo de Riesgos Laborales, y las demás que determine el Gobierno Nacional. La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República explicó que las adiciones presupuestales logradas por dichas fuentes, en apoyo de los Decretos Legislativos 519 de 2020⁵² (15,1 billones de pesos) y 571 de 2020⁵³ (329 mil millones de pesos) son insuficientes frente a los requerimientos financieros del FOME: “ante la explicada insuficiencia de los recursos adicionados al Fondo de Mitigación de Emergencias - FOME (...) el Decreto Legislativo 562 del 15 de abril de 2020 creó una nueva de fuente de recursos con el objetivo de nutrir adecuadamente al Estado de recursos para enfrentar la emergencia”;

1. La inversión obligatoria y temporal en TDS permite acceder a recursos líquidos significativos con mayor celeridad que la ofrecida por la emisión, colocación y suscripción de Títulos de Tesorería- TES. La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República consideró que “teniendo en cuenta la magnitud de los recursos que se espera obtener con la inversión obligatoria en los Títulos de Solidaridad -que se estiman en alrededor de \$9,8 billones-, es importante resaltar que, de acudir al mercado primario de deuda pública, no hubiera sido viable conseguir esos recursos en un periodo como el que se proyecta con los nuevos títulos, esto es un máximo de 90 días. Lo anterior, pues actualmente, en promedio, se están colocando alrededor de \$1,1 billones mensuales por el mecanismo de subastas de Títulos de Tesorería -TES-, de forma tal que con estos montos de colocación no hubiera sido posible recaudar los recursos necesarios para conjurar la crisis de manera oportuna”.

Dichas estimaciones encuentran sentido en el estado actual de la inversión temporal y obligatoria en TDS. El presidente de la República, mediante Decreto Legislativo 572 del 15 de abril de 2020, adicionó al Presupuesto General de la Nación, en cuanto a los ingresos y a los gastos, en 9 billones 811 mil 300 millones de pesos, correspondientes a los recursos a ser generados por la inversión en TDS. También, en virtud del artículo 1º del Decreto, ordenó, mediante el artículo 1º del Decreto 685 de 2020, la emisión de TDS hasta por 9 billones 811 mil 300 millones de pesos. Las fechas para la suscripción de los títulos, de acuerdo con el artículo 4 del mismo decreto, se fijaron para el pasado 28 de mayo de 2020 (cuota por al menos 80% de la inversión), y para el próximo 13 de julio de 2020 (cuota por el remanente). Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia expidió la Circular Externa 019 del 22 de mayo 2020, mediante la cual impartió instrucciones “relacionadas con la inversión obligatoria en Títulos de Solidaridad – TDS” y estableció, entre otros, que dentro de los dos días hábiles siguientes a la expedición de la circular, los establecimientos de crédito le deberán remitir una comunicación en la que señale el monto de la inversión obligatoria en TDS con el resultado de los cálculos según las instrucciones impartidas (artículo 3), y que el Depósito Central de Valores del Banco de la República le deberá enviar dentro de los siete días hábiles siguientes a las fechas establecidas en el artículo 4 del Decreto 685 de 2020 un reporte con la información de los montos de la inversión en TDS suscritos y pagados por cada

uno de los establecimientos de crédito obligados (artículo 4). Y el Banco de la República, según la Circular Externa Operativa y de Servicios DFV- 412 del 26 de mayo de 2020, ya celebró un “contrato de mandato para la administración y demás fines relacionados con los Títulos de Solidaridad-TDS”;

1. La inversión temporal y obligatoria en TDS, además, permite acceder a recursos líquidos a un menor costo financiero que el ofrecido por la deuda financiera. La Secretaría Jurídica de la Presidencia explicó que: “[l]os costos de financiamiento a través de los mercados de deuda local se han incrementado en las últimas semanas, como consecuencia de las condiciones económicas nacionales e internacionales. De forma tal que si bien los mercados de deuda se encuentran abiertos, la volatilidad de los mismos se ha incrementado significativamente, ocasionando que las ventanas de financiamiento sean más cortas y los costos más elevados. Los bonos del Gobierno han mostrado fuertes desvalorizaciones, consistentes con aumentos significativos en la prima de riesgo del país. El comportamiento alcista en la tasa de interés de los títulos de deuda pública -TES- se traduce a su vez en un aumento de los costos de financiamiento para la Nación. Este efecto se vería amplificado si adicionalmente la Nación presionara el mercado en busca de recursos para financiar la emergencia. En particular, la consecución de mayores fuentes de financiamiento en el mercado local se traduciría en una mayor presión al mercado de títulos de deuda pública -TES-, lo que podría aumentar aún más los costos de financiamiento para la Nación”. El Banco de la República, a su vez, confirmó que “[e]n un ambiente de incertidumbre económica como el que enfrenta el país, y el mundo en general, obtener recursos a través de deuda financiera puede resultar no solo difícil por condiciones de acceso a los mercados, sino también mucho más costosa que en condiciones normales. En estas circunstancias, es más eficiente hacer uso de instrumentos de financiamiento alternativos, como es la emisión de títulos de deuda pública tales como los TDS y la creación de una inversión forzosa en los mismos, cuyos recursos se espera que fortalezcan el Fondo de Mitigación de Emergencias-FOME, a través del cual se busca canalizar los recursos para atender los gastos adicionales derivados de la coyuntura”.

1. Los anteriores hechos demuestran que la inversión temporal y obligatoria en TDS es un

mecanismo ágil y eficiente para aportar liquidez al FOME y, así, contribuir presupuestalmente al cumplimiento de su objeto. Lo anterior, habida cuenta de los recursos significativos que dicho fondo-cuenta requiere según las necesidades actuales, del desconocimiento de los recursos que pueda llegar a necesitar a futuro dada la imprevisibilidad de los efectos de la crisis, de la insuficiencia de sus demás fuentes de recursos, y de la afectación de las fuentes ordinarias de liquidez del Estado. Con esto, la Sala reafirma que la medida impuesta por el Decreto supera el juicio de necesidad fáctica.

1. En lo atinente a la necesidad jurídica, la Sala encuentra que en el ordenamiento jurídico ordinario no existen previsiones suficientes ni adecuadas para imponer la inversión en TDS y que, con la misma, el presidente de la República no incurrió en abuso o extralimitación. Lo anterior por lo siguiente.

1. En primer lugar, en condiciones de normalidad institucional, el Congreso de la República es el único competente para imponer inversiones obligatorias de conformidad con los artículos 150.21 y 334 superiores, que lo facultan a “expedir las leyes de intervención económica” en función de la “dirección general de la economía” a cargo del Estado. Así lo reconoció esta Corporación en la mencionada Sentencia C-870 de 2003, que al estudiar la inversión en TRD sostuvo que “[e]sta inversión forzosa, como cualquier otra, se enmarca dentro de la amplia facultad de configuración legislativa que le compete al Congreso en términos de los artículos 150-21 y 334 de la Constitución, referidos al poder intervencionista del Estado en la economía, que en el presente caso se proyecta con efectos fiscales y sociales de especial trascendencia para la calidad de vida de la comunidad en punto a la vivienda”. Siendo este un asunto reservado constitucionalmente al Legislador, el Gobierno Nacional carecía entonces de soporte legal para crear y regular la inversión temporal y obligatoria en TDS. Sobre este punto y en línea con lo sostenido por el Procurador General de la Nación, la Sala aclara que el artículo 83 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, que dispone que “[l]os créditos adicionales y traslados al Presupuesto General de la Nación destinados a atender gastos ocasionados por los estados de excepción, serán efectuados por Gobierno en los términos que éste señale”, no hubiera servido para que el Gobierno Nacional impusiera la

inversión sin recurrir a sus facultades excepcionales. Esto porque el elemento esencial de la medida es su carácter obligatorio, supuesto que no está previsto en la disposición referida.

1. En segundo lugar, de haberse optado por la vía legislativa se le hubiera restado celeridad a la medida. El inciso tercero del artículo 1º del Decreto indica que “la suscripción de esta inversión obligatoria por parte de los sujetos obligados deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días siguientes a la expedición del presente Decreto Legislativo”. El Decreto 685 de 2020, por su parte, definió en su artículo 4 las fechas para la suscripción de los títulos: el 28 de mayo de 2020 para la primera cuota por al menos 80% del total de la inversión, y el 13 de julio de 2020 para la segunda y última cuota por el remanente. Por sus tiempos, el trámite en el Congreso de la República no hubiera ofrecido la misma agilidad que se logró con el Decreto. La Sala, por tanto, reconoce que el cause ofrecido por las vías ordinarias hubiera sido irreconciliable con la gestión rápida -pero responsable- que actualmente se debe exigir al Gobierno Nacional ante las necesidades actuales de recursos y la falta de certeza sobre la magnitud de aquellos que, inminentemente, se llegarán a requerir para superar la crisis y evitar la extensión de sus efectos.

1. Y, en tercer lugar, el Gobierno Nacional no incurrió en abuso o extralimitación al imponer la medida. La inversión temporal y obligatoria en TDS, de hecho, es expresión de la dirección general de la economía a cargo del Estado -estatuida en el artículo 334 superior-; desarrolla los mandatos constitucionales de preservar el interés general -previsto en el artículo 1º superior-; contribuye al logro de los fines esenciales del Estado de servir a la comunidad y promover la prosperidad general -consignados en el artículo 2 superior-; garantiza la efectividad de los derechos a la vida, a la salud y al trabajo -consagrados respectivamente en los artículos 11, 49 y 25 superiores-; y, en especial, materializa el deber de contribuir con los gastos e inversiones del Estado dentro de los principios de justicia y equidad, dispuesto en el artículo 95.9 superior. Sobre este último deber, así como sobre la razonabilidad y proporcionalidad de las restricciones que la medida introduce sobre la libertad económica y el derecho a la propiedad, la Sala profundizará en el juicio de proporcionalidad.

1. Lo anterior da cuenta de que el uso de las facultades excepcionales por parte del Gobierno Nacional era indispensable jurídicamente para crear y regular la inversión temporal y obligatoria en TDS, así como de que tramitarla a través del Congreso de la República le hubiera restado celeridad y de que no entraña ningún abuso o extralimitación. En esos términos, el Decreto supera entonces el requisito de necesidad jurídica.

1. En cuanto al requisito de proporcionalidad la medida, primero, es equilibrada frente a la gravedad de la emergencia. Los recursos generados por la inversión temporal y obligatoria en TDS – del orden de 9,8 billones de pesos- serán destinados al FOME, lo cual, en virtud del objeto de dicho fondo-cuenta y en el marco del estado de emergencia, materializa mandatos constitucionales, tal como se explicó en el juicio de necesidad jurídica. Lo anterior da cuenta de que los beneficios que se logran con la medida son significativos para la sociedad ante la pandemia de Covid-19 y el confinamiento que esta última ha implicado. Segundo, porque las restricciones a la libertad económica (artículo 333 superior) y al derecho a la propiedad (artículo 58 superior) que se derivan del carácter forzoso de la inversión en TDS y que afectan a los establecimientos de crédito por sobre otros agentes económicos, son respetuosas de los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica y la propiedad de los particulares en aras del interés general. Estos límites, según la jurisprudencia de esta Corporación, consisten en que la intervención estatal “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”⁵⁴. Por tanto, la Sala se dará a la tarea de verificar cada uno de estos puntos a continuación:

a. Fuente legal de la medida. La Sala constata que, al haber sido creada por el Decreto, la inversión en TDS tiene fuente en disposiciones de rango legal.

a. No afectación de los núcleos esenciales de la libertad económica y del derecho a la

propiedad. En la referida Sentencia C-870 de 2003, la Corte analizó la inversión temporal y obligatoria en TRD ante un cargo por vulneración de los artículos 333 y 58 superiores. En dicha providencia, la Corte sostuvo que la medida no vulneraba el núcleo esencial de estas garantías porque, frente a la libertad económica:

“Todo tiende a señalar que el derecho a la libertad de empresa no ha sufrido lesión alguna en virtud del artículo censurado, pues según se registra, la afectación de unos recursos privados a la adquisición de los TRD no limita desproporcionadamente la iniciativa privada que le incumbe a los agentes económicos obligados a realizar dicha adquisición, como tampoco su capacidad instalada para el giro ordinario de sus negocios. Lo cual se puede deducir de la simple lectura del segundo inciso del artículo 45 demandado, con arreglo al cual la tarifa de inversión es del 0.68% sobre los rubros allí identificados. Tarifa que en todo caso no se hace efectiva en un solo contado, puesto que se aplica de manera diferida, con las subsiguientes ventajas que ello le depara al adquirente en el plano de su manejo patrimonial.” (negrilla fuera del texto original)

a. Y, respecto al derecho a la propiedad:

“Los TRD no causan intereses remuneratorios, pero gozan a su favor de la actualización monetaria que les dispensa su denominación en UVR. Es decir, día a día los adquirentes mantienen el valor presente de su inversión, y con ello, la intangibilidad del núcleo esencial del derecho a la propiedad. Siendo claro además que, en la tensión que discurre entre el derecho sobre la propiedad privada y la supremacía del interés general, el fin social de la propiedad sale bien librado a instancias de los TRD”. (negrilla fuera del texto original)

a. La Sala resalta que estas consideraciones son aplicables a la inversión temporal y obligatoria en TDS. Esto en razón a que, tal como se explicó en el juicio de no contradicción específica, los recursos sujetos a la disponibilidad de los establecimientos de crédito que

deben invertirse obligatoriamente en TDS -es decir, los que se calculan sobre las exigibilidades sometidas a encaje de 0%-, les aplica un porcentaje de inversión de hasta 1%, de conformidad con el artículo 3.2 del Decreto. También porque los TDS, si bien no gozan de un factor de actualización frente a su valor, sí devengan rendimientos que reflejan las condiciones del mercado de títulos de deuda pública interna de corto plazo y, además, son libremente negociables, esto con arreglo al artículo 2 del Decreto.

a. En el mismo sentido que frente a la inversión en TRD, en esta ocasión la Sala estima que el porcentaje de inversión sobre recursos disponibles no cercena la capacidad de los sujetos obligados para el giro ordinario de sus negocios. De igual forma, advierte que los rendimientos ofrecidos por los TDS y su libre negociación garantizan que los inversionistas no perderán el valor presente de su inversión, más bien recibirán beneficios por la misma. Con esto, la Sala estima que la medida no vulnera el núcleo esencial de la libertad económica, ni del derecho a la propiedad.

a. Motivación suficiente y adecuada que justifica la limitación de la libertad económica y de la propiedad. La Sala, en línea con lo considerado en el juicio de motivación suficiente, reitera que la medida fue soportada suficiente y adecuadamente. Pero agrega que, en lo que atañe a las restricciones de la libertad económica y de la propiedad, los considerandos del Decreto señalan:

“Que las normas de rango legal pueden delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Jurídicamente, la libertad económica está garantizada por la Constitución siempre que exista armonía con el interés y bien común. En la coyuntura de la Emergencia Económica, Social y Ecológica generada por la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, la salud de todos los colombianos se erige como fundamento para una limitación que permite materializar el fin social de la propiedad y la protección.” (negrilla fuera del texto original)

a. Obediencia al principio de solidaridad. El artículo 95.9 superior consigna el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad. Tal deber cobija los aportes extratributarios y se funda en el principio de reciprocidad⁵⁵, según el cual “todo Estado, para su organización y funcionamiento, no puede prescindir del aporte tributario y extratributario de sus habitantes, a cuyos efectos puede exigírsele a cada cual según su capacidad económica. Es pues, un asunto de solidaridad que atañe a todas las personas y al Estado mismo, del cual ellas forman parte integral”⁵⁶. Tal como se verá en seguida, la inversión en TDS exige a los sujetos obligados según su capacidad económica. Por tanto, a juicio de la Sala la medida materializa esta obligación constitucional y, con ello, los principios de reciprocidad y solidaridad en los que se inspira.

a. Criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En atención a los límites constitucionales que les caben a las medidas que restringen la libertad económica y la propiedad, la ya citada Sentencia C-870 de 2003 expuso lo siguiente sobre la posibilidad de introducir distinciones frente al ámbito de aplicación subjetivo de dichas medidas:

“Vale decir, jurídicamente la libertad económica está garantizada por la Constitución en armonía con el derecho a la igualdad de los potenciales agentes económicos; por lo tanto, siempre que el legislador pretenda establecer limitaciones, exigencias o prerrogativas en torno a esa libertad, deberá examinar previamente los supuestos viables a la concreción de este derecho en un plano de igualdad material, sin perjuicio de las distinciones que pueda hacer entre unas personas y otras, al amparo de claros criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. (negrilla fuera del texto original)

1. En atención a lo anterior, para la Sala resulta razonable que se imponga a los establecimientos de crédito la obligación de invertir. Por un lado, dada su labor de intermediación financiera, concentrada en la captación y colocación de recursos, los establecimientos de crédito son agentes económicos que cuentan con recursos líquidos. A dicho efecto, el capítulo 1º del título 1º del libro 1º de la parte 2 del Decreto 2555 de 2010

establece las normas sobre niveles de patrimonio adecuado y las relaciones mínimas de solvencia que les son aplicables con el fin de proteger la confianza del público en el sistema y asegurar su desarrollo en condiciones de seguridad y competitividad.

1. Parte de los recursos líquidos con los que cuentan los establecimientos de crédito corresponden a productos mediante los cuales captan recursos del público, como son los depósitos a la vista, a término o de ahorro. Estos productos, a su vez, pueden estar o no sujetos a encaje bancario, de acuerdo con lo que determine la junta directiva del Banco de la República en ejercicio de la función contemplada en el literal a) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992. Tal autoridad, como se vio, redujo recientemente ciertos porcentajes de encaje bancario, liberando, así, una porción de recursos de este mecanismo.

1. Por otro lado, tal como se precisó en el juicio de finalidad, con la inversión obligatoria y temporal en TDS la Nación busca conseguir liquidez para financiar al FOME y de esta manera impedir la extensión o agravación de la emergencia. Asimismo, los recursos a invertir obligatoriamente en TDS se calculan con base en exigibilidades sujetas o no encaje, siendo estas los productos mediante los cuales los establecimientos de crédito captan recursos del público.

1. En este entendido, la Sala constata (i) que la finalidad de la medida – conseguir liquidez- coincide con la condición de los agentes económicos a los cuales se dirige -son titulares de recursos líquidos-; (ii) que los recursos sometidos a inversión se calculan sobre la base de las exigibilidades con las cuales los mismos establecimientos de crédito captan los recursos del público, y (iii) que parte de dichas exigibilidades fue objeto de una reducción de encaje, lo cual significa que los establecimientos de crédito, a diferencia de otros agentes económicos, se beneficiaron de una reciente inyección de liquidez. Para la Sala resulta entonces razonable que los obligados sean los establecimientos de crédito por sobre otros agentes económicos.

1. Asimismo, para la Sala la inversión en TDS que se les exige a los establecimientos de crédito es proporcional. Esto, por un lado, porque al calcularse con base en porcentajes, los recursos que cada sujeto obligado invertirá en TDS serán los que atiendan a su respectiva capacidad. Y, por otro, porque una parte de los recursos a invertir por los establecimientos de crédito -la calculada con base a las exigibilidades sujetas a encaje- coincide con los liberados de encaje por la junta directiva del Banco de la República, y la otra parte -la calculada con base a exigibilidades sujetas a encaje del 0%- tiene un porcentaje de inversión del 1%, lo cual no afecta la capacidad instalada de los obligados para el giro ordinario de sus negocios.

1. Ante la razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado, para la Sala este último resulta justificado en el plano de la igualdad material: los establecimientos de crédito, desde el punto de vista fáctico, se encuentran en circunstancias distintas de otros agentes económicos, lo que los hace estar en mejor posición para prestar, con su inversión, la liquidez que la Nación necesita en el marco de la emergencia.

1. En atención a estas consideraciones, la Sala encuentra que la medida adoptada mediante el Decreto, además de ser equilibrada, impone unas restricciones a la libertad económica y a la propiedad en un grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad y que, además, obedecen al principio de igualdad en su plano material. Con esto, se da por superado el juicio de proporcionalidad.

1. El Decreto supera también el juicio de no discriminación, primero, porque ninguna de sus medidas supone una forma de discriminación “fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica”. Segundo, porque como se explicó en el juicio de proporcionalidad, el trato diferenciado por el cual se obliga a los establecimientos de crédito a invertir en TDS por sobre otros agentes económicos, está justificado. Y, tercero,

porque excluir a las Instituciones Oficiales Especiales de la obligación de invertir en TDS también lo está. Estas instituciones son entidades financieras estatales que principalmente operan como bancos de desarrollo, fomento, segundo piso o redescuento⁵⁷. Su labor, por tanto, se concentra en la colocación de recursos y no en su captación. En esa medida, carecen -en términos generales- de la base sobre la cual se calculan los recursos a invertir. Al contrastar lo anterior con las circunstancias que motivan que los establecimientos de crédito sean los obligados -explicadas en el juicio de proporcionalidad- para la Sala hay razón para excluir del alcance forzoso de la medida a las Instituciones Oficiales Especiales.

1. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala resalta que el párrafo del artículo 3 del Decreto les permite suscribir TDS a las personas no obligadas. Nada obsta, por tanto, para que quienes lo estiman, participen voluntariamente de la operación. A dicho fin, no se introduce discriminación alguna.

1. Justificado entonces que sean los establecimientos de crédito los obligados por la medida y, asimismo, que las Instituciones Oficiales se vean relevadas de tal obligación, la Sala confirma que el Decreto supera el juicio de no discriminación.

1. En consecuencia, la Sala concluye que el decreto legislativo objeto de control cumple los requisitos materiales impuestos por la Constitución y la LEEE.

1. Conclusión

1. La Sala encuentra que el Decreto cumple con todos los requisitos formales y también, en su integralidad, los requisitos materiales exigibles de acuerdo con las disposiciones constitucionales y estatutarias aplicables. En esa medida, encuentra que el Decreto es exequible.

VI. 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 562 del 15 de abril de 2020, “[p]or el cual se adoptan medidas para crear una inversión obligatoria temporal en títulos de deuda pública, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado Sustanciador

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

1 La sustanciación del proceso de revisión fue asignada al suscrito magistrado en sesión no presencial de Sala Plena realizada el 20 de abril de 2020. Mediante Auto de 24 de abril siguiente, el magistrado sustanciador asumió el conocimiento del presente asunto; ordenó comunicar de manera inmediata el inicio del proceso al Presidente de la República; su fijación en lista por el término de cinco días para efectos de la intervención ciudadana; e invitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; al Banco de la República; a la Superintendencia Financiera de Colombia; a la Contraloría General de la República; a la Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo -FEDESARROLLO; a la Asociación Nacional de Instituciones Financieras -ANIF; a las universidades de Antioquia, de los Andes, del Norte, Externado de Colombia, Nacional de Colombia, EAFIT, Javeriana y Libre de Bogotá, a través de sus facultades, centros de pensamiento o dependencias académicas; y a los expertos a José Antonio Ocampo Gaviria, Salomón Kalmanovitz, Mauricio Cárdenas, Roberto Junguito, Cecilia López y Mauricio Cabrera Galvis, para que, si lo estimaban necesario, presentaran concepto sobre la relación de la materia regulada con el estado de emergencia, su contribución a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos y los demás aspectos que consideraran relevantes para el examen de constitucionalidad del decreto objeto de control. Expirado el término de fijación en lista, se corrió traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia.

2 (FDO.) IVAN DUQUE MARQUEZ, LA MINISTRA DEL INTERIOR, ALICIA VICTORIA ARANGO OLMOS, LA MINISTRA DE RELACIONES EXTERIORES, CLAUDIA BLUM DE BARBERI; EL MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA; LA MINISTRA DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, MARGARITA LEONOR CABELLO BLANCO; EL MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL, CARLOS HOLMES TRUJILLO GARCIA; EL MINISTRO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, RODOLFO ENRIQUE ZEA NAVARRO; EL MINISTRO DE SALUD Y

PROTECCIÓN SOCIAL, FERNANDO RUIZ GÓMEZ; EL MINISTRO DE TRABAJO, ÁNGEL CUSTODIO CABRERA BÁEZ; LA MINISTRA DE MINAS Y ENERGÍA, MARÍA FERNANDA SUÁREZ LONDOÑO; EL MINISTRO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, JOSÉ MANUEL RESTREPO ABONDANO; LA MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL, MARÍA VICTORIA ANGULO GONZALEZ; EL MINISTRO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, RICARDO JOSÉ LOZANO PICÓN; EL MINISTRO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, JONATHAN MALAGON GONZALEZ; LA MINISTRA DE TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, SYLVIA CRISTINA CONSTAÍN RENGIFO; LA MINISTRA DE TRANSPORTE, ANGELA MARIA OROZCO GOMEZ; LA MINISTRA DE CULTURA, CARMEN INES VASQUEZ CAMACHO; LA MINISTRA DE CIENCIA, TECNOLOGIA E INNOVACIÓN, MABEL GISELA TORRES TORRES; EL MINISTRO DEL DEPORTE, ERNESTO LUCENA BARRERO.

3 Este capítulo se ha apoyado en las consideraciones contenidas entre otras, en las sentencias C-136/09 M.P. Jaime Araújo Rentería, C-145/09 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, C-224/09 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-225/09 M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez, C-226 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-911/10 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-223/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-241/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-671/15 M.P. Alberto Rojas Ríos, C-701 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, C-465/17 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido y C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Varios de los párrafos corresponden a transcripciones literales de algunas de dichas sentencias.

4 Sentencia C-216/99 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

5 La Corte ha aclarado que el estado de excepción previsto en el artículo 215 puede tener diferentes modalidades, dependiendo de los hechos que motiven su declaratoria. Así, se procederá a declarar la emergencia económica, cuando los hechos que dan lugar a la declaración se encuentren relacionados con la perturbación del orden económico; social, cuando la crisis que origina la declaración se encuentre relacionada con el orden social; y ecológica, cuando sus efectos se proyecten en este último ámbito. En consecuencia, también se podrán combinar las modalidades anteriores cuando la crisis que motiva la declaratoria amenace con perturbar estos tres órdenes de forma simultánea, quedando, a juicio del

presidente de la República, efectuar la correspondiente valoración y plasmarla así en la declaración del estado de excepción.

6 Decreto 333 de 1992.

7 Decreto 680 de 1992.

8 Decreto 1178 de 1994, Decreto 195 de 1999, Decreto 4580 de 2010 y Decreto 601 de 2017.

9 Decreto 80 de 1997.

10 Decreto 2330 de 1998.

11 Decreto 4333 de 2008 y 4704 de 2008.

12 Decreto 4975 de 2009.

13 Decreto 2963 de 2010 y Decreto 1170 de 2011

14 Este capítulo se ha apoyado en las consideraciones contenidas entre otras, en las sentencias C-465/17 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido y C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz. Varios de los párrafos corresponden a transcripciones literales de dichas sentencias.

15 La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este juicio en las sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-465/17 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, entre otras.

16 Ley 137 de 1994. Art. 10. “Finalidad. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos.”

17 Sentencia C-724/15 M.P. Luis Ernesto Vargas. “Las medidas adoptadas por el Gobierno al amparo de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica (i) deben estar destinadas exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos; y (ii)

deberán referirse a asuntos que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia”. Sentencia C-700/15, M.P. Gloria Stella Ortiz. El juicio de finalidad “(...) es una exigencia constitucional de que todas las medidas adoptadas estén dirigidas a solucionar los problemas que dieron origen a la declaratoria de los estados de excepción. En otras palabras, es necesario que el articulado cumpla con una finalidad específica y cierta”.

18 La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este juicio en las sentencias C-517/17 M.P. Iván Escruería Mayolo, C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo, entre otras.

19 Constitución Política. Art. 215. “Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes”.

20 Ley 137 de 1994. Art. 47. “Facultades. En virtud de la declaración del Estado de Emergencia, el Gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado”.

22 Sentencia C-724/15. M.P. Luis Ernesto Vargas. “La conexidad en el control de constitucionalidad de los Decretos legislativos dictados con base en la declaratoria del estado de emergencia social, económica y ecológica, se dirige entonces a verificar determinadas condiciones particulares, relacionadas con la vinculación de los objetivos del Decreto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, y con los hechos que la ocasionaron”. En este sentido, ver, también, la sentencia C-701/15 M.P. Luis Guillermo Guerrero.

23 El juicio de motivación suficiente de las medidas ha sido desarrollado por esta Corte en las sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo, C-241/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-227/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, C-224/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-223/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

24 Sentencia C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido. En la providencia se reiteran las

consideraciones de las sentencias C-722/15 M.P. Myriam Ávila Roldán y C-194/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

25 Al respecto, en la sentencia C-753/15 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, la Corte Constitucional sostuvo que “en el caso de que la medida adoptada no límite derecho alguno resulta menos exigente, aunque los considerandos deben expresar al menos un motivo que la justifique”.

26 Ley 137 de 1994, “Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia”, artículo 8.

27 Sobre el juicio de ausencia de arbitrariedad se pueden consultar las sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo, C-241/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-227/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez y C-224/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

28 Sentencia C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, en la cual se reiteran las consideraciones de las sentencias C-723/15 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-742/15 M.P. María Victoria Calle Correa.

29 Artículo 7º de la Ley 137 de 1994. “Vigencia del Estado de Derecho. En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración. Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades”.

30 Sentencia C-149/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada, entre otras, en las sentencias C-224/09 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-241/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

31 El juicio de intangibilidad ha sido desarrollado por este Tribunal en las Sentencias C-517 de 2017 M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo, C-468 de 2017 M.P. Alberto rojas Ríos, C-467 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466 de 2017 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-409 de

2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo, C-751 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-723 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-700 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

32 Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-723/15 Luis Ernesto Vargas Silva.

33 Esta Corporación se ha referido a este juicio en las sentencias C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, C-136 de 2009, C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-723/15 Luis Ernesto Vargas Silva.

34 Sobre el particular se han pronunciado, entre otras, las sentencias C-517/17 M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo, C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-465/17 Cristina Pardo Schlesinger, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, C-409 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-723/15 Luis Ernesto Vargas Silva.

35 En la Sentencia C-179 de 1994 que revisó la constitucionalidad de la ley LEEE, la Corte precisó que la finalidad del requisito de necesidad es “impedir que se cometan abusos o extralimitaciones en la adopción de las medidas que, en todo caso, deben ser las estrictamente indispensables para retornar a la normalidad”.

36 Sobre el juicio de proporcionalidad es posible consultar las sentencias: C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-227/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, C-225/11 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-911/10 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-224/09 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-145/09 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y C-136/09 M.P. Jaime Araújo Rentería.

37 Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-701 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, C-672/15 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-671/15 M.P. Alberto Rojas Ríos, C-227/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, C-224/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-136/09 M.P. Jaime Araújo Rentería.

38 “Artículo 14. No discriminación. Las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica (...)”.

39 Sobre el particular, cabe resaltar que dicho listado de categorías sospechosas no es taxativo, pues de conformidad con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “la ley prohibirá toda discriminación”.

40 En este sentido, en la Sentencia C-156/11 M.P. Mauricio González Cuervo, esta Sala explicó que el juicio de no discriminación pretende hacer efectivo “el principio de igualdad ante la ley del artículo 13 de la Constitución Política, en el sentido de establecer que todas las personas recibirán el mismo trato y no se harán distinciones basadas en criterios de raza, lengua, religión, origen familiar, creencias políticas o filosóficas”.

41 “La emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública, se integran como una especie de correlato de las operaciones de crédito público, las cuales pueden ser de carácter interno o externo. Son operaciones de crédito público internas las que, de conformidad con las disposiciones cambiarias, se celebren exclusivamente entre residentes del territorio colombiano para ser pagaderas en moneda legal colombiana”. Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2003.

42 “Por la cual se amplían las autorizaciones conferidas al Gobierno nacional para celebrar operaciones de crédito público externo e interno y operaciones asimiladas a las anteriores, así como para garantizar obligaciones de pago de otras entidades y se dictan disposiciones sobre emisión de Títulos de Tesorería TES Clase “B” con el fin de atender la eventual liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom)”.

43 Suscrito por el presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo 562 del 2020, y por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

44 Al respecto, la Corte Constitucional explicó en la Sentencia C-870 de 2003: “[d]e acuerdo con nuestra legislación presupuestal, los ingresos del Presupuesto General de la Nación están constituidos por los ingresos de la Nación y por los recursos propios de los establecimientos

públicos nacionales. Los ingresos de la Nación comprenden: los ingresos corrientes, las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, los fondos especiales y los recursos de capital. Los recursos de capital son ingresos extraordinarios que percibe la Nación, dentro de los cuales se hallan, entre otros: los recursos del crédito interno (...) [que] son ingresos obtenidos al amparo de las autorizaciones dadas a la Nación para contratar créditos con entidades financieras u organismos nacionales, o para emitir, suscribir y colocar títulos de deuda pública de conformidad con las condiciones financieras de carácter general señaladas por el Banco de la República”.

45 La Corte Constitucional ilustró sobre este asunto en Sentencia C-263 de 2011: “No obstante, en los términos del artículo 333, las libertades económicas no son absolutas. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas son reconocidas a los particulares por motivos de interés público. Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que estas libertades no son absolutas y que el Estado tiene la obligación de intervenir en la economía para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad, la Corte ha precisado que las libertades económicas pueden ser limitadas”.

46 Artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

47 Corte Constitucional, Sentencia C-241 de 2011.

48 Ver Ley 1624 de 2013, Ley 1366 de 2009, Ley 781 de 2002, Ley 533 de 1999, Ley 185 de 1995, Ley 51 de 1990, Ley 78 de 1989, y Ley 43 de 1987.

49 Intervención del Banco de la República referida en la Sentencia C-827 de 2001 de la Corte Constitucional.

50 Comunicado de prensa del Banco de la República del 14 de abril de 2020, “Banco de la República inyecta liquidez permanente a la economía mediante la reducción del encaje y refuerza su intervención en el mercado de deuda pública”, consultado en <https://www.banrep.gov.co/es/banco-republica-inyecta-liquidez-permanente-economia-media-nte-reduccion-del-encaje-y-refuerza-su>

51 Corte Constitucional, Sentencia C-615 de 2002.

52 “Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020 y se efectúa su correspondiente liquidación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”

53 “Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020 y se efectúa su correspondiente liquidación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”

54 Corte Constitucional, Sentencia C-615 de 2002

55 Corte Constitucional, Sentencia C-741 de 1999.

56 Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2003.

57 Cabe precisar que el Decreto Legislativo 468 de 2020, declarado exequible por la

Sentencia C-160 de 2020, habilitó a las Instituciones Oficiales Especiales Findeter y Bancóldex para que temporal y excepcionalmente otorgaran de créditos directos. Esta autorización, no obstante, no incluyó la posibilidad de captar recursos del público.