

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE FORTALECE PATRIMONIALMENTE EL GRUPO BICENTENARIO Y EL FONDO NACIONAL DE GARANTIAS-Exequibilidad

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

La Corte encontró “que era necesario adoptar medidas extraordinarias para conjurar los efectos de la crisis, en particular apoyar el sector salud y mitigar los efectos económicos que enfrenta el país. La adopción de medidas legislativas busca mejorar la situación de los contagiados y evitar una mayor propagación del COVID-19”. En ese sentido, resaltó la necesidad de flexibilizar algunos de los estándares que ha utilizado la Corporación para el estudio de decretos legislativos, “ponderando entre la necesidad de esa estrictez en el control, pero también en la visualización de las amplias potestades que posee el gobierno para la mitigación y contención de la crisis; todo ello dentro de un justo equilibrio”

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

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

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

ESTADOS DE EXCEPCION-Carácter reglado, excepcional y limitado

La naturaleza reglada, excepcional y limitada de los estados de excepción se garantiza por medio de su estricta regulación en la Constitución y en la Ley 137 de 1994 -en adelante LEEE-, así como mediante sus especiales dispositivos de control político y judicial

ESTADOS DE EXCEPCION-Control político y control jurídico

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Contenido

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

CALAMIDAD PUBLICA-Definición

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

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

El artículo 215 de la Constitución prescribe que la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica 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 los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, así como ejercer sus atribuciones constitucionales; y, (iii) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el Gobierno nacional.

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

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

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

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio formal

El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) la suscripción por el Presidente de la República y por todos sus ministros; (ii) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) la existencia de motivación. 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.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio material

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.

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

A la luz de este juicio, toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión o agravación de sus efectos.

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

Con este juicio, se 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

(...) ha sido considerado como un juicio que complementa la verificación formal por cuanto busca dilucidar si, además de haberse formulado una fundamentación del decreto de emergencia, el Presidente ha presentado 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

(...) tiene por objeto comprobar que en el decreto legislativo no se establezcan 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 suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales; que (ii) no interrumpen 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

(...) parte del reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia constitucional acerca del carácter “intocable” de algunos derechos, los cuales, a la luz de los artículos 93 y 214 de la Constitución, no pueden ser restringidos ni siquiera durante los estados de excepción. La Corte ha establecido que en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se consideran como 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.

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

(...) tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no contraríen de manera específica a la Constitución o a los tratados internacionales; y, (ii) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el grupo de medidas descritas en los artículos 47, 48 y 50 de la LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, la consistente en que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en el artículo 215 de la Constitución.

(...) 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

(...) 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 de: (i) la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente si las medidas

adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el Presidente de la República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis; y, (ii) la necesidad jurídica o subsidiariedad que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

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

(...) que se desprende del artículo 13 de la LEEE, exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción sean 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, como 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 cual tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE, exige que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción, no pueden entrañar segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes injustificados.

RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO EN EL ORDEN NACIONAL-Integración

En este contexto, el artículo 115 de la Constitución prevé que la rama Ejecutiva del poder público se encuentra conformada no solo por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos, las gobernaciones y las alcaldías. Define, también, que hacen parte de ella las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado. La Ley 489 de 1998 desarrolla la materia y, entre otros aspectos, regula la estructura de la organización y funcionamiento de la administración pública. De modo específico, en su artículo 38, sobre la integración de la rama Ejecutiva en el orden nacional, establece, además de los órganos que hacen parte del sector central, un sector descentralizado por servicios.

DESCENTRALIZACION POR SERVICIOS-Alcance/DESCENTRALIZACION POR SERVICIOS-Mecanismos de articulación/DESCENTRALIZACION POR SERVICIOS-Implica el otorgamiento de funciones administrativas a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada

FONDO NACIONAL DE GARANTIAS FNG-Naturaleza jurídica y objeto

El Fondo Nacional de Garantías fue creado mediante el Decreto 3788 de 1981. Es una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Se trata de una entidad descentralizada por servicios de la rama Ejecutiva del orden nacional. A partir del 1° de enero de 2004, el FNG está sometido a la supervisión de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, y su objetivo es el otorgamiento de garantías que permitan a las Mipymes (personas naturales o jurídicas) de

todos los sectores económicos (excepto el sector agropecuario), el acceso al crédito ante los intermediarios financieros. Respalda créditos destinados a la adquisición de activos fijos, capital de trabajo, reestructuración de pasivos y capitalización empresarial.

FONDO NACIONAL DE GARANTIAS FNG-Función

El FNG actúa principalmente como fiador o bajo otras formas de garante, ante establecimientos de crédito legalmente autorizados. Estos pueden ser nacionales o extranjeros, patrimonios autónomos, entidades cooperativas y demás formas asociativas del sector solidario.

CONGLOMERADOS FINANCIEROS-Concepto

HOLDING-Concepto

La sociedad holding o controlante se distingue por ser la persona jurídica o vehículo de inversión que lleva a cabo el primer nivel de control o influencia significativa sobre las entidades que conforman el conglomerado financiero. Ejerce el primer nivel de control la persona jurídica o el vehículo de inversión más próximo a las entidades que desarrollan una actividad propia de las vigiladas por la Superintendencia Financiera y detenta el control común de todas las entidades de esa naturaleza que conforman el conglomerado financiero. Por su parte, vehículo de inversión es cualquier forma jurídica a través de la cual se detenta, directa o indirectamente, la propiedad y/o control de las acciones de una entidad que haga parte del conglomerado financiero.

HOLDING-Regulación

FACULTADES EXTRAORDINARIAS AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Contenido y alcance

En el sector público, mediante el artículo 351 de la Ley 1955 de 2019, el Legislador le otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias para “crear una entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional responsable de la gestión del servicio financiero público que incida en mayores niveles de eficiencia”. En uso de estas facultades, el Ejecutivo emitió el Decreto ley 2111 de 2019, a través del cual creó el Grupo Bicentenario S.A.S., con el cual se busca hacer más efectiva la prestación de servicios financieros, aumentar el valor de las empresas del grupo mediante la coordinación de la estrategia, la materialización de sinergias entre las empresas, y facilitar la implementación de las mejores prácticas de administración y de gobierno corporativo.

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA DEL NIVEL TERRITORIAL-Clasificación de excedentes financieros

De conformidad con el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto ley 111 de 1996), los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional no societarias, son de propiedad de la Nación. Así mismo, las utilidades de las empresas industriales y comerciales societarias del Estado y de las sociedades de economía mixta del orden nacional, son de propiedad de la Nación en la cuantía que corresponda a las entidades estatales nacionales por su participación en el capital de la empresa. De acuerdo con lo anterior, los rendimientos de las entidades descentralizadas del orden nacional indicadas, las cuales proporcionan bienes y servicios de interés público, son activos que incrementan la propiedad del Estado (en el caso de las sociedades de economía mixta en la

proporción de participación estatal).

CONSEJO NACIONAL DE POLITICA ECONOMICA Y SOCIAL CONPES-Capitalización de empresas estatales

COMISION INTERSECTORIAL PARA EL APROVECHAMIENTO DE ACTIVOS PUBLICOS-
Funciones/COMISION INTERSECTORIAL PARA EL APROVECHAMIENTO DE ACTIVOS PUBLICOS-
Objetivo

Esta Comisión coordina y orienta el ejercicio de la propiedad estatal de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, las empresas sociales del Estado del orden nacional, las sociedades de economía mixta del orden nacional, las empresas oficiales y mixtas de servicios públicos del orden nacional y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización. Su objeto principal es estudiar y recomendar al Gobierno nacional las políticas, estrategias y objetivos que permitan armonizar las funciones y ejercicio de propiedad estatal en los diferentes sectores, elevar progresivamente los estándares de gobierno corporativo, proponer, orientar y coordinar mecanismos de aprovechamiento de recursos públicos.

PROCESOS DE CAPITALIZACION-Requisitos

(...) se podrá realizar un proceso de capitalización cuando: a) se efectúe en cumplimiento de una disposición legal o para fortalecer patrimonialmente la empresa; b) se requiere alcanzar indicadores mínimos de solvencia requeridos por ley o por organismos reguladores; c) se estima rentable o menos desfavorable para el Estado la capitalización de las acreencias que las empresas tienen con la Nación; d) se considera favorable para la empresa y para el

Estado la capitalización representada en bienes en especie; e) se encuentra en riesgo la prestación de un servicio público, la protección de intereses estratégicos del Estado o puede haber un desequilibrio importante en un sector que impacte negativamente la economía nacional; f) se estime que la capitalización puede generar un mayor valor de la empresa que permita la generación de mayor valor económico en el futuro para la Nación; y, g) se busque una participación mayoritaria en una empresa que la Nación considera estratégica y que actualmente no la tienen.

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE FORTALECE PATRIMONIALMENTE EL GRUPO BICENTENARIO Y EL FONDO NACIONAL DE GARANTIAS-
Contenido y alcance

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE FORTALECE PATRIMONIALMENTE EL GRUPO BICENTENARIO Y EL FONDO NACIONAL DE GARANTIAS-Costos de derechos notariales pueden regularse por Decreto Reglamentario

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE FORTALECE PATRIMONIALMENTE EL GRUPO BICENTENARIO Y EL FONDO NACIONAL DE GARANTIAS-Inexequibilidad diferida

La Corte considera que, dadas las circunstancias actuales y en razón de que esta normativa debe ser expedida de manera urgente, el plazo del diferimiento de los efectos de inconstitucionalidad deberá ser de tres meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. Además, siguiendo el criterio jurisprudencial trazado en la Sentencia C-481 de 2019[116], la Sala considera pertinente advertir que los efectos de inconstitucionalidad solo se deberán proyectar hacia el futuro y no podrán afectar las situaciones particulares y subjetivas que se hayan erigido como situaciones jurídicas consolidadas. En suma, la Corte declarará la inexequibilidad del artículo 8 del Decreto

legislativo 492 de 2020, con efectos diferidos por 3 meses, contados a partir de la notificación del presente fallo.

INEXEQUIBILIDAD DIFERIDA-Efectos hasta fecha señalada

Referencia: Expediente RE-254

Revisión automática del Decreto legislativo 492 de 2020, “[p]or el cual se establecen medidas para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías y se dictan disposiciones en materia de recursos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”

Magistrada ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá D.C., 25 de junio de 2020

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto ley 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia.

I. ANTECEDENTES

1. En cumplimiento de lo previsto en el párrafo del artículo 215 de la Constitución, el 30 de marzo de 2020, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República remitió copia auténtica del Decreto legislativo 492 de 2020, “[p]or el cual se establecen medidas para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías y se dictan disposiciones en materia de recursos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”. Esto, con el fin de que la Corte adelantara el correspondiente control de constitucionalidad, de conformidad con el numeral 7 del artículo 241 de la C.P.

2. Avocado el conocimiento por la Magistrada ponente, mediante Auto de 3 de abril de 2020, se ordenó oficiar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para que en el término de 3 días indicaran las razones que, en su criterio, justificaban la constitucionalidad del Decreto de la referencia, a la luz de los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, no discriminación y demás requisitos señalados en los artículos 2, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 46 y 47 de la Ley 137 de 1994 y el artículo 215 de la Constitución Política. Así mismo, se solicitó al referido Ministerio suministrar información específica sobre la justificación, relación y conexidad del fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario S.A.S. (en adelante GB), del Fondo Nacional de Garantías (en adelante FNG) y de otras medidas contenidas en el Decreto, con el propósito de conjurar la Emergencia Económica y Social declarada por causa del COVID-19 e impedir la extensión de sus efectos.

3. En el mismo Auto, se dispuso que una vez vencido el término probatorio concedido al Ministerio de Hacienda y calificadas las pruebas, el expediente fuera fijado en lista de la Secretaría General de la Corte por el término de 5 días, para permitir a los ciudadanos defender o impugnar las disposiciones examinadas. Se determinó, simultáneamente a la fijación en lista, invitar a participar al FNG, al Departamento Nacional de Planeación, a la Superintendencia Financiera, a la Dirección de Micro, Pequeña y Mediana Empresa (MIPYMES) del Viceministerio de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; a las facultades de Derecho de las universidades Nacional y Externado de Colombia, de los Andes, del Rosario y Javeriana; a la Central Unitaria de Trabajadores y a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia -ANDI-, a fin de que emitieran concepto técnico sobre la norma objeto de control de constitucionalidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

4. Finalmente, se ordenó que, una vez vencido el término de fijación en lista, se corriera traslado al Procurador General de la Nación, por el término de diez (10) días, para que rindiera el concepto de rigor dentro del proceso. Agotados los trámites respectivos, procede la Corte a resolver sobre la constitucionalidad del Decreto legislativo 492 de 2020.

II. TEXTO DEL DECRETO OBJETO DE CONTROL

5. El siguiente es el texto del Decreto 492 del 28 de marzo de 2020, como aparece publicado en el Diario Oficial N° 51270.

“DECRETO 492 DE 2020

marzo 28

Por el cual se establecen medidas para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías y se dictan disposiciones en materia de recursos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020

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 nuevo 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 cual se establecieron disposiciones destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado al nuevo 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 nuevo coronavirus COVID-19, con graves afectaciones al orden económico y social.

Que según la Organización Mundial de la Salud – OMS, en reporte de fecha 26 de marzo de

2020 a las 13:33 GMT-5, se encuentran confirmados 462,684 casos, 20,834 fallecidos y 200 países, áreas o territorios con casos del nuevo coronavirus COVID-19.

Que, pese a las medidas adoptadas, el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 26 de marzo de 2020 6 muertes y 491 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (187), Cundinamarca (21), Antioquia (59), Valle del Cauca (73), Bolívar (26), Atlántico (13), Magdalena (5), Cesar (2), Norte de Santander (15), Santander (4), Cauca (9), Caldas (10), Risaralda (19), Quindío (12), Huila (14), Tolima (9), Meta (8), Casanare (1), San Andrés y Providencia (1), Nariño (1), Boyacá (2).

Que los efectos que se derivan de las circunstancias que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica afectan el derecho al mínimo vital de los hogares más vulnerables, por lo que se requieren adoptar medidas excepcionales con el fin de brindar apoyos económicos a la población más desprotegida.

Que, como resultado de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia, se requieren recursos adicionales a los disponibles a través de los mecanismos ordinarios, que puedan ejecutarse de forma ágil e inmediata, con el fin de destinarlos exclusivamente a implementar medidas dirigidas, entre otros propósitos, a contrarrestar la afectación de la estabilidad económica y social que conlleva la rápida propagación del nuevo coronavirus COVID-19, en el marco de la coyuntura en la que actualmente se encuentra el país.

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 la necesidad de adoptar medidas extraordinarias que permitan la reducción y optimización del capital de las entidades financieras con participación estatal, y fortalecer al Fondo Nacional de Garantías S.A. → FNG,

a través del aprovechamiento de los recursos de capital de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional. Esto, con el fin de garantizar la continuidad del acceso al crédito de los hogares más vulnerables, así como de las personas jurídicas.

Que el artículo 8 de la Ley 185 de 1995 «Por la cual se autorizan operaciones de endeudamiento interno y externo de la Nación, se autorizan operaciones para el saneamiento de obligaciones crediticias del sector público, se otorgan facultades y se dictan otras disposiciones», establece que «El Gobierno Nacional podrá capitalizar a las entidades descentralizadas del orden nacional u ordenar la capitalización de estas entidades entre sí. Para tales efectos, podrán hacerse aportes en dinero o en especie o realizarse asunciones de deuda.»

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, se hace necesario aprobar créditos adicionales y realizar traslados, distribuciones, modificaciones y desagregaciones al Presupuesto General de la Nación, en el marco de las facultades otorgadas al Gobierno nacional mediante el artículo 83 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, el artículo 46 y 47 de la Ley 137 de 1994, el artículo 18 de la Ley 2008 de 2019 y el artículo 3 del Decreto 417 de 2020.

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

Que, en efecto, el Estado cuenta con activos financieros importantes para solventar las necesidades de gasto derivadas de la pandemia y respaldar el restablecimiento de las

relaciones crediticias de los hogares y las empresas colombianas.

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

Que algunas entidades que hacen parte de la rama ejecutiva del orden nacional presentan recursos patrimoniales excedentarios representados en niveles de solvencia y/o de liquidez por encima de los mínimos regulatorios o prudenciales, que pueden ser utilizados para el financiamiento del Fondo Nacional de Garantías - FNG, con el objeto de que dicha entidad proporcione garantías focalizadas en sectores, productos o segmentos que se establezcan con el fin exclusivo de dar acceso al crédito a personas naturales y jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por los hechos que motivaron la Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Que la consolidación del patrimonio de las empresas estatales públicas en cabeza del Grupo Bicentenario S.A.S. permitirá coordinar y centralizar las estrategias de aprovechamiento de los recursos patrimoniales de las entidades financieras del sector público del orden nacional, con el propósito de utilizar estos recursos para afrontar los efectos adversos generados en el marco de la emergencia económica, social y ecológica de acuerdo con lo establecido en el Decreto 417 de 2020. Que los recursos de los que trata el parágrafo del artículo 144 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 56 de la Ley 1955 de 2019, se encuentran en una cuenta especial e independiente administrada por el Tesoro Nacional y no están comprometidos para el desarrollo de ninguna operación específica del Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura - FONDES.

Que la pandemia del nuevo coronavirus Covid-19 ha generado condiciones adversas tanto

económicas como sociales, no solo 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 confinamiento, 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 del 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 para con sus trabajadores, proveedores y demás acreedores, así como de las personas individuales, 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, servicios públicos, etc.

Que en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el Gobierno nacional ha expedido una serie de medidas con el fin de propiciar mejores condiciones económicas y sociales para la población que se ha visto afectada por la emergencia sanitaria, lo cual se ha traducido en una presión en el gasto público. Dentro de dichas medidas, cabe señalar las siguientes:

- Decreto 438 del 19 de marzo de 2020 - «Por el cual se adoptan medidas tributarias transitorias dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de conformidad con el Decreto 417 de 2020»: Se creó una exención del impuesto sobre las ventas IVA para la importación de insumos médicos, lo cual impacta el recaudo tributario. - Decreto 441 del 20 de marzo de 2020

- «Por el cual se dictan disposiciones en materia de servicios públicos de acueducto,

alcantarillado y aseo para hacer frente al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 417 de 2020»: Se ordenó la reconexión sin costo alguno del servicio público de acueducto y alcantarillado para aquellos usuarios que tuvieran suspendido el servicio, lo cual presiona el gasto público.

- Decreto 458 del 22 de marzo de 2020 - «Por el cual se adoptan medidas para los hogares en condición de pobreza en todo el territorio nacional, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica»: Se autorizó al Gobierno nacional a realizar la entrega de una transferencia monetaria no condicionada, adicional y extraordinaria en favor de los beneficiarios de los Programas Familias en Acción, Protección Social al Adulto Mayor - Colombia Mayor y Jóvenes en Acción. Para tal efecto, el Gobierno nacional requiere de recursos que actualmente no se encuentran disponibles. - Decreto 467 del 23 de marzo de 2020

- «Por el cual se dictan medidas de urgencia en materia de auxilios para beneficiarios del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - ICETEX, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica»: Se autorizó el otorgamiento de una serie de alivios económicos para los beneficiarios de créditos con el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - ICETEX, lo cual implica gasto público.

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

Que, debido a estas nuevas condiciones, el Gobierno nacional requiere optimizar el uso del capital de entidades financieras de propiedad estatal, transfiriendo dichos recursos al Fondo Nacional de Garantías, para que respalde la emisión de nuevos créditos con el fin de mantener activas las relaciones crediticias y financiar tanto a micro, pequeñas y medianas empresas, así como a personas naturales, que han dejado de percibir ingresos por su condición de trabajadores independientes o desempleo.

Que, en mérito de lo expuesto,

DECRETA:

Artículo 1. Fortalecimiento patrimonial del grupo bicentenario S.A.S. A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto, la propiedad de todas las empresas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero, que hagan parte de la Rama Ejecutiva del orden nacional, y que estén registradas a nombre de Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades del orden nacional, quedarán registradas y vinculadas a nombre de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Una vez efectuado el registro a que se refiere el inciso anterior, autorícese a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público para aportar como capital de la empresa Grupo Bicentenario S.A.S. la propiedad accionaria de todas las entidades financieras que hagan parte de la rama ejecutiva del orden Nacional, a su valor intrínseco.

Para estos efectos, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Grupo Bicentenario S.A.S. deberán llevar a cabo los registros y demás procedimientos necesarios para dar cumplimiento a este artículo dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del presente Decreto.

Parágrafo 1. Las entidades pertenecientes al Grupo Bicentenario, mantendrán en su gobierno corporativo la representación de los sectores a los cuales estaban adscritas o vinculadas y, en el marco de las orientaciones de estos, seguirá desarrollando las políticas públicas

sectoriales.

Parágrafo 2. No harán parte de la sociedad Grupo Bicentenario Nueva Empresa Promotora de Salud S.A – NUEVA E.P.S y Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

Artículo 2. Fortalecimiento patrimonial del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG. Autorícese a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y a las entidades estatales que hagan parte de la rama ejecutiva del orden nacional, para realizar aportes de capital al Fondo Nacional de Garantías S.A – FNG – mediante cualquier mecanismo de fortalecimiento patrimonial.

Artículo 3. Fuente de los recursos dispuestos para el fortalecimiento patrimonial del FNG. Los recursos para el fortalecimiento patrimonial del FNG podrán provenir de las siguientes fuentes:

a) Los excedentes de capital y dividendos de las entidades estatales que hagan parte de la rama ejecutiva del orden nacional, en los montos que determine el Gobierno nacional, incluyendo a Findeter, el Fondo Nacional del Ahorro y el Grupo Bicentenario S.AS., entre otros.

b) Los recursos de la cuenta especial de la que trata el artículo 144 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 56 de la Ley 1955 de 2019, y el artículo 2.19.16 del Decreto 1068 del 2015, modificado por el Decreto 277 de 2020, hasta por la suma de \$2,6 billones de pesos.

c) Las demás que determine el Gobierno nacional para tal fin, a cualquier título.

Artículo 4. Reducción y aprovechamiento del capital de las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional. Autorícese al Gobierno nacional para llevar a cabo la disminución de capital de las siguientes entidades en los montos máximos señalados a continuación:

a) Grupo Bicentenario S.A.S.: hasta por la suma de \$300 mil millones.

b) Financiera de Desarrollo Territorial S.A. – Findeter: hasta por la suma de \$100 mil millones.

c) Fondo Nacional del Ahorro – FNA: hasta por la suma de \$100 mil millones.

d) Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario – FINAGRO: hasta por la suma de \$50 mil millones.

e) Urrá S.A E.S.P.: hasta por la suma de \$50 mil millones.

f) Central de Inversiones S.A.: hasta por la suma de \$50 mil millones.

Parágrafo 1. Para la realización de las disminuciones de capital de las empresas descritas en este artículo se requerirá solamente la aprobación de la respectiva asamblea de accionistas en las empresas que cuenten con este órgano de dirección. En caso de no contar con asamblea de accionistas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público determinará las instrucciones y el plazo para el giro de los recursos.

Parágrafo 2. Los recursos resultantes de las operaciones descritas en los artículos 3 y 4 de este Decreto serán destinados únicamente al fortalecimiento patrimonial del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG.

Con tales recursos, el Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG respaldará solamente garantías focalizadas en sectores, productos o segmentos que se establezcan por la Junta Directiva del Fondo con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado en la Junta, para dar acceso al crédito a las personas naturales y jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por los hechos que motivaron la emergencia Económica, Social y Ecológica declarada por el Decreto 417 de 2020.

El Gobierno nacional, así como los demás accionistas o propietarios de las entidades antes mencionadas, recibirán el valor proporcional a su participación en el capital social de la entidad.

Parágrafo 3. En ningún caso la disminución de capital de las entidades descritas en este artículo podrá afectar la continuidad en la prestación de los servicios a su cargo o el cumplimiento de los requerimientos regulatorios para su operación. Si por razones regulatorias estas entidades llegaran a requerir mayor respaldo patrimonial, el Gobierno nacional podrá realizar aportes de capital hasta por los montos por los cuales se haya efectuado la respectiva reducción de capital.

Artículo 5. Incorporación de los recursos en el Presupuesto General de la Nación con destino al fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG. Los recursos para el fortalecimiento patrimonial del FNG se presupuestarán en la sección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se autoriza al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para realizar los créditos adicionales y traslados al Presupuesto General de la Nación destinados a atender los gastos ocasionados por el cumplimiento de este decreto.

Artículo 6. Exclusión del impuesto sobre las ventas (IVA). A partir de la vigencia del presente Decreto, las comisiones por el servicio de garantías otorgadas por el Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG – focalizadas en enfrentar las consecuencias adversas generadas por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19, estarán excluidas del impuesto sobre las ventas (IVA).

Para efectos de la aplicación de la exclusión del impuesto sobre las ventas -IVA de que trata el presente artículo al momento de facturar la Operación, a través de los sistemas de facturación vigentes el facturador deberá incorporar en el documento una leyenda que indique: «Servicio excluido – Decreto 417 de 2020.»

Artículo 7. Retención en la fuente de las Comisiones del FNG. A partir de la vigencia del presente Decreto, la tarifa de retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta por el pago o abono en cuenta correspondiente a las comisiones que por el servicio de las garantías otorgue el Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG focalizadas en enfrentar las consecuencias adversas generadas por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19, será del 4 por ciento (4%).

Artículo 8. Tarifa notarial para la capitalización. Para efectos de liquidar la tarifa de la función notarial, se considerarán como un acto sin cuantía las escrituras públicas referentes a reformas estatutarias que impliquen el aumento del capital autorizado del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG – y cualquier otra operación que se lleve a cabo en virtud de lo establecido en este Decreto.

Artículo 9. Vigencia. El presente Decreto rige a partir de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Bogotá D. C., a los 28 de marzo de 2020.

IVÁN DUQUE MÁRQUEZ

La Ministra del Interior, Alicia Victoria Arango Olmos.

La Ministra de Relaciones Exteriores, Claudia Blum De Maeberi

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 García.

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.

La Ministra (e) de Ambiente y Desarrollo Sostenible, María Claudia García Dávila.

El Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio, Jonathan Malagón González.

La Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Sylvia Cristina Constaín Rengifo.

La Ministra de Transporte, Ángela María Orozco Gómez.

La Ministra de Cultura, Carmen Inés Vásquez Camacho.

El Ministro del Deporte, Ernesto Lucena Barrero.

La Ministra de Ciencia y Tecnología, Mabel Gisela Torres Torres”.

III. PRESENTACIÓN GENERAL DE LAS INTERVENCIONES Y DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

6. Por razones de claridad, a continuación, la Sala hará mención al sentido general de las intervenciones recibidas y del concepto del Procurador General de la Nación. La exposición completa de sus argumentos se llevará a cabo, en lo pertinente, al momento de analizar los artículos que componen el Decreto legislativo sujeto a revisión. Intervinieron ante la Corte, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Departamento Nacional de Planeación, el Fondo Nacional de Garantías (en adelante FNG), la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (en adelante ANDI), la Asociación de Fiduciarias (ASOFIDUCIARIAS), la organización sindical SINDEFONAHORRO, las universidades del Rosario, Externado de Colombia y de los Andes, los ciudadanos Nelson David Romero Losada y Olga Lucía Velázquez Nieto y las autoridades del Pueblo Indígena Yukpa, Serranía del Perijá, departamento del Cesar.

7. La Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda, el Departamento Nacional de Planeación, la ANDI, ASOFIDUCIARIAS y el ciudadano Nelson David Romero Losada

consideran que el Decreto legislativo 492 de 2020 es compatible con la Constitución. Por su parte, la organización sindical SINDEFONAHORRO y las universidades del Rosario y Externado de Colombia estiman que el fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario, dispuesto en el artículo 1, no supera las exigencias de conexidad y necesidad con el estado de emergencia. El Fondo Nacional de Garantías solamente lleva a cabo algunas precisiones sobre su objeto social y el propósito de algunos artículos del Decreto. El Ministerio de Comercio, hace referencia a la situación económica actual de las Mipymes y el sentido de varias de las medidas analizadas. Por último, las autoridades del Pueblo Indígena Yukpa manifiestan que los decretos legislativos 417 y 637 de 2020, “más 101 decretos relacionados con la emergencia sanitaria... son clara y altamente discriminatorios con el Pueblo Indígena Yukpa y en general con todos los pueblos indígenas en Colombia por nuestra condición de etnias y de raza”. En su intervención, sin embargo, no plantean razones concretas por las cuales el Decreto legislativo 492 de 2020 sería contrario a la Constitución.

8. El Procurador General de la Nación coincide en que la conformación patrimonial del Grupo Bicentenario no guarda relación alguna de conexidad ni de finalidad con el estado de emergencia. De otro lado, sostiene que el resto de los contenidos normativos del Decreto legislativo están conformes a la Constitución, salvo algunas dudas interpretativas que conducirían a inexequibilidades condicionadas y un problema principal de inconstitucionalidad. Afirma que la letra a) del artículo 3 del Decreto 492 de 2020 hace uso de los excedentes financieros o de capital del Fondo Nacional del Ahorro para fortalecer el Fondo Nacional de Garantías, lo cual desconoce la prohibición de destinar o utilizar los recursos de la Seguridad Social, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

9. Conforme a lo dispuesto por el párrafo del artículo 215 y el numeral 7º del artículo 241 de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad del Decreto legislativo 492 del 28 de marzo de 2020.

2. Cuestión Preliminar. La exequibilidad del Decreto legislativo 417 de 2020, “por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”

11. La Corte encontró “que era necesario adoptar medidas extraordinarias para conjurar los efectos de la crisis, en particular apoyar el sector salud y mitigar los efectos económicos que enfrenta el país. La adopción de medidas legislativas busca mejorar la situación de los contagiados y evitar una mayor propagación del COVID-19”. En ese sentido, resaltó la necesidad de flexibilizar algunos de los estándares que ha utilizado la Corporación para el estudio de decretos legislativos, “ponderando entre la necesidad de esa estrictez en el control, pero también en la visualización de las amplias potestades que posee el gobierno para la mitigación y contención de la crisis; todo ello dentro de un justo equilibrio”.

3. Materia objeto de análisis y estructura de la decisión

12. A través del Decreto legislativo 492 del 28 de marzo de 2020, el Presidente de la República adoptó medidas de carácter económico en el marco de la crisis desatada por el virus SARS-CoV-2. Considerando que la emergencia ha producido efectos adversos a la actividad productiva de personas naturales y jurídicas, el Gobierno nacional estimó relevante asegurar a los afectados el acceso al crédito y a otros servicios financieros en condiciones favorables. Con esta finalidad, el Decreto que se analiza emplea dos mecanismos: (i) fortalece la sociedad matriz estatal denominada Grupo Bicentenario, y (ii) fortalece

patrimonialmente el Fondo Nacional de Garantías, entidad estatal con la misión de respaldar el crédito a la micro, pequeña y mediana empresa ante las instituciones financieras.

13. De este modo, por un lado, dispone el registro y vinculación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la propiedad de todas las empresas de la rama Ejecutiva del orden nacional, sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero, y que estén registradas a nombre de ministerios, departamentos administrativos y demás entidades del orden nacional. Cumplido lo anterior, se autoriza al mismo Ministerio para aportar la propiedad accionaria de todas las referidas entidades (con excepción de Colpensiones y Nueva E.P.S.) al valor intrínseco de la sociedad holding estatal Grupo Bicentenario S.A.S. (Art. 1).

14. Por otro lado, la regulación autoriza al Ministerio de Hacienda y a las entidades estatales que hacen parte de la rama Ejecutiva del orden nacional a realizar aportes de capital al FNG, mediante cualquier mecanismo de fortalecimiento patrimonial (Art. 2). Como fuentes de alimentación se contemplan: (i) los excedentes de capital y dividendos de varias instituciones de la rama Ejecutiva del orden nacional, incluido el Grupo Bicentenario; (ii) los recursos derivados de la enajenación de la participación accionaria de la Nación, propiedad del Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura (FONDES); y, (iii) los demás recursos que determine el Gobierno nacional para tal fin, a cualquier título (Arts. 3 y 4). Por último, el Decreto 492 de 2020 incorpora algunas reglas presupuestales y tributarias para reducir los costos de las operaciones anteriores (Arts. 5 a 8).

15. Conforme a lo anterior, el fortalecimiento del Grupo Bicentenario se realiza a través de la vinculación al Ministerio de Hacienda de entidades de la rama Ejecutiva del orden nacional y posterior aporte de su propiedad accionaria a dicha sociedad matriz. Por su parte, el fortalecimiento patrimonial del FNG se lleva a cabo esencialmente a partir de la descapitalización del mismo tipo de entidades estatales. Así, la naturaleza jurídica de las instituciones cobijadas por las dos medidas es la misma. Son entidades específicamente del

sector descentralizado por servicios de la rama Ejecutiva del orden nacional. Esto, pues las operaciones mencionadas presuponen personería jurídica y patrimonio propio o capital independiente, atributos con los cuales no cuentan los órganos centrales de esa rama del poder público (infra párr. 40 a 46).

16. Con el fin de ilustrar los aspectos centrales de la justificación del fallo, la Sala reiterará su jurisprudencia sobre las exigencias formales y materiales de validez de los actos normativos de emergencia (i). A continuación, hará algunas consideraciones sobre las entidades del sector descentralizado por servicios de la rama Ejecutiva del orden nacional, que apoyarán el fortalecimiento patrimonial del Fondo Nacional de Garantías y del Grupo Bicentenario, entidades, a su vez, con la misma naturaleza jurídica (ii). Enseguida, se referirá al papel del Fondo Nacional de Garantías en el funcionamiento de la pequeña empresa y en tiempos de emergencia (iii). Luego, realizará una breve exposición sobre la capitalización de empresas estatales y la formación de conglomerados financieros (iv). Por último, analizará la constitucionalidad de las disposiciones que hacen parte del Decreto legislativo 492 de 2020 que se examina (v).

4. Caracterización general de los estados de excepción y, en particular, del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica²

17. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en numerosas oportunidades de precisar la naturaleza y alcance del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica regulado en el artículo 215 de la Constitución Política. Igualmente se ha esforzado por precisar las fuentes, criterios y estándares que debe tomar en consideración este Tribunal a efectos de juzgar la constitucionalidad de los decretos de desarrollo que dicta el Presidente de la República. A continuación, la Corte reitera los aspectos básicos del precedente sobre la materia con el propósito de aplicarlos en el análisis constitucional del Decreto Legislativo 492 de 2020, sometido a su consideración en esta oportunidad.

18. La Constitución de 1991 regula, en sus artículos 212 a 215, los estados de excepción. Con apoyo en esas disposiciones, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, puede declarar tres tipos de estados de excepción: (i) Guerra Exterior, (ii) Conmoción Interior y (iii) Emergencia Económica, Social y Ecológica. La regulación constitucional y estatutaria de los estados de excepción se funda en el carácter reglado, excepcional y limitado de los mismos. La Constitución de 1991 estableció un complejo sistema de controles que supone “el carácter excepcionalísimo de las medidas de emergencia en Colombia”³, así como que “el uso de estas herramientas es una potestad reglada que se encuentra sometida a las disposiciones constitucionales, legales y del bloque de constitucionalidad”⁴.

19. La naturaleza reglada, excepcional y limitada de los estados de excepción se garantiza por medio de su estricta regulación en la Constitución y en la Ley 137 de 1994 -en adelante LEEE-5, así como mediante sus especiales dispositivos de control político y judicial⁶. La Constitución dispuso un complejo sistema de controles políticos específicos para los estados de excepción, tales como: (i) la autorización del Senado para la declaratoria del Estado de Guerra Exterior; (ii) el concepto favorable del Senado para la segunda prórroga del Estado de Conmoción Interior; (iii) las reuniones del Congreso por derecho propio; (iv) los informes que debe presentar el Gobierno nacional al Congreso de la República sobre su declaratoria y evolución; y, finalmente, (v) la competencia del Congreso para establecer la responsabilidad política del Presidente y de los ministros por la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, o que constituya grave calamidad pública, sin la ocurrencia de los supuestos contemplados en los preceptos constitucionales, o por el abuso en el ejercicio de las facultades excepcionales.

20. La Constitución también estableció el control judicial constitucional automático de los decretos legislativos expedidos en el marco de los estados de excepción, según lo dispuesto en los artículos 212 a 215 de la Constitución, el cual está desarrollado por los artículos 55 de la LEEE y 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991. A la luz del artículo 215 de la Constitución, el

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

21. 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 transcurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales”⁷. 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”⁸.

22. Desde la expedición de la Constitución Política, se han declarado estados de Emergencia Económica, Social y Ecológica por distintas razones: i) la fijación de salarios de empleados públicos⁹; ii) la crisis en el servicio público de energía eléctrica¹⁰; iii) desastres naturales¹¹; iv) la revaluación del peso frente al dólar¹²; v) el deterioro de la situación de los establecimientos de crédito¹³; vi) las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público¹⁴; vii) los servicios públicos de la seguridad social y la atención en salud¹⁵; y, por último, viii) la situación fronteriza con Venezuela¹⁶.

23. El artículo 215 de la Constitución prescribe que la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica 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.

24. Dicha disposición señala que el decreto que declare el Estado de Emergencia debe indicar el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias y convocar al Congreso, si este no se hallare en funcionamiento, para que se reúna dentro de los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. 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 los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, así como ejercer sus atribuciones constitucionales; y, (iii) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el Gobierno nacional.

4.1. Fundamento y alcance del control judicial de los decretos expedidos al amparo del Estado de Emergencia Económica, Social o Ecológica¹⁷

4.1.1. Consideraciones generales

25. Los estados de excepción son respuestas, fundadas en la juridicidad que impone la Carta Política, a 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 sea 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 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 y el Texto Superior. Ello, bajo el entendido que los estados de excepción son mecanismos extraordinarios, pero en todo caso sometidos a condiciones de validez impuestas por la Constitución.

26. 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); (ii) el desarrollo de esas reglas, contenidas en la LEEE-; y, (iii) las normas de derecho internacional de los derechos humanos que prevén tanto los requisitos de declaratoria, como las garantías que no pueden ser suspendidas en esas situaciones excepcionales (derechos intangibles) (Arts. 93.1 y 214). 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.

4.1.2. Criterios formales y materiales que rigen el control de constitucionalidad

27. La jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que el control constitucional 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 todos los límites previstos para el ejercicio de las facultades de excepción sean debidamente respetados por el Gobierno nacional.

28. El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) la suscripción por el Presidente de la República y por todos sus ministros; (ii) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) la existencia de motivación. 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.

29. 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. La práctica decisional de este tribunal evidencia algunas divergencias en el orden, contenido y agrupación de tales juicios. Si bien tales diferencias no han afectado el rigor del control constitucional, es oportuno unificar su alcance a fin de enunciar y caracterizar cada uno de los juicios indicando, adicionalmente, el orden en que deben ser aplicados.

30. El juicio de finalidad¹⁸ está previsto por el artículo 10 de la LEEE¹⁹. A la luz de este juicio, toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la

extensión o agravación de sus efectos²⁰.

31. El juicio de conexidad material²¹ está previsto por los artículos 215 de la Constitución²² y 47 de la LEEE²³. Con este juicio, se 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 correspondiente²⁴; y, (ii) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia²⁵.

32. El juicio de motivación suficiente²⁶ ha sido considerado como un juicio que complementa la verificación formal por cuanto busca dilucidar si, además de haberse formulado una fundamentación del decreto de emergencia, el Presidente ha presentado razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas²⁷. Dicha motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas²⁸, 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”²⁹.

33. El juicio de ausencia de arbitrariedad³⁰ tiene por objeto comprobar que en el decreto legislativo no se establezcan 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.³¹ La Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales³²; 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 juzgamiento³³.

34. El juicio de intangibilidad³⁴ parte del reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia constitucional acerca del carácter “intocable” de algunos derechos, los cuales, a la luz de los artículos 93 y 214 de la Constitución, no pueden ser restringidos ni siquiera durante los estados de excepción. La Corte ha establecido que en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se consideran como 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.

35. El juicio de no contradicción específica³⁵ tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no contraríen de manera específica a la Constitución o a los tratados internacionales; y, (ii) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el grupo de medidas descritas en los artículos 47, 48 y 50 de la LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, la consistente en que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en el artículo 215 de la Constitución.

36. El juicio de incompatibilidad³⁶, 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.

37. El juicio de necesidad³⁷, 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 de: (i) la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el Presidente de la República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis; y, (ii) la necesidad jurídica o subsidiariedad que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de provisiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

38. El juicio de proporcionalidad³⁸, que se desprende del artículo 13 de la LEEE, exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción sean 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, como en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

39. El juicio de no discriminación³⁹, el cual tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE⁴⁰, exige que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción, no pueden entrañar segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas⁴¹. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes injustificados⁴².

5. El sector descentralizado por servicios de la rama Ejecutiva del orden nacional

40. La rama Ejecutiva del poder público de los actuales estados constitucionales ha dejado de desempeñar únicamente el papel de hacer cumplir la ley. Especialmente el tránsito hacia fórmulas políticas de Estado social ha dado lugar a estructuras administrativas complejas, para ofrecer respuesta a la satisfacción de derechos básicos de los ciudadanos⁴³. Como consecuencia, la Administración pública se conforma hoy de manera amplia, sus responsabilidades abarcan varios ámbitos de los bienes y servicios públicos y en muchas ocasiones suponen la intervención del Estado en la economía. Esto se refleja en el crecimiento de su estructura orgánica y en nuevas formas de entidades públicas⁴⁴.

41. En este contexto, el artículo 115 de la Constitución prevé que la rama Ejecutiva del poder público se encuentra conformada no solo por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos, las gobernaciones y las alcaldías. Define, también, que hacen parte de ella las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado. La Ley 489 de 1998 desarrolla la materia y, entre otros aspectos, regula la estructura de la organización y funcionamiento de la administración pública. De modo específico, en su artículo 38, sobre la integración de la rama Ejecutiva en el orden nacional, establece, además de los órganos que hacen parte del sector central⁴⁵, un sector descentralizado por servicios.

42. La descentralización por servicios comporta la creación de personas jurídicas que se articulan administrativa y funcionalmente con el Estado, a las cuales se le asignan por la ley potestades jurídicas específicas⁴⁶. En armonía con lo indicado fundamentos atrás, la jurisprudencia constitucional ha subrayado que esta forma de descentralización surge por la necesidad que tiene la Administración de especializar y tecnificar el cumplimiento de ciertas funciones. De igual manera, por la realidad de que, en ciertos casos, a causa de razones de conveniencia pública, tales funciones están llamadas a ser ejercidas dentro de un régimen de competencia o de concurrencia con los particulares, por medio de instituciones autónomas⁴⁷.

43. Según la Constitución, las entidades descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas por la ley o a partir de su autorización, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. Corresponde al Legislador establecer el régimen jurídico que les será aplicable y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes (Art. 210). Esto significa que la autoridad normativa deberá determinar sus funciones generales, organización básica interna, régimen de la actividad, de los actos y contratos, responsabilidad de sus directores y gerentes y las interrelaciones con los demás órganos del Estado y de la administración⁴⁸. Las reglas de cada entidad pueden, por ende, ser distintas, de acuerdo con la finalidad que se les asigne y en atención a si en ellas concurre o no la participación de particulares⁴⁹.

44. Conforme al artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en el sector descentralizado por servicios se incluyen los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica. Así mismo, las Empresas Sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; los institutos científicos y tecnológicos; las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta. El artículo 68 de la Ley en mención precisa que el objeto principal de estas entidades es el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales y que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente.

45. En el acto mediante el cual se creen, el Legislador deberá precisar el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedarán adscritas o vinculadas (Art. 50.6 de la Ley 489 de 1998). Los conceptos de adscripción y vinculación hacen referencia al grado de autonomía de que gozan los entes descentralizados por servicios, en relación con el sector administrativo al que pertenecen. La vinculación supone una mayor independencia de la entidad que la adscripción⁵⁰. En este sentido, la Ley ha determinado que las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos; las empresas

industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos; los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación (parágrafo del artículo 50 ídem).

46. En concordancia con lo anterior, debe subrayarse que, en su calidad de descentralizadas por servicios, estas entidades se hallan sujetas precisamente al denominado “control de tutela” desplegado por los órganos a los cuales se encuentran adscritas o vinculadas⁵¹. Esto implica, según el artículo 41 de la Ley 489 de 1998, entre otras consecuencias, que “los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de [sus] funciones...”⁵². Debe precisarse, en todo caso, que la autonomía de la que gozan las entidades en mención es relativa, en el sentido de que no las protege contra la voluntad del Legislador, quien, así como dispone constitucionalmente su creación, puede ampliar o reducir el grado de control de tutela⁵³.

47. En el mismo sentido, los órganos del sector descentralizado por servicios, si bien se rigen en variados aspectos por el derecho privado, no dejan de ser instituciones de carácter estatal y emplean recursos públicos, de modo que se hallan sujetas a responsabilidades de otra índole⁵⁴. Se encuentran sometidas: (i) al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, el cual incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados (Art. 267 de la CP)⁵⁵; (ii) al control político ejercido por el Congreso de la República, conforme al último inciso del artículo 208 de la Constitución⁵⁶; (iii) en relación con la integración de sus órganos directivos, le son aplicables las inhabilidades previstas en los artículos 180.3, 292 y 323 de la Constitución; (iv) en materia presupuestal, quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto⁵⁷; y, (v) en cuanto a sus procedimientos contables, se encuentran sujetas a las disposiciones de contabilidad oficial (Art. 364 de la CP⁵⁸)⁵⁹.

48. El Fondo Nacional de Garantías fue creado mediante el Decreto 3788 de 1981. Es una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo⁶⁰. Se trata de una entidad descentralizada por servicios de la rama Ejecutiva del orden nacional. A partir del 1° de enero de 2004, el FNG está sometido a la supervisión de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia⁶¹, y su objetivo es el otorgamiento de garantías que permitan a las Mipymes (personas naturales o jurídicas) de todos los sectores económicos (excepto el sector agropecuario)⁶², el acceso al crédito ante los intermediarios financieros. Respalda créditos destinados a la adquisición de activos fijos, capital de trabajo, reestructuración de pasivos y capitalización empresarial⁶³.

49. El FNG actúa principalmente como fiador o bajo otras formas de garante, ante establecimientos de crédito legalmente autorizados. Estos pueden ser nacionales o extranjeros, patrimonios autónomos, entidades cooperativas y demás formas asociativas del sector solidario. Su objeto social también abarca todas las enajenaciones a cualquier título que realice de bienes muebles o inmuebles, cuyas propiedades se le hayan transferido o que figuren a su nombre, como consecuencia de negociaciones o producto del ejercicio de las acciones judiciales o extrajudiciales. Estas enajenaciones deben haberse ejercitado para obtener la recuperación de las sumas que hubiere satisfecho a los beneficiarios de las garantías⁶⁴.

50. En la intervención allegada al presente proceso, el FNG ilustra que el apoyo que brinda, está determinado por la insuficiencia de garantías que, a juicio de las entidades financieras, tiene el potencial crédito. Explica que la empresa o persona interesada acude a la institución ante la cual va a solicitarlo, a donde puede obtener la información requerida y efectuar todos los trámites relacionados con la garantía. De esta forma, aclara que cada una de estas entidades es autónoma para establecer los requisitos, el tiempo mínimo de funcionamiento de la empresa, garantías y el término para tramitar su solicitud, conforme a sus políticas internas de acceso a crédito.

51. De otra parte, por regla general, el FNG cobra una comisión a quienes hacen uso de sus productos, dirigida a soportar el riesgo asumido. Esta consiste en diversos porcentajes del valor total del crédito, según el tipo de producto tomado. En su intervención, la entidad argumenta que estos recursos constituyen sus ingresos principales y una fuente para atender sus costos y expensas, puesto que las reservas de siniestralidad son uno de los gastos más relevantes. En este sentido, subraya que realiza provisiones de cartera de aquellas deudas incumplidas, que se convierten en obligaciones a favor del FNG (cartera de créditos), cuando éste satisface el pago de la obligación. Así, la comisión está vinculada al cubrimiento de los incumplimientos, a través de la provisión de las respectivas reservas.

52. El FNG se rige por las normas consagradas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como las disposiciones relativas a las sociedades de economía mixta que resulten de su composición accionaria, por el Código de Comercio, por las demás normas complementarias y concordantes y por sus estatutos⁶⁵. De igual manera, el régimen de los actos y contratos que correspondan al giro ordinario de las actividades propias del objeto social del FNG se regirán por las normas propias del derecho privado⁶⁶. En consecuencia, los actos y contratos que no correspondan al giro ordinario de las actividades del FNG se regulan por las normas legales que le resulten aplicables por su naturaleza jurídica y composición de capital social⁶⁷.

53. El papel del FNG en la reactivación de la economía, mediante el apoyo a la pequeña empresa y el respaldo a las iniciativas productivas ha sido común a las situaciones de Emergencia Económica y Social. Así, mediante la Sentencia C-146 de 2009⁶⁸ esta Corporación estudió la constitucionalidad del Decreto legislativo 4490 de 2008, expedido en vigencia del Estado de emergencia social declarado mediante el Decreto 4333 de 2008. En esa ocasión, la emergencia se derivó de la proliferación desbordada en todo el país de distintas modalidades de captación masivo de dineros del público no autorizados, que dejaron multitud de personas en precarias situaciones económicas y que amenazaron con comprometer su subsistencia y la de sus familias.

54 El artículo 3 del Decreto analizado en dicha ocasión destinó a la capitalización del FNG y del Fondo Agropecuario de Garantías, los recursos del Fondo de Reserva para la Estabilización de Cartera Hipotecaria -FRECH- que determinara el Ministerio de Hacienda. El propósito consistía fundamentalmente en garantizar operaciones de crédito en las regiones afectadas por los hechos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia. Adicionalmente, se buscaba contar con los recursos para garantizar operaciones de crédito realizadas a través de corresponsales no bancarios, generadas por la administración de recursos a cargo de estos.

55. Al examinar dicha norma de excepción, la Corte concluyó que el Decreto pretendía trasladar recursos fiscales, con el objeto de fortalecer actividades estatales que se mostraban razonablemente vinculadas con la superación de los hechos que dieron lugar a la emergencia. En especial, destacó que se relacionaba con los programas de atención a la población pobre a cargo de Acción Social y el ofrecimiento de garantías a los afectados por las barreras existentes para el acceso al mercado formal de crédito. Así, consideró que, ampliamente, estas medidas cumplían con: (i) los requisitos generales que la jurisprudencia constitucional ha previsto para los decretos de desarrollo de los estados de Emergencia Económica, Social y Ecológica; y, (ii) los límites particulares que se predicen de los decretos legislativos que modifican las rentas nacionales, a efectos de atender las necesidades de implementación de las medidas adoptadas por el Gobierno nacional en los estados de excepción.

56. En desarrollo del mismo Estado de emergencia, en la Sentencia C-172 de 200969, la Sala Plena examinó la constitucionalidad del Decreto legislativo 4591 de 2008 “Por el cual se dictan medidas para extender la oferta de servicios financieros a las personas de menores ingresos de la población y se dictan otras disposiciones”. Entre otras normas, el Gobierno nacional estableció que el otorgamiento de créditos en las regiones afectadas por la crisis, a micro, medianas y pequeñas empresas hasta por \$10.000.000, así como los créditos de libre inversión otorgados hasta por \$2’000.000, podrían acceder a garantías con una cobertura hasta del 70 % a través del FNG, sin comisión alguna a su favor.

57. La Corte consideró que la medida guardaba relación de conexidad con la finalidad del Decreto 4333 de 2008 y superaba también el juicio de proporcionalidad, por cuanto perseguía el favorecimiento de los créditos asignados a personas afectadas por la crisis que dio origen a la emergencia social. Subrayó que se buscaba que el FNG (así como también el Fondo de Garantías Agropecuarias) avalara créditos asignados a personas que eventualmente no podrían garantizarlos con recursos propios. En virtud de la misma circunstancia, indicó que la medida estaba vinculada teleológicamente con el propio decreto que la contenía, pues “permitir que los créditos ofrecidos sean soportados por las entidades citadas hace que el otorgamiento de los mismos sea viable y, por esa vía, se estimule el acceso de las personas al sistema financiero formal”.

58. Por último, la Corte señaló que el Gobierno nacional no tiene competencia ordinaria para tomar por decreto decisiones unilaterales relativas al funcionamiento de las sociedades de economía mixta, por lo que tuvo que recurrir a la legislación de emergencia para comprometer los fondos del FNG y del FAG en el respaldo de las operaciones de crédito destinadas a poner en marcha las cuentas de ahorro electrónicas. En consecuencia, concluyó que era necesario que el Gobierno acudiera al decreto legislativo para disponer que parte de los recursos del FNG se utilizaran con el objeto de garantizar los créditos asignados en regiones afectadas por los hechos que dieron lugar a la declaración de emergencia social.

7. Dos operaciones en el ámbito empresarial público: la formación de conglomerados financieros y la capitalización de empresas estatales

7.1. Los conglomerados financieros

59. Los conglomerados financieros son grupos de empresas de servicios financieros que

tienen dos elementos en común: (i) unidad de política empresarial, a partir de un gobierno corporativo común; y (ii) control por parte de una entidad sobre las instituciones individuales que componen el grupo, en relación con el cumplimiento de esa política. Así, se ha sostenido que sociedades independientes con capital y patrimonio propios prestan distintos tipos de productos financieros según riesgos característicos y se vinculan a la sociedad controlante denominada “holding”⁷⁰. Para efectos de regulación y supervisión, el Legislador ha considerado que un conglomerado financiero es un conjunto de entidades con un controlante común que incluya dos o más entidades nacionales o extranjeras que ejerzan una actividad propia de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, siempre que al menos una de ellas ejerza dichas actividades en el territorio nacional⁷¹.

60. La sociedad holding o controlante se distingue por ser la persona jurídica o vehículo de inversión que lleva a cabo el primer nivel de control o influencia significativa sobre las entidades que conforman el conglomerado financiero. Ejerce el primer nivel de control la persona jurídica o el vehículo de inversión más próximo a las entidades que desarrollan una actividad propia de las vigiladas por la Superintendencia Financiera y detenta el control común de todas las entidades de esa naturaleza que conforman el conglomerado financiero. Por su parte, vehículo de inversión es cualquier forma jurídica a través de la cual se detenta, directa o indirectamente, la propiedad y/o control de las acciones de una entidad que haga parte del conglomerado financiero⁷².

61. A su vez, una sociedad es subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra(s) persona(s) que serán su matriz o controlante. Esto puede ocurrir directamente (en cuyo caso la institución controlada se denomina filial) o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz (caso en el cual, la controlada se le conoce como subsidiaria) (Art. 260 del Código de Comercio). En este sentido, una sociedad está jurídicamente sometida a la voluntad de otra y, por ende, se encuentra subordinada a ella, en tres supuestos: (1) cuando más del 50 % de su capital pertenezca a la matriz; (2) cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la

asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva; o (3) cuando la matriz, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad (Art. 261 del Código de Comercio).

62. En el sector privado, entre 2006 y 2012, los conglomerados financieros colombianos mostraron una expansión significativa en el exterior, reflejada en un crecimiento en el número de subordinadas fuera del país, que pasaron de 29 en diciembre de 2006 a 163 en diciembre de 2012. Así mismo, esa ampliación puede observarse en la participación de los activos de estas en el total de los establecimientos de crédito en Colombia, que pasó de 5,5% en diciembre de 2006 a 19,6% en diciembre de 2012. Esto ha conducido a que cada vez estas entidades adquieran mayor relevancia en los balances consolidados de los conglomerados financieros⁷³. En la actualidad, a junio de 2020, según la Superintendencia Financiera, existen siete conglomerados financieros colombianos⁷⁴, sobre los cuales la entidad ejerce su vigilancia y control, en los términos del artículo 4 de la Ley 1870 de 2012⁷⁵.

63. En el sector público, mediante el artículo 351 de la Ley 1955 de 2019⁷⁶, el Legislador le otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias para “crear una entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional responsable de la gestión del servicio financiero público que incida en mayores niveles de eficiencia”. En uso de estas facultades, el Ejecutivo emitió el Decreto ley 2111 de 2019, a través del cual creó el Grupo Bicentenario S.A.S., con el cual se busca hacer más efectiva la prestación de servicios financieros, aumentar el valor de las empresas del grupo mediante la coordinación de la estrategia, la materialización de sinergias entre las empresas, y facilitar la implementación de las mejores prácticas de administración y de gobierno corporativo. El Decreto en mención, sin embargo, no estableció las entidades que conformarían el conglomerado que es, entonces, la operación que se lleva a cabo mediante la regulación objeto de control.

7.2 La capitalización de empresas estatales

64. De conformidad con el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto ley 111 de 1996), los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional no societarias, son de propiedad de la Nación. Así mismo, las utilidades de las empresas industriales y comerciales societarias del Estado y de las sociedades de economía mixta del orden nacional, son de propiedad de la Nación en la cuantía que corresponda a las entidades estatales nacionales por su participación en el capital de la empresa. De acuerdo con lo anterior, los rendimientos de las entidades descentralizadas del orden nacional indicadas, las cuales proporcionan bienes y servicios de interés público, son activos que incrementan la propiedad del Estado (en el caso de las sociedades de economía mixta en la proporción de participación estatal).

66. Con todo, el Legislador también ha dispuesto la posibilidad de llevar a cabo capitalizaciones y descapitalizaciones de las propias empresas estatales. El Decreto 1411 de 2017 creó la Comisión Intersectorial para el Aprovechamiento de Activos Públicos. Esta Comisión coordina y orienta el ejercicio de la propiedad estatal de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, las empresas sociales del Estado del orden nacional, las sociedades de economía mixta del orden nacional, las empresas oficiales y mixtas de servicios públicos del orden nacional y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización. Su objeto principal es estudiar y recomendar al Gobierno nacional las políticas, estrategias y objetivos que permitan armonizar las funciones y ejercicio de propiedad estatal en los diferentes sectores, elevar progresivamente los estándares de gobierno corporativo, proponer, orientar y coordinar mecanismos de aprovechamiento de recursos públicos (Art. 3).

67. A partir de lo anterior, la Comisión tiene la función de recomendar y/o diseñar las

propuestas de aprovechamiento de recursos públicos mediante, entre otras operaciones, capitalizaciones o descapitalizaciones de las citadas empresas. Así mismo, sin perjuicio de lo establecido en la regla del artículo 97 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, referida con anterioridad, tiene la responsabilidad de recomendar capitalizaciones de las mismas empresas en mención (Art. 5, numerales 6 y 7). En este sentido, el artículo 8 de la Ley 185 de 1995 establece que el Gobierno nacional podrá capitalizar a las entidades descentralizadas del orden nacional u ordenar la capitalización de estas entidades entre sí. Para tales efectos, podrán hacerse aportes en dinero o en especie o realizarse asunciones de deuda.

68. De acuerdo con el Documento Conpes 3927, se podrá realizar un proceso de capitalización cuando: a) se efectúe en cumplimiento de una disposición legal o para fortalecer patrimonialmente la empresa; b) se requiere alcanzar indicadores mínimos de solvencia requeridos por ley o por organismos reguladores; c) se estima rentable o menos desfavorable para el Estado la capitalización de las acreencias que las empresas tienen con la Nación; d) se considera favorable para la empresa y para el Estado la capitalización representada en bienes en especie; e) se encuentra en riesgo la prestación de un servicio público, la protección de intereses estratégicos del Estado o puede haber un desequilibrio importante en un sector que impacte negativamente la economía nacional; f) se estime que la capitalización puede generar un mayor valor de la empresa que permita la generación de mayor valor económico en el futuro para la Nación; y, g) se busque una participación mayoritaria en una empresa que la Nación considera estratégica y que actualmente no la tiene.

8. Control de constitucionalidad del Decreto legislativo 492 de 2020

8.1. Los requisitos formales de validez

69. La Sala encuentra que el Decreto legislativo 492 de 2020 satisface los presupuestos formales de las normas jurídicas de excepción, dictadas al amparo de la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica. En efecto, el Decreto: (i) fue emitido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 215 de la Constitución Política y la Ley 137 de 1994. Así mismo, (ii) se expidió en desarrollo de lo previsto en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, «[p]or el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional».

70. Adicionalmente, (iii) se encuentra firmado por el Presidente de la República y todos los ministros de despacho, con excepción del Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, quien en el momento de la emisión del acto normativo se hallaba en licencia por enfermedad, de conformidad con el Decreto 443 de 2020. Sus funciones eran ejercidas en ese instante por la Viceministra de Ambiente, quien entonces signó el Decreto. Para los efectos pertinentes, esta circunstancia concurre a satisfacer la regla de la firma por parte del gabinete ministerial, derivada de los artículos 215 de la Constitución y 46 de la Ley 137 de 1994, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional⁷⁷.

71. De igual manera, (iv) fue dictado el 28 de marzo de 2020, es decir, dentro del término de los 30 días de vigencia del estado de excepción, declarado el 17 de marzo de 2020, e (iv) incluye un conjunto de consideraciones orientadas a justificar las atribuciones presidenciales. Se hace referencia fundamentalmente a la necesidad de recursos adicionales a los disponibles para contrarrestar la afectación de la estabilidad económica y social que conlleva la rápida propagación del virus SARS-CoV-2. En ese sentido, se plantean motivaciones en torno a los efectos adversos a la actividad productiva de personas naturales y jurídicas producidos por la pandemia y a la necesidad de garantizar la continuidad en el acceso al crédito a la micro, pequeña y mediana empresa, a través del Fondo Nacional de Garantías. Por lo anterior, el Decreto legislativo 492 de 2020 cumple los requisitos formales de validez constitucionalmente exigidos.

8.2. Los requisitos materiales de validez

72. Mediante el Decreto legislativo 492 de 2020, el Gobierno nacional pretende garantizar las condiciones para el acceso al crédito de las Mipymes y trabajadores independientes. Con esta finalidad, dispone en sustancia el fortalecimiento patrimonial del FNG, para que la entidad pueda ofrecerles respaldo en la obtención de liquidez ante el sistema financiero. El mecanismo consiste en la capitalización del FNG mediante el traslado de recursos, en especial, de otras entidades de la rama Ejecutiva del orden nacional. El Decreto consta de 8 artículos, los cuales pueden ser agrupados en cinco medidas que regulan el mecanismo: (i) fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario S.A.S.; (ii) fortalecimiento patrimonial del FNG; (iii) operaciones presupuestales; (iv) reducción de cargas tributarias y (v) reducción de la tarifa notarial. A fin de racionalizar el examen de constitucionalidad, se emprenderá el análisis a partir de tales conjuntos de regulación.

8.2.1. Primera medida. Fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario (Art.1)

73. Se dispone la vinculación de todas las entidades de la rama Ejecutiva del orden nacional vigiladas por la Superintendencia Financiera (con excepción de Colpensiones y Nueva E.P.S.) al Ministerio de Hacienda. A su vez, se autoriza a ese Ministerio para aportar la propiedad accionaria de estas instituciones al valor intrínseco del conglomerado financiero Grupo Bicentenario SAS. El Ministerio de Hacienda y el Grupo Bicentenario deberán llevar a cabo los registros y demás procedimientos necesarios para dar cumplimiento a esta medida dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del Decreto. Las entidades pertenecientes al Grupo, en todo caso, mantendrán en su gobierno corporativo la representación de los sectores a los cuales estaban adscritas o vinculadas y, en el marco de las orientaciones de estos, seguirán desarrollando las políticas públicas sectoriales (Art. 1),

8.2.1.1. Intervenciones

74. El Ministerio de Hacienda y la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República sostienen que la medida supera los requisitos materiales de validez constitucional. Específicamente advierten que el fortalecimiento del Grupo Bicentenario busca acelerar la consolidación del tercer grupo financiero más grande de Colombia, con la colaboración y coordinación en el funcionamiento de las empresas del Estado que prestan servicios en ese sector. De igual forma, expresan que pretende la optimización del portafolio de empresas oficiales, la protección del patrimonio y los ahorros de los colombianos, además del fortalecimiento del gobierno corporativo que rige a las empresas financieras del Estado. Así, aseguran que se logrará mayor solidez, mejorar en la administración de las empresas del Estado y brindar a los usuarios variedad de servicios financieros y condiciones óptimas para su acceso.

75. Según las autoridades mencionadas, en el contexto de la emergencia, la consolidación del Grupo Bicentenario responde a la necesidad de implementar, de forma inmediata y consistente en el tiempo, medidas para mitigar la crisis. En particular, hacen mención a la coordinación y centralización de estrategias tendientes a facilitar el acceso a crédito en condiciones favorables para las personas naturales y las micro, pequeñas y medianas empresas. Igualmente, se refieren a la ampliación de las líneas de crédito y al aprovechamiento de la red de oficinas, de los proveedores y de los canales de atención de solicitudes. Todo esto, subrayan, significa servicios financieros ajustados a las necesidades de los afectados por la emergencia y un mayor número de clientes, además de la canalización de los recursos de manera eficiente y equitativa en todo el territorio nacional.

76. De acuerdo con las autoridades en mención, el Grupo Bicentenario estará conformado por bancas de primero y segundo piso y por compañías aseguradoras, sociedades fiduciarias y fondos de garantías. Señalan que al evaluar la conformación del grupo se estimaron sinergias que permitieran atender a las poblaciones más afectadas a causa de la emergencia, de modo que pudiera ofrecerse una cadena complementaria y enfocada de servicios. Así, por ejemplo, explican que la banca de primer piso podrá ofrecer de manera simultánea varios

productos a las poblaciones rurales y urbanas. Podría realizar ventas cruzadas y dar acceso y/o profundizar en los clientes empresariales, enfocados en las micro, pequeñas y medianas empresas, por medio del ofrecimiento conjunto de los productos de leasing, factoraje y comerciales. A su vez, serían factibles una ampliación y optimización de los canales, dada la presencia del Banco Agrario en el territorio nacional para brindar la mayor cobertura en atención presencial a los agentes del mercado más afectados.

77. En este orden de ideas, particularmente el Ministerio de Hacienda sostiene que al ejercer su rol como “matriz o controlante” de las entidades financieras donde la Nación tiene participación accionaria, el Grupo Bicentenario podrá impartir directrices centralizadas que permitan que sus actividades financieras complementen y fortalezcan el servicio que ofrece el FNG. Plantea que, debido a la situación de emergencia, diversas personas naturales o jurídicas difícilmente podrán contar con liquidez sin las garantías que ofrece el FNG, de modo que la medida podrá servir como instrumento para facilitar el acceso al crédito. Adicionalmente, destaca que al hacer parte del Grupo, la actividad del FNG podrá verse impactada positivamente por las eficiencias asociadas a la reducción de costos por optimización de gastos administrativos. Por su parte, el Departamento Nacional de Planeación, en su intervención, adhiere sin argumentos ulteriores a la intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

78. En contraste, la universidad del Rosario sostiene que el fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario es inconstitucional. Afirma que el traslado de la propiedad accionaria de las entidades estatales del orden nacional al Grupo carece de idoneidad y nexo causal con el fin de mitigar los efectos de la emergencia. Así mismo, asegura que desconoce el principio democrático, pues conforme a la Constitución, corresponde al Congreso las decisiones de creación y fusión de entidades públicas. Argumenta, además, que se incluyen al Grupo Bicentenario entidades que administran prestaciones sociales de cobertura de riesgos y estímulo al ahorro, el acceso a vivienda y educación, además de modificarse el régimen de vinculación laboral de los servidores públicos de las entidades fusionadas. Esto, a su juicio, afecta los derechos sociales de los trabajadores.

79. Los departamentos de derecho constitucional y derecho fiscal de la universidad Externado de Colombia comparten la opinión de la inconstitucionalidad de la medida, debido a la falta de conexidad material con la superación de la crisis. El primero añade que uno de los considerandos menciona de forma aislada al Grupo Bicentenario y el Ministerio de Hacienda expuso ante la Corte que la medida permitiría dar continuidad al acceso al crédito para quienes se han visto afectados en sus actividades e ingresos. Pese a esto, subraya que la integración de instituciones financieras que quedaron pendientes en noviembre de 2019 (cuando se creó el Grupo) no se vincula con la necesidad de dinamizar sectores de la economía afectados por la emergencia, de crear liquidez en el sistema financiero, ni de idear estrategias para que las ayudas lleguen de forma eficaz a los más necesitados. El traslado de dichas entidades financieras al sector Hacienda y la radicación del poder de tutela en ese Ministerio, plantea, tampoco están ligados a las causas o los efectos de la emergencia. Así, concluye que para el fortalecimiento del FNG o flexibilizar las condiciones en que opera, no se requiere modificar el Grupo Bicentenario ni su intermediación.

80. El departamento de Derecho Fiscal de la universidad Externado, además de coincidir en la mayoría de los argumentos anteriores, sostiene que el Decreto propone la capitalización del Grupo Bicentenario, pero la entidad estatal encargada de respaldar los créditos de los deudores es el FNG. En consecuencia, indica que “no hay relación directa entre causa y efecto, ya que, si bien el Gobierno nacional expresa que este es un mecanismo para dirigir los recursos del Estado y garantizar el respaldo de nuevos créditos, no se tiene la certeza de las consecuencias que acarrea este proceso ni se explica porque es así”. En torno a la necesidad fáctica, expresa que, no obstante, se ha planteado el objetivo de garantizar el acceso de los afectados a créditos financieros, “no se soporta con cifras ni datos por qué es necesario el cambio de titularidad al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de las empresas financieras de la rama ejecutiva, para que posteriormente las aporte como capital al Grupo Bicentenario S.A.S. y este las redirija al FNG”.

81. De la misma manera, el interviniente considera que las medidas no superan el examen

de necesidad jurídica. Destaca que el Gobierno nacional puede realizar las operaciones cuestionadas mediante el uso de previsiones legales ordinarias, como un traslado presupuestal (artículo 80 Decreto 111 de 1996). Incluso, señala que podría, en el marco del estado de excepción, modificar directamente el Presupuesto General de la Nación (artículo 38 numeral LL), acudiendo a los mecanismos normales a falta de justificación de su aplicación por medio de decreto legislativo. Así, afirma que si la esencia del Decreto es trasladar recursos de capital al FNG, “por qué incorpora un mecanismo más complejo, que implica más tiempo como lo es un cambio de titularidad de TODAS las empresas nacionales financieras del Estado a nombre del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que posteriormente este haga un aporte a Grupo Bicentenario S.A.S, y que ahora este último sí fortalezca el FNG”.

82. Para la Universidad, lo anterior es incompresible si se parte de la base de que el Gobierno tiene “la posibilidad de hacerlo directamente [con] cada una de las empresas, que a propósito, ya hacen parte de la rama ejecutiva y sobre las cuales el presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa puede disponer de ellas con arreglo a la ley”. Por último, según el Departamento interviniente, la medida tampoco cumple el examen de proporcionalidad. De un lado, estima que cambiar la titularidad de todas las empresas financieras de la rama Ejecutiva y centralizarlas en el Ministerio de Hacienda a través del Grupo Bicentenario resulta excesivo si se observa la naturaleza de la emergencia. De otro lado, asevera que las medidas no están encaminadas a realizar un uso inmediato de los recursos con el objetivo de poder atender las crecientes necesidades generadas con la emergencia sanitaria.

84. El interviniente, sin embargo, reitera más específicamente que el traspaso de la propiedad accionaria de entidades autónomas al Grupo Bicentenario no tiene el objetivo de conjurar una crisis de salud pública, ni son medidas que tengan una relación directa y específica con el estado de emergencia. Así mismo, asevera que el Grupo Bicentenario no tiene capacidad ni experiencia para realizar actividades tendientes a conjurar una crisis de

salud pública, pues ha sido instituida para controlar entidades financieras. Por último, señala que no hay ningún estudio o concepto de los órganos institucionales constitucionales que planeen la imperiosa necesidad de que sea el Grupo Bicentenario la entidad idónea para conjurar una crisis de salud pública.

85. El Procurador General de la Nación, en el concepto remitido a esta Corporación, se muestra de acuerdo con la aproximación que no encuentra conexidad de la medida analizada con el estado de excepción. Indica que si bien es cierto, una de las fuentes de financiación del FNG son los dividendos del Grupo Bicentenario, esto es únicamente una posibilidad, pues el artículo 3 del Decreto que se analiza solamente indica que los recursos para el fortalecimiento patrimonial del FNG “podrán” provenir de ciertas fuentes. En igual sentido, destaca que pese a que el artículo 4 autoriza al Gobierno nacional para hacer una reducción de capital del Grupo Bicentenario destinado al fortalecimiento del FNG, también en este caso la descapitalización es únicamente una alternativa, porque va de cero pesos hasta un monto de \$300.000 millones, dependiendo tanto de la voluntad del Gobierno nacional como de la eventualidad de que el Grupo cuente con los recursos en cuestión.

86. Para el Ministerio Público, la medida tampoco supera la exigencia de conexidad interna. Subraya que en los considerandos del Decreto se establece que la consolidación del patrimonio de las empresas estatales públicas en cabeza del Grupo Bicentenario permitirá coordinar y centralizar las estrategias de aprovechamiento de tales recursos, con el propósito de utilizarlos para afrontar los efectos de la crisis. No obstante, asegura que no hay certeza en torno a que este sea el sentido de la medida, pues el artículo 1 así no lo prevé expresamente. Además, agrega el Procurador, el Decreto no tiene una finalidad sino dos: (i) consolidar la concentración de la propiedad accionaria de entidades públicas financieras o que tengan relación con el sector financiero, en cabeza del Grupo Bicentenario; y, (ii) proveer recursos al FNG con la finalidad de respaldar créditos, en determinados sectores, a las personas naturales y jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica.

87. Desde otro punto de vista, el Jefe del Ministerio Público argumenta que el parágrafo 2 del artículo 1 establece que del Grupo Bicentenario no harán parte dos entidades públicas del sector de la seguridad social: la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA E.P.S., y la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES. En consecuencia, asume que todas las demás entidades públicas vigiladas por la Superintendencia Financiera podrían pasar a formar parte del Grupo Bicentenario. Destaca que el Decreto que creó este Grupo (D. 2111 de 2019) estableció que no harían parte de esa sociedad las empresas administradoras de seguridad social de pensiones y salud con participación pública. En cambio, la norma en mención solo excluye a las dos citadas entidades. A su juicio, esto compromete el derecho fundamental a la seguridad social ante potenciales compromisos financieros (Art. 48 de la CP), además de tratarse de un contrasentido con los propósitos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia.

88. De este modo, el Procurador solicita declarar inexecutable el artículo 1 del Decreto legislativo 492 de 2020.

8.2.1.2. Análisis de constitucionalidad

89. Alcance de la medida. El Documento Conpes 3851 de noviembre de 2015 determinó que al finalizar el 2014 el valor de los activos de las participaciones accionarias del Gobierno nacional en empresas estatales del orden nacional equivalía a 240 billones de pesos (32 % del PIB). Pese a esto, el Consejo de Política Social y Económica también concluyó que el Estado enfrentaba grandes retos como propietario de sus empresas, para que estas pudieran generar valor económico y social. En términos generales, diagnosticó que no había claridad sobre su política empresarial, estándares mínimos de gobierno corporativo y los activos de su portafolio que estimaba estratégicos. Indicó que todo esto hacía que se mantuvieran participaciones ineficientes y, en general, incidía en el óptimo desempeño de las entidades. Además, apuntó que el complejo disperso conjunto de normas aplicables a las empresas estatales o con participación estatal limitaba su capacidad para competir con las empresas

privadas.

90. A partir de lo anterior, el Consejo de Política Social y Económica estableció una política general de propiedad de empresas del Estado del orden nacional, para avanzar hacia un “modelo de gobierno corporativo estatal estructurado, claro y eficiente”. En ese sentido, planteó que hacia 2019 se debía crear una única entidad nacional propietaria de todas las empresas estatales. Esta y las juntas directivas de las empresas tendrían entonces la responsabilidad de la eficiencia de la propiedad empresarial del Estado. En virtud de lo anterior, mediante el artículo 351 de la Ley 1955 de 2019⁷⁸, el Legislador le otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias para “crear una entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional responsable de la gestión del servicio financiero público que incida en mayores niveles de eficiencia”.

91. En uso de las anteriores facultades, el Ejecutivo emitió el Decreto ley 2111 de 2019, a través del cual creó el Grupo Bicentenario S.A.S. En los considerandos, el Gobierno puso de presente su participación directa e indirecta en 18 entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o que desarrollan actividades conexas al servicio financiero público⁷⁹. Indicó que el valor patrimonial de estas, con corte a diciembre de 2018, asciende a \$15,8 billones de pesos, de los cuales la participación de la Nación equivale a \$14,9 billones de pesos. De esta manera, señaló que el propósito general con la creación del Grupo Bicentenario es el establecimiento de una sociedad responsable de la gestión del servicio financiero público que incida en mayores niveles de eficiencia, optimice las inversiones de la Nación en las entidades de esta clase de servicio sin poner en riesgo su fortaleza patrimonial y que centralice los derechos de propiedad de la Nación.

92. Según su acto de creación, se trata de una sociedad por acciones, de economía mixta, de la rama Ejecutiva del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y regida por el derecho privado (Art. 1). Actúa como una sociedad matriz o controlante de las sociedades o entidades que el Gobierno nacional defina en los términos vistos supra párr. 60. Las

entidades de las cuales el Grupo sea controlante deberán integrar la rama Ejecutiva del orden nacional y estar sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o desarrollar actividades conexas al servicio financiero público. No harán parte de la sociedad Grupo Bicentenario todas las empresas administradoras de seguridad social de pensiones y salud con participación pública, tales como NUEVA E.P.S. y COLPENSIONES (Art. 2).

93. En estos términos, con arreglo a lo anterior, el artículo 1 del Decreto legislativo que se examina dispuso la vinculación de todas las entidades de la rama Ejecutiva del orden nacional, vigiladas por la Superintendencia Financiera (con excepción de Colpensiones y la Nueva E.P.S.), al Ministerio de Hacienda. Una vez efectuado lo anterior, se autorizó al Ministerio para aportar la propiedad accionaria de estas instituciones al valor intrínseco del Grupo Bicentenario. De acuerdo con lo explicado, el Grupo actúa como una sociedad matriz, controlante o holding de las entidades estatales que a ella se encuentran subordinadas. En este esquema, entre el Grupo Bicentenario y las entidades de la rama Ejecutiva del orden nacional se forma el conglomerado financiero estatal, que actuará con unidad de dirección y control.

94. En el 2019, el Gobierno nacional creó la sociedad matriz y prescribió expresamente que actuaría como controlante de las entidades que el Ejecutivo definiera. Sin embargo, el grupo financiero como tal, aún no había sido constituido. Pero ahora, la medida que se examina, dispone precisamente su conformación. Con anterioridad, varias empresas estatales sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o que desarrollan actividades conexas al servicio financiero no estaban vinculadas al Ministerio de Hacienda⁸⁰. De este modo, lo primero que se dispone es su registro y vinculación a ese Ministerio. A continuación, este queda autorizado para aportar la propiedad de todas esas entidades al holding estatal, con lo cual se crea un esquema de subordinación por control de capital (supra párr. 60). Pasa ahora la Sala a analizar la constitucionalidad de la medida.

95. La Corte aclara, en los términos indicados, que la medida que se examina se encuentra

regulada de modo sistemático e integral en el artículo 1 del Decreto legislativo 492 de 2020, con reglas operativas (sobre registros y procedimientos) para completar la operación, término para dar cumplimiento a la conformación del Grupo (6 meses), continuidad en el gobierno corporativo de las entidades que forman el Grupo Bicentenario, de la representación de las instituciones a las cuales se encontraban adscritas o vinculadas, y la previsión de que la NUEVA E.P.S. y COLPENSIONES no harán parte del conglomerado. Por lo tanto, los juicios que a continuación se aplican, surten efectos sobre todo el contenido de tales preceptos. Esto, sin perjuicio, de los análisis particulares que demandan algunas reglas, a partir del juicio de no contradicción específica con la Constitución, conforme lo plantea el Procurador General de la Nación y otros intervinientes.

96. Juicio de finalidad y conexidad material. La Corte considera que, de manera opuesta a lo considerado por varios intervinientes, la medida guarda una relación de conexidad material y de finalidad con el propósito de reducir la extensión de los efectos del estado de excepción por causa del SARS-CoV-2. El sentido de la medida objeto de análisis no puede identificarse de manera aislada, como en la aproximación de los intervinientes, pues la consolidación del conglomerado financiero estatal hace parte de una política general de reactivación económica, estructurada en dos niveles. Así, si se observa de modo integral y global el curso de acción emprendido por el Gobierno mediante el Decreto que se analiza y los concretos impactos que pretende atender, se puede inferir que mediante la capitalización del FNG se ha propuesto resolver las dificultades de respaldo económico para el acceso al crédito de las Mipymes y las iniciativas independientes, en este periodo de crisis. Y a su vez, por medio del fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario, busca suplir la necesidad de servicios financieros adecuados a sus circunstancias y diseñados para su rescate.

97. Conforme al Decreto legislativo 417 de 2020, mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, el virus que genera la enfermedad Covid-19 ha causado una crisis mundial insospechada a nivel de salud pública y en los campos económico y social, con repercusiones esperadas en Colombia. La OMS consideró el brote causado por el virus como emergencia de salud pública de importancia

internacional y, pronto, debido a la acelerada propagación en la gran mayoría de países, fue declarada pandemia. A causa de la velocidad de transmisión, la capacidad de infectar simultáneamente a múltiples personas y a su letalidad, el SARS-CoV-2 ha constituido una seria amenaza al equilibrio de los sistemas de salud pública y les ha impuesto cargas económicas imprevistas y desproporcionadas para resistir a su desafío.

98. Así mismo, la medida sanitaria universalmente aconsejada para controlar la presión a los sistemas de salud pública y evitar tragedias humanitarias ha consistido en el aislamiento preventivo, el cual debió ser decretado en muchos países y también en el territorio nacional. Esto, sin embargo, ha desatado una crisis económica de incalculables dimensiones. Se ha paralizado de forma casi absoluta la industria en todos los sectores productivos, así como el comercio y la economía de los servicios, el turismo y los negocios nacionales e internacionales. Como efecto colateral, se ha afectado gravemente la liquidez de las empresas (en especial las pequeñas), el empleo y el trabajo independiente. Esto se traduce, a su vez, en un impacto en las condiciones de subsistencia y las posibilidades de acceso de las familias más vulnerables a bienes y servicios básicos.

99. Conforme a lo anterior, dadas las características de las circunstancias que precipitaron la crisis y los efectos percibidos, uno de los sectores más devastados ha sido el de la micro, pequeña y mediana empresa, así como los trabajadores independientes. En este sentido, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda explicaron que la rápida puesta en marcha del Grupo Bicentenario permitirá la coordinación y centralización de estrategias entre las distintas entidades que conformarán el conglomerado estatal, para facilitar el crédito en condiciones favorables a las personas naturales y a Mipymes. De igual forma, indicaron que posibilitará servicios ajustados a las necesidades de los afectados por la emergencia, mayor cobertura en términos de clientes, canalización eficiente y equitativa de los recursos, así como oportunidades reales de acceso a los productos.

100. Además de lo anterior, resulta claro por la forma de operar, que el grupo financiero podrá tener mayor capacidad de expansión territorial y de ofrecer estrategias articuladas para la reactivación económica de las mencionadas iniciativas productivas. En los términos explicados en las consideraciones de esta Sentencia, los conglomerados financieros se distinguen por la unidad de política empresarial, a partir de un gobierno corporativo común y el control ejercido por la entidad holding o matriz, sobre las instituciones individuales que componen el grupo, en relación con el cumplimiento de esa política. En este sentido, por un lado, gracias al robustecimiento operativo a partir de las diversas entidades, se incrementan las posibilidades de que los servicios financieros lleguen a más afectados con la crisis en todo el territorio nacional. Como lo indica el Gobierno, es posible la ampliación y optimización de canales, así como más atención física, por ejemplo, a través de instituciones como el Banco Agrario, que hace presencia casi en todo el país.

101. Por otro lado, el control de la política empresarial que se entrega al Grupo Bicentenario permite el diseño de productos financieros integrales, estructurados en la diversidad de servicios que ofrecen las distintas entidades, destinados a mitigar los efectos de la emergencia. Así, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda señalan que el Grupo estará conformado por bancas de primero y segundo piso y por compañías aseguradoras, sociedades fiduciarias y fondos de garantías. En este esquema, aseguran que la banca de primer piso puede ofrecer simultáneamente varios productos a las poblaciones rurales y urbanas, y profundizar en clientes como las micro, pequeñas y medianas empresas, por medio del ofrecimiento conjunto de los productos de leasing y factoring.

102. Adicionalmente, la Sala observa que el fortalecimiento del Grupo Bicentenario adquiere pleno sentido en el contexto de la emergencia, si se examinan las propias motivaciones de su creación. En el Decreto ley 2111 de 2011, se puso de presente que el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 propone políticas que vinculen la inclusión social y la extensión de las oportunidades que faciliten el acceso a mercados y conecten el emprendimiento y productividad. En este sentido, se consideró que el fortalecimiento de los servicios

financieros públicos se constituye en una alternativa para ampliar el acceso a los servicios y mercados financieros con énfasis, entre otras poblaciones, en la trabajadora, emprendedora y microempresarial, etc. En la misma dirección, se advirtió que la creación del Grupo Bicentenario lograría facilitar el acceso al crédito, la inclusión financiera y otorgar créditos en mejores condiciones.

103. En este orden de ideas, la Sala encuentra que el fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario desempeñará un papel crucial, en el campo de los servicios financieros, para el apoyo económico a las Mipymes y a los trabajadores independientes. En los términos ilustrados, dado que el flujo de caja y la consiguiente liquidez de estas opciones productivas han sido afectados sustancialmente por la emergencia del Covid-19, sus posibilidades de supervivencia están ligadas, entre otros apoyos, a un oportuno y eficaz acceso al crédito y a otros servicios financieros, en circunstancias favorables y acordes a su condición. La medida de excepción dispone, por esta razón, la vinculación al Ministerio de Hacienda de todas las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, vigiladas por la Superintendencia Financiera o que desarrollen actividades conexas al servicio financiero. Este procedimiento facilitará la unidad de política empresarial que lleva envuelto todo grupo económico y que, en este caso, permitirá una estrategia integral en el portafolio de los servicios financieros del Estado, destinada a los fines mencionados con anterioridad.

104. En este orden de ideas, la Corte encuentra que la medida que se analiza, en síntesis, comporta la centralización de las estrategias para el aprovechamiento de recursos destinados a afrontar la emergencia, lo cual conduce a la conclusión de que su relación con la finalidad de impedir la extensión de los efectos de la crisis es directa y específica.

105. Conexidad interna. También la medida supera el requisito de conexidad interna con los considerandos expuestos en el Decreto objeto de control. En una de las razones que se adujeron como justificación de la regulación, expresamente se indicó que la consolidación del patrimonio de las empresas estatales públicas en cabeza del Grupo Bicentenario permitirá

coordinar y centralizar las estrategias de aprovechamiento de los recursos patrimoniales de las entidades financieras del sector público del orden nacional, con el propósito de utilizar estos recursos para afrontar los efectos adversos generados en el marco de la emergencia económica, social y ecológica de acuerdo con lo establecido en el Decreto 417 de 2020.

107. Lo anterior permitirá unidad en las políticas empresariales y una gestión coherente y clara del Grupo. Esto, a su vez, en concordancia con la indicada justificación del Decreto, hará eficaz la optimización de los recursos patrimoniales de instituciones que integran el conglomerado, puesto que las directrices tendrán unos objetivos definidos y ello contribuirá a que los recursos se concentren en torno a la búsqueda de los mismos. Concretamente, conforme se mostró ampliamente en precedencia, el holding se fortalece en este contexto con el ánimo de contrarrestar los efectos que la crisis económica ha traído a Mipymes y trabajadores independientes, mediante servicios y productos más completos, articulados, asequibles y que lleguen con mayor cobertura a los afectados.

108. Juicio de motivación suficiente. La medida que se examina supera, además, el juicio de motivación suficiente, dado que contiene un considerando que sintetiza la necesidad de coordinar y centralizar en el Grupo Bicentenario el aprovechamiento de los recursos patrimoniales de las entidades financieras del sector público del orden nacional. Así mismo, es claro en esta justificación que la intención es el empleo del referido patrimonio para adelantar estrategias de mitigación de las consecuencias económicas de la emergencia. De igual forma, leído sistemáticamente con los demás fundamentos, que hacen recurrente evocación a las personas naturales y jurídicas que han soportado la crisis, es también claro que la motivación examinada plantea la necesidad de utilizar los recursos en mención a fin generar servicios financieros acordes con las condiciones en que se encuentran las Mipymes y los trabajadores particulares.

109. Juicio de necesidad. La Sala encuentra que la regulación que se estudia supera, además, las exigencias de necesidad fáctica y jurídica. En relación con la primera, como se ha argumentado de manera extensa, la conformación de un conglomerado financiero que ofrece acceso al crédito y a otros servicios y productos financieros, con mayor cobertura, articulación, idoneidad y un diseño acorde a la situación en la que se encuentran los impactados con la crisis, ofrece posibilidades reales de salvamento y potencial reactivación económica de los sectores perjudicados. Respecto de la necesidad jurídica, la Sala Plena encuentra que el Presidente de la República, en efecto, no tenía a disposición, dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales ordinarias, manera alguna de llevar a cabo la medida analizada.

110. De acuerdo con los fundamentos de esta Sentencia, las entidades de la rama Ejecutiva de orden nacional solo pueden ser creadas por la Ley o a partir de su autorización, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. Corresponde al Legislador establecer el régimen jurídico que les será aplicable y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes (Art. 210). Esto significa que la autoridad normativa deberá determinar sus funciones generales, organización básica interna, régimen de la actividad, de los actos y contratos, responsabilidad de sus directores y gerentes y las interrelaciones con los demás órganos del Estado y de la administración⁸¹. Así mismo, según los numerales 4 y 6 del artículo 50 de la Ley 489 de 1998, la estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa debe ser definida por la Ley y comprende la determinación, entre otros, de los siguientes aspectos: “la integración de su patrimonio” y “el Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estarán adscritos o vinculados”.

111. En el presente caso, la Sala observa que el artículo 1 del Decreto 492 de 2020 no crea ninguna entidad, pues el Grupo Bicentenario ya había sido establecido mediante el Decreto ley 2111 de 2020. Tampoco lleva a cabo actos de creación ni de fusión de las entidades descentralizadas por servicios que prestan servicios financieros. Sin embargo, la disposición sí cambia la entidad a la cual se encuentran adscritas o vinculadas las referidas instituciones, pues determina que en adelante todas deberán estar vinculadas al Ministerio de Hacienda y

Crédito Público⁸². Así mismo, autoriza al Ministerio de Hacienda para aportar al Grupo Bicentenario la propiedad accionaria de todas las instituciones mencionadas. Dado que estos aspectos, conforme al artículo 50.6 de la Ley 489 de 1998, son elementos propios del acto de creación, deben ser llevados a cabo por el Congreso de la República.

112. En consecuencia, se concluye que los actos anteriores no eran susceptibles de ser jurídicamente expedidos por el Presidente de la República, con base en sus potestades ordinarias. Solo podían ser llevados a cabo en uso sus facultades legislativas otorgadas por el estado de excepción. Así, la medida que se estudia supera el requisito de necesidad jurídica.

113. Juicio de incompatibilidad. La Corte observa que el fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario satisface, de igual modo, el examen de incompatibilidad. En especial, la regla que dispone la vinculación de las entidades estatales de servicios financieros al Ministerio de Hacienda y Crédito Público es incompatible con las normas legales que, con anterioridad, adscribían y vinculaban tales instituciones a otros ministerios o departamentos administrativos⁸³. A este respecto, se observa que en los considerandos, el Decreto objeto de análisis señala que la consolidación del Grupo Bicentenario, fin al cual sirve la vinculación de las instituciones a un único ministerio, permitirá coordinar y centralizar las estrategias de aprovechamiento de los recursos patrimoniales de aquellas, con el propósito de afrontar los efectos de la crisis generada por el coronavirus. En este sentido, es clara la razón por la cual, a la luz de lo pretendido con la capitalización del holding estatal, la citada vinculación de las instituciones financieras al Ministerio de Hacienda resultaba irreconciliable con las normas previas que las vinculaban o adscribían a otros organismos.

114. Juicio de proporcionalidad. A juicio de la Sala, la medida que se somete a control también constituye una decisión proporcionada frente a los objetivos pretendidos. De acuerdo con las consideraciones de esta Sentencia (ver supra párr. 44), la vinculación como forma de relación de una entidad descentralizada por servicios con el sector administrativo al

que pertenece supone un grado de autonomía mayor en comparación con esquemas como el de la adscripción. En este sentido, la circunstancia de que el artículo 1 del Decreto legislativo 492 de 2020 convierta en subordinadas de la sociedad matriz Grupo Bicentenario a las entidades que, la misma disposición, previamente ha dispuesto vincular al Ministerio de Hacienda, implica restricciones elementales al ejercicio de su autonomía.

115. Como se ha reiterado, los conglomerados financieros se distinguen por la unidad de política empresarial y el control ejercido por la entidad holding o matriz, sobre las instituciones individuales que componen el grupo, en relación con el cumplimiento de esa política. Pese a esto, la Corte estima que la referida limitación es razonable, por dos razones fundamentales. De un lado, porque la autonomía de la que gozan las entidades descentralizadas por servicios se comprende sin perjuicio del “control de tutela” al que se encuentran sometidas, control en virtud del cual, el ministerio o el departamento administrativo al que pertenecen orientan y coordinan el cumplimiento de sus funciones. De otro lado, porque la medida, como se ha reiterado, busca coordinar y centralizar recursos económicos para hacerle frente a la emergencia, focalizada en las iniciativas productiva más afectadas, lo cual está ligado a la protección del empleo e, indirectamente, de múltiples derechos fundamentales.

116. En relación con lo anterior, la Corte debe advertir, en todo caso, que el párrafo 1 del artículo 1 del Decreto que se examina prevé que las entidades pertenecientes al Grupo Bicentenario mantendrán en su gobierno corporativo la representación de los sectores a los cuales estaban adscritas o vinculadas y, en el marco de las orientaciones de estos, seguirá desarrollando las políticas públicas sectoriales. Esta regla materializa la disposición constitucional, conforme con la cual, los ministros y directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia y, bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley (Art. 208 de la C.P.). Así, la vinculación de las entidades financieras estatales al Ministerio de Hacienda, para hacer operativo el conglomerado económico, no obsta para el ejercicio de las funciones y la

formulación de políticas públicas que, en sus respectivos sectores, corresponde trazar a los ministros y directores de departamentos administrativos. Esto, así mismo, es una manifestación de los mandatos de colaboración armónica y coordinación entre entidades, en este caso administrativas, para el cumplimiento de los fines del Estado (Arts. 113 y 209 de la C.P.).

117. Juicios de no discriminación, intangibilidad y ausencia de arbitrariedad. La Corte encuentra, además, que la medida dispuesta a través del Decreto que se analiza supera los juicios de incompatibilidad, proporcionalidad, no discriminación, intangibilidad y ausencia de arbitrariedad. Observa que el Decreto no suspende, deroga expresamente leyes ni introduce tratos diferenciados injustificados. No contiene medidas que limiten derechos fundamentales. No se fijan medidas que conduzcan (i) a una alteración del normal funcionamiento de las ramas del poder público, (ii) que implique una modificación o suspensión de las funciones jurisdiccionales de acusación y juzgamiento, (iii) o que desmejoren o limiten los derechos de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás derechos fundamentales.

118. Juicio de no contradicción específica. Por último, en relación con el juicio de no contradicción específica, algunos de los intervinientes que impugnaron la constitucionalidad que se juzga sostuvieron, en primer lugar, que la competencia para modificar la estructura de la administración pública solo recae en el Congreso de la República, no en el Presidente de la República, por lo cual la medida sería inconstitucional. En segundo lugar, indicaron que el fortalecimiento del Grupo Bicentenario afectaría el régimen de vinculación laboral de los servidores públicos vinculados a las entidades fusionadas, de manera que se desmejorarían los derechos sociales de los trabajadores.

119. Y, en tercer lugar, el Procurador General afirma que el Decreto 2111 de 2019, al crear el Grupo Bicentenario, estableció que no harían parte de esa sociedad las empresas

administradoras de seguridad social de pensiones y salud con participación pública. En cambio, la norma en mención solo excluye del Conglomerado a Nueva E.P.S. y a Colpensiones. A su juicio, esto compromete el derecho fundamental a la seguridad social ante potenciales compromisos financieros (Art. 48 de la CP), además de tratarse de un contrasentido con los propósitos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia. A juicio de la Sala Plena, las tres objeciones indicadas resultan infundadas.

120. De un lado, es cierto que el artículo 1 del Decreto 492 de 2020 lleva a cabo actos propios de la determinación de la estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa en los términos indicados en párrafos anteriores. A este respecto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, conforme a los artículos 150, numerales 7 y 10, la determinación de la estructura de la Administración nacional, así como la creación y autorización de la existencia específica de los diferentes organismos y entidades llamados a conformar dicha estructura, compete al Congreso. Sin embargo, esta Corporación también ha clarificado que en estados de excepción puede ser desarrollada excepcionalmente por el Legislador extraordinario, siempre y cuando la creación del respectivo ente, cumpla con los requisitos que debe observar toda medida en un estado de excepción⁸⁴.

121. De otro lado, de acuerdo con el contenido literal del artículo 1 del Decreto Legislativo 492 de 2020, el fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario no desmejora los derechos sociales de los trabajadores. No hay en la conformación del conglomerado una fusión de empresas como lo afirma uno de los intervinientes, pues, según se expuso, en este esquema financiero las sociedades que conforman el Grupo son independientes y prestan distintos tipos de servicios financieros. Su vinculación al “holding” se da en términos de gobierno empresarial y de control para el cumplimiento de las políticas y directrices de la sociedad controlante.

122. Lo anterior quiere decir que las entidades de la rama Ejecutiva del orden nacional que van a hacer parte del Grupo Bicentenario no desaparecen, como lo da a entender el

interviniente. De hecho, una de las reglas prevista en el artículo 1 del Decreto objeto de control prevé que “las entidades pertenecientes al Grupo Bicentenario, mantendrán en su gobierno corporativo la representación de los sectores a los cuales estaban adscritas o vinculadas y, en el marco de las orientaciones de estos, seguirá desarrollando las políticas públicas sectoriales”. Esto prueba que las empresas, en consecuencia, no serán suprimidas y, por ende, tampoco los cargos que ocupan sus trabajadores.

124. Desde otro punto de vista, en el Decreto ley de creación del Grupo Bicentenario se indicó que no harían parte de la sociedad “todas las empresas administradoras de seguridad social de pensiones y salud con participación pública, tales como NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A – NUEVA E.P.S y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES”. Sin embargo, en el Decreto que se estudia solo se excluyeron a las dos mencionadas entidades, no todas las instituciones administradoras de seguridad social de pensiones y salud con participación pública. Dado que la regulación de excepción tiene rango material de ley, podía llevar a cabo una modificación a la regla del Decreto ley de creación de la sociedad, sin que proceda ninguna objeción por esta causa, como lo reconoce el Procurador General de la Nación.

125. Así mismo, la Constitución no prohíbe que entidades de la mencionada índole puedan formar un grupo financiero. Impide, por ejemplo, que los rendimientos de entidades de seguridad social sean empleados con otra finalidad distinta (Art. 48 de la CP). No obstante, contrario a lo que afirma el Procurador, no se observa que la medida analizada, en sí misma, comporte el efecto de generar compromisos económicos para instituciones de la seguridad social y que, de algún modo, se termine contraviniendo la citada prohibición constitucional.

126. Por último, la Sala encuentra que la circunstancia de que el artículo 1 del Decreto legislativo 492 de 2020 haga subordinadas de la sociedad matriz Grupo Bicentenario a las

entidades que, la misma disposición, previamente ha dispuesto vincular al Ministerio de Hacienda, no restringe las competencias que, sectorialmente, corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, conforme al artículo 208 de la C.P. Como se indicó en fundamentos anteriores, conforme al párrafo 1 de la misma norma citada, las entidades pertenecientes al Grupo Bicentenario mantendrán en su gobierno corporativo la representación de los sectores a los cuales estaban adscritas o vinculadas y, en el marco de las orientaciones de estos, seguirán desarrollando las políticas públicas sectoriales. Esta es, entonces, una manifestación de la norma constitucional, según la cual, los ministros y directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia y, bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley (Art. 208 de la C.P.).

127. En este orden de ideas, la Corte concluye que, en cuanto al examen de no contradicción específica, ninguna disposición del Decreto se opone a las prohibiciones constitucionales y de derechos humanos, aplicables a los estados de excepción. Así, declarará exequible el artículo 1 del Decreto Legislativo 492 de 2020.

8.2.2. Segunda medida. Fortalecimiento patrimonial del FNG (Arts. 2, 3 y 4)

128. Se autoriza al Ministerio de Hacienda y a las entidades estatales que hagan parte de la rama Ejecutiva del orden nacional para realizar aportes de capital al FNG, mediante cualquier mecanismo de fortalecimiento patrimonial (Art. 2). Se autorizan tres fuentes para este fortalecimiento: (i) excedentes de capital y dividendos de varias entidades: a) Grupo Bicentenario S.A.S., hasta por \$300 mil millones; b) Findeter, hasta por \$100 mil millones; c) Fondo Nacional del Ahorro, hasta por \$100 mil millones; d) FINAGRO, hasta por \$50 mil millones; e) Urrá S.A. E.S.P., hasta por \$50 mil millones; y, f) Central de Inversiones S.A., hasta por \$50 mil millones; (ii) los recursos derivados de la enajenación de la participación accionaria de la Nación, propiedad del Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura

(FONDES); y, (iii) los demás recursos que determine el Gobierno nacional para tal fin, a cualquier título.

129. Con los anteriores recursos, el FNG respaldará solamente garantías focalizadas en sectores, productos o segmentos que se establezcan por la Junta Directiva del Fondo con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado en la Junta, para dar acceso al crédito a las personas naturales y jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por los hechos que motivaron la Emergencia económica, social y ecológica declarada por el Decreto 417 de 2020. Para las disminuciones de capital de las empresas descritas se requerirá solamente la aprobación de la respectiva asamblea de accionistas en las empresas que cuenten con este órgano de dirección. En caso de no contar con asamblea de accionistas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público determinará las instrucciones y el plazo para el giro de los recursos.

130. Se dispone que el Gobierno nacional, así como los demás accionistas o propietarios de las entidades antes mencionadas, recibirán el valor proporcional a su participación en el capital social de la entidad. En ningún caso la disminución de capital de las entidades descritas en este artículo podrá afectar la continuidad en la prestación de los servicios a su cargo o el cumplimiento de los requerimientos regulatorios para su operación. Así mismo, se establece que si, por razones regulatorias estas entidades llegaren a requerir mayor respaldo patrimonial, el Gobierno nacional podrá realizar aportes de capital hasta por los montos por los cuales se haya efectuado la respectiva reducción de capital (Arts. 3 y 4).

8.2.2.1. Intervenciones

131. La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República sostiene que la medida guarda relación de conexidad y finalidad con el estado de emergencia. Explica que el Gobierno nacional autorizó al Ministerio de Hacienda a realizar aportes de capital al FNG hasta por

\$3,25 billones de pesos para mitigar el impacto económico de la eventual progresión de la pandemia y las medidas de aislamiento y distanciamiento social adoptadas. En particular, señala que la medida que se analiza se destina a las personas naturales y a las pequeñas empresas que se han visto afectadas por la disminución de sus ingresos, a cuenta de los efectos económicos adversos derivados de la crisis.

132. De otra parte, advierte que la medida supera el requisito de necesidad fáctica, pues si no se adoptan medidas expeditas que garanticen a los ciudadanos y personas más vulnerables unos recursos básicos, su mínimo vital podría verse afectado. En el mismo sentido, indica que, a través del fortalecimiento del FNG, se pueden ofrecer créditos favorables y garantías para respaldarlos, con el fin de financiar tanto a micro, pequeñas y medianas empresas como a personas naturales que han dejado de percibir ingresos por cuenta de la crisis.

133. En relación con la necesidad jurídica, estima que para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de emergencia las atribuciones ordinarias del Ejecutivo no permitían, en el término de urgencia requerido, alcanzar los fines propuestos. De este modo, afirma que la medida hubiera requerido específicas autorizaciones legales y modificaciones presupuestales, lo cual no correspondía a las respuestas rápidas que demandaba la emergencia. En ese escenario, subraya, mientras avanza la afectación de la población por el contagio del virus, no se habría podido proporcionar recursos y liquidez a los ciudadanos afectados.

134. La interviniente argumenta que el Decreto legislativo supera, así mismo, la exigencia de proporcionalidad. Señala que principalmente las dos medidas generales citadas, así como el alivio en impuestos y en otros costos asociados al servicio del FNG, permitirán la atención de las necesidades económicas y sociales de los hogares que han visto afectados gravemente sus ingresos. De igual forma, indica que estos recursos deberán destinarse de manera focalizada a tal objetivo y tienden al cumplimiento de fines y derechos constitucionalmente

imperiosos, como la salvaguarda de la dignidad humana y los derechos de los trabajadores, a partir del acceso al crédito de personas naturales y Mipymes.

135. Respecto de los juicios de motivación de incompatibilidad, no discriminación, intangibilidad y ausencia de arbitrariedad, advierte que el Decreto no suspende, deroga expresamente leyes ni introduce tratos diferenciados injustificados. Agrega que tampoco contiene medidas que restrinjan derechos fundamentales. Así mismo, plantea que la regulación cumple el juicio de ausencia de arbitrariedad, debido a que no se prevén medidas que: (i) conduzcan a una alteración del normal funcionamiento de las ramas del poder público, (ii) implique una modificación o suspensión de las funciones jurisdiccionales de acusación y juzgamiento, (iii) desmejoren o limiten los derechos de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás derechos fundamentales; (iv) desmejoren las garantías sociales de los trabajadores.

136. Por último, en cuanto al examen de no contradicción específica, la interviniente indica que ninguna disposición del Decreto se opone a las prohibiciones constitucionales y de derechos humanos, aplicables a los estados de excepción.

137. El Ministerio de Hacienda precisa que el FNG aprobó un programa de garantías denominado “Unidos por Colombia”, que permitirá desembolsar créditos a los empresarios hasta por \$12 billones. Explica que el programa dispondrá una cobertura de entre el 60 % y el 90 % sobre el valor del crédito, donde el FNG asume el compromiso de respaldar al empresario en ese porcentaje del valor de su crédito, facilitándole el acceso a la liquidez que requiere. A través del producto en mención, subraya, se están garantizando los créditos a las Mipymes y trabajadores independientes para atender las necesidades de liquidez y asumir los gastos de personal, costos fijos (arriendo, servicios públicos y otros) y demás obligaciones que deban atender para mantener su continuidad, ser sostenibles y mantener el empleo dentro de la especial coyuntura económica actual.

138. El departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, la ANDI y Asofiduciarias también consideran que la medida supera todos los requisitos materiales de validez constitucional. Las últimas dos entidades argumentan, en especial, que guarda relación de conexidad directa y estrecha, así como de finalidad, con la emergencia. En su criterio, el Decreto fortalece el FNG con el objeto de que este pueda proporcionar garantías focalizadas en sectores, productos o segmentos definidos, con el fin exclusivo de dar continuidad en el acceso al crédito a micro, pequeñas y medianas empresas afectadas con la emergencia. De la misma manera, plantean que tiene igualmente el propósito de fomentar la continuidad de los contratos laborales y soportar obligaciones fijas como el pago de nóminas, arriendos, servicios públicos, entre otras.

139. Asofiduciarias puntualiza que la norma cumple con el requisito de necesidad fáctica, dado que, en la emergencia, el Gobierno nacional debe acudir tanto a mecanismos ordinarios como extraordinarios para conjurar la crisis y mitigar sus efectos. En este sentido, señala que el margen de maniobra debe ser amplio y permitir que se contemplen diversas medidas, que, al ser utilizadas en su conjunto puedan ser más efectivas para disminuir los impactos negativos ocasionados por los hechos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia. Y, en cuanto a la necesidad jurídica, expresa que la definición del capital de cualquier entidad estatal, requiere de ley; por lo cual, el Decreto legislativo era requerido para que estableciera la disminución del capital de unas entidades públicas para destinarlo a otra fortaleciéndola patrimonialmente.

141. En segundo lugar, señala que el literal c) del artículo 3 del Decreto Legislativo 492 de 2020 faculta al Gobierno nacional para determinar, a cualquier título, otros recursos para el fortalecimiento patrimonial del FNG. En su criterio, la determinación de las fuentes de recursos del FNG es un asunto que tiene reserva de ley (Art. 150.11 de la CP), razón por la cual su determinación por parte del Gobierno nacional debe corresponder a dineros de los

que este pueda disponer, como serían los que tuvieran como fuente una norma con fuerza material de ley en el marco del Estado de emergencia. En este sentido, el Procurador General solicita la exequibilidad condicionada del citado precepto.

142. Y, en tercer lugar, el Procurador resalta que, según el parágrafo 3 del artículo 4 del Decreto Legislativo 492 de 2020, si por razones regulatorias, las entidades descapitalizadas llegaran a requerir mayor respaldo patrimonial, el

Gobierno nacional podrá realizar aportes de capital hasta por los montos por los cuales se haya efectuado la respectiva reducción de capital. Señala que, no obstante, esta posibilidad solamente opera por razones regulatorias, de modo que el cubrimiento financiero de las obligaciones laborales que se llegaren a ver comprometidas no resulta vinculante para el Gobierno nacional, de tal modo que podrían desmejorarse los derechos sociales de los trabajadores por la vía del incumplimiento del pago de acreencias laborales. Con todo, afirma que en aplicación del principio de conservación del derecho y, teniendo en cuenta las causas que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, solicita la exequibilidad condicionada del artículo 4 en el entendido de que, de requerirse, deberá recapitalizarse a esta entidad para garantizar los derechos de los trabajadores.

8.2.2.2. Análisis de constitucionalidad

143. Alcance de la medida. Los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 492 de 2020 establecen el mecanismo para el incremento del patrimonio del FNG, a través de la descapitalización de varias instituciones que, con excepción de URRRA S.A. E.S.P., tienen el carácter de sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado (Findeter, Fondo Nacional del Ahorro, Grupo Bicentenario, FINAGRO y Central de Inversiones S.A.). Según consta en las motivaciones del Decreto y en las pruebas allegadas al proceso por el Ministerio de Hacienda, estas entidades poseen excedentes de capital a partir de sus operaciones, representados en niveles de solvencia y/o de liquidez por encima de los

mínimos regulatorios o prudenciales. En consecuencia, debido a la necesidad de disposición inmediata de recursos líquidos, la descapitalización que se autoriza recae sobre tales recursos.

144. El Ministerio explica que, regulatoriamente, establecimientos de crédito como Findeter, el Fondo Nacional del Ahorro y Finagro deben tener una relación mínima de solvencia del 9%. Señala que, con base en las cifras reportadas por estas mismas compañías y por la Superintendencia Financiera de Colombia, la relación de solvencia de Findeter se encuentra en niveles del 20,97 %, en el caso de Finagro es de 18,78 % y para el Fondo Nacional del Ahorro se ubica en 46,83%. En cuanto a las demás empresas, que no operan como establecimientos de crédito, informa que los niveles de patrimonio son suficientes respecto de su nivel de deuda y los recursos propios tienen una participación preponderante en la estructura de capital de las compañías.

145. De esta manera, indica que en el caso de URRÁ S.A. E.S.P., el patrimonio es tres veces mayor a la deuda que tiene (patrimonio: \$1.212 mil millones; pasivo: \$400 mil millones) y representa el 75 % del nivel de activos de la compañía. Respecto al Grupo Bicentenario, asegura que la empresa no tiene ningún tipo de obligación financiera y respecto a Central de Inversiones S.A. -CISA, manifiesta que la entidad tiene un nivel patrimonial superior a tres veces el valor de su deuda (patrimonio: \$217 mil millones; pasivo: \$62 mil millones). Así, una vez identificado que los niveles de capitalización de las citadas entidades son adecuados, informa que el Gobierno nacional evaluó su liquidez disponible y, mientras que en el artículo 3 del Decreto Legislativo 492 de 2020, dispuso la fuente general de alimentación de capitalización del FNG, en el artículo 4, con base en los referidos datos, fijó las cifras máximas en las que puede operar su descapitalización.

146. Adicionalmente a los anteriores recursos, también con destino al FNG, el artículo 3, literal b), del Decreto Legislativo 492 de 2020 autorizó el uso de los recursos del Fondo Nacional para el Desarrollo de la Infraestructura (FONDES). De acuerdo con el artículo 144 de

la Ley 1753 de 2015 y los artículos 2.19.1 y siguientes del Decreto 1068 de 2015, el FONDES es un patrimonio autónomo administrado a través de un contrato de fiducia mercantil. Su objeto es la inversión y el financiamiento de proyectos de infraestructura, así como la inversión en el capital social de empresas de servicios públicos mixtas u oficiales. El parágrafo del artículo 144 de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 2.19.16 del Decreto 1068 de 2015 establecen que los recursos resultantes de la enajenación de participaciones accionarias de la Nación, que sean destinados al FONDES, se mantendrán en una cuenta especial e independiente administrada por el Tesoro Nacional.

147. Tanto en las motivaciones como en las evidencias allegadas al proceso, también se puso de manifiesto que los recursos que se encuentran en la citada cuenta no se hallan comprometidos para el desarrollo de ninguna operación específica del FONDES. Así, el Decreto prescribe la posibilidad de que sean destinados para el fortalecimiento del FNG. Además, según explica el Ministerio de Hacienda, el Decreto prevé lo anterior con un tope máximo equivalente a la suma que se encuentra disponible y aún no se halla comprometida. Por último, la regulación también contempla una autorización para que el Gobierno nacional determine otras fuentes para la capitalización del FNG (literal c) del Art. 3).

148. Todos los anteriores recursos solamente podrán ser empleados para fortalecer el FNG y, a su vez, esta entidad únicamente queda habilitada para utilizarlos con la finalidad de dar acceso al crédito a las personas naturales y jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por los hechos que motivaron la emergencia declarada por el Decreto 417 de 2020 (Art. 4, parágrafo 2).

149. La Sala aclara, en los términos indicados supra párrs. 120 a 122, que la medida que se examina se encuentra regulada de modo sistemático e integral en los artículos 2, 3 y 4, con reglas sobre las fuentes de alimentación económica del FNG, finalidad, entidades que se descapitalizan, porcentajes autorizados, forma de aprobación de la descapitalización en las empresas correspondientes y situación de las empresas luego de la descapitalización. Por

esta razón, los juicios que a continuación se aplican, surten efectos sobre todo el contenido de tales preceptos. Esto, sin perjuicio, de los análisis particulares que demandan algunas reglas, a partir del juicio de no contradicción específica con la Constitución, conforme lo sugiere el Procurador General de la Nación.

151. Según se indicó, dado que se debió recurrir al aislamiento preventivo obligatorio para disminuir la presión que amenaza el sistema de salud pública, quedaron estancados el comercio, la industria y casi todos los sectores productivos, grandes y pequeños. Esto ha afectado la liquidez, especialmente, de los independientes y las Mipymes, sigla que comprende a las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas⁸⁵. El Ministerio del Trabajo ha expresado que, según el DANE, estas empresas representan más del 90 % del sector productivo nacional, suman aproximadamente 1,6 millones y generan el 35% del PIB y el 80% del empleo en el país⁸⁶. Sin embargo, de acuerdo con la Encuesta de Desempeño Empresarial de Acopi, relativa al primer trimestre de 2020⁸⁷, en comparación con el primer trimestre de 2019, la producción y ventas disminuyeron en 13 puntos y el empleo, según la percepción de los empresarios, pasó del 19 % al 10 %, mostrando una contracción porcentual de 9 puntos.

152. Cuando se había cumplido un mes de permanecer en aislamiento preventivo obligatorio, el 35% de pymes y el 33% de microempresarios afirmaron que el nivel de afectación en sus ventas e ingresos por causa del COVID-19 había superado el 75%, mientras que el 32% consideró que el nivel de desface puede oscilar entre un 51% y 75%. En el mismo sentido, el 65% de pymes y el 43% de microempresarios han contemplado cesar contratos en los próximos tres meses. Además, el 34% de microempresarios y el 17% del sector de las pequeñas y medianas empresas han considerado acogerse a la Ley de Insolvencia⁸⁸. Con este panorama, los obstáculos que de por sí enfrentan iniciativas productivas para el acceso al crédito se han agudizado dramáticamente y su reactivación como vector de la economía y el empleo se hace cada día más difícil, a medida de que se prolonga la crisis.

153. En efecto, las Mipymes se encuentran atrapadas en una paradoja que se hace más visible en tiempos de recesión, pues a pesar de aportar más de las tres cuartas partes al empleo del país y contribuir de forma sustancial al crecimiento de la economía, enfrentan grandes dificultades para encontrar financiación a sus proyectos e inversiones. Según la misma encuesta citada, el 6% de pymes y el 28% de microempresarios han constatado que los intereses a pagar son elevados y el 12% de ambos sectores afirman no contar con los requisitos necesarios para acceder a un crédito. El 24% de pymes y el 36% de microempresarios han encontrado que las líneas de créditos disponibles son de difícil acceso y, como barrera asociada, el 15% de pymes y el 22% de microempresarios coinciden en que no hay líneas de créditos diseñadas conforme a la necesidad y estructura de la correspondiente empresa⁸⁹.

154. En las anteriores condiciones, cobra especial relevancia el papel del FNG, como institución estatal con la misión de apoyar al emprendedor que, a pesar del ingenio, la capacidad y la voluntad para desarrollar un proyecto económico, no cuenta con los recursos suficientes ni con el respaldo para acceder a créditos en el sistema financiero. Como se indicó en las consideraciones de esta Sentencia, el FNG no otorga préstamos ni subsidia al empresario, pero sí lo fía ante los bancos y entidades de crédito, con la finalidad de que pueda obtener recursos e invertir, según su idea de negocio. En el contexto de la emergencia, el Gobierno nacional ha realizado una importante inyección de capital mediante la medida que se analiza, en este caso con el objetivo de que las Mipymes y trabajadores independientes logren liquidez y así puedan cumplir con sus obligaciones laborales, tributarias, civiles, de proveedores, etc.

155. En su intervención, el FNG afirma que para evitar la liquidación de muchas Mipymes o el despido masivo de trabajadores por la insuficiencia de recursos, el Gobierno nacional ha proyectado brindar garantías de financiamiento hasta por \$60 billones de pesos, con la medida analizada. Para el efecto, el FNG explica que debe contar en su patrimonio con un capital aproximado de \$3,44 billones, suma que se aproxima al monto de la capitalización

propuesta en el Decreto 492 de 2020. A este respecto, explica que los \$380 mil millones de capital que tenía al inicio de la emergencia se suman a los \$3.25 billones que se busca lograr con la capitalización, lo cual arroja de hecho una cifra superior a la que se proyecta como meta.

156. La política especial de garantía en este periodo de pandemia ha sido puesta en marcha mediante el programa “Todos Unidos por Colombia”. Así, el FNG expone que este se estructura en 3 líneas de garantías, las cuales han sido diseñadas teniendo como fundamento principal la no generación de ingresos por parte de las micro, pequeñas y medianas empresas y de los trabajadores independientes por cuenta propia. Así mismo, partiendo de la base de que la falta de ventas por parte de este grupo de empresas le impide acceder a recursos frescos ante el sector financiero dado un incremento en el perfil de riesgo, impactando de manera directa el flujo de caja y por tanto una imposibilidad de cubrir sus costos y gastos entre los que se encuentran la nómina, los arriendos y los servicios públicos, entre otros. Un primer tipo ofrece garantías para pago de nóminas, un segundo tipo para capital de trabajo y una tercera clase para trabajadores independientes.

157. En este orden de ideas, la Sala Plena concluye que, conforme al contexto ilustrado con anterioridad, el fortalecimiento patrimonial del FNG mantiene un vínculo exclusivo, específico y directo con el estado de excepción declarado mediante el Decreto 417 de 2020. En particular, resulta inequívoco que la medida ha sido diseñada para impedir la extensión de los efectos económicos que la crisis, causada por la pandemia del SARS-CoV-2, ha comenzado a evidenciar. En efecto, mediante el respaldo a la liquidez se busca mantener a flote a las Mipymes y a los trabajadores independientes y reducir los efectos más devastadores de la desaceleración de la economía. Entre las consecuencias más importantes, se busca reducir los alcances del impacto de la emergencia en términos de desempleo.

158. Como se ha mostrado, el propio Legislador extraordinario dispuso que el incremento de capital del FNG tiene el único objetivo de respaldar garantías focalizadas en sectores,

productos o segmentos que se dispongan para contribuir a la recuperación financiera de las Mipymes y los independientes afectados con la crisis del SARS-CoV-2. Por lo tanto, dicho de otra forma, la medida cobra exclusivo sentido y adquiere razón de ser a la luz de las circunstancias de la emergencia y los efectos causados precisamente por la pandemia y la necesidad de su contención y mitigación. Esto muestra, en consecuencia, que la medida objeto de análisis supera los requisitos de finalidad y conexidad externa.

159. Juicio de conexidad interna. La medida, además, satisface el requisito de conexidad interna con los considerandos expuestos en el Decreto legislativo 497 de 2020. En la motivación de ese acto, el Presidente de la República expuso a través de varios considerandos, en síntesis, que debido al contexto de la pandemia, se precisaba optimizar el uso del capital de entidades financieras de propiedad estatal, transfiriendo dichos recursos al Fondo Nacional de Garantías. Esto, para respaldar la emisión de nuevos créditos con el fin de mantener activas las relaciones crediticias y financiar tanto a micro, pequeñas y medianas empresas, así como a personas naturales. La medida está planteada para apoyar financieramente a las personas que han sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por los hechos que motivaron la Emergencia Económica, Social y Ecológica.

160. Indicó, además, que algunas entidades que hacen parte de la rama Ejecutiva del orden nacional presentan recursos patrimoniales excedentarios representados en niveles de solvencia y/o de liquidez por encima de los mínimos regulatorios o prudenciales, que pueden ser utilizados para el financiamiento del Fondo Nacional de Garantías. Así mismo, señaló que los recursos de los que trata el parágrafo del artículo 144 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 56 de la Ley 1955 de 2019, se encuentran en una cuenta especial e independiente administrada por el Tesoro Nacional y no están comprometidos para el desarrollo de ninguna operación específica del FONDES.

161. En las anteriores condiciones, el fortalecimiento patrimonial del FNG representa una consecuencia de las razones aducidas en procura de su justificación. En los términos

indicados supra párr. 47 a 57, la medida recae sobre recursos que constituyen excedentes de capital y representan liquidez por encima de los mínimos regulatorios, de entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, a la postre identificadas en el Decreto. Así mismo, se emplean los recursos no comprometidos del FONDES, a los que se ha hecho referencia. Y, por último, el fortalecimiento del FNG ha sido dispuesto con el propósito de garantizar el acceso al crédito a las Mipymes y los independientes afectados con la crisis, tal como se anunció en los considerandos.

162. Juicio de motivación suficiente. La medida también supera el juicio de motivación suficiente, pues se señalan un conjunto de consideraciones orientadas a justificar la herramienta que se crea para aliviar los impactos económicos derivados de la emergencia a personas naturales y Mipymes. Estas se muestran adecuadas, pues hacen referencia en su mayoría a la necesidad urgente de los recursos, ligada a la intención de reducir la extensión de las consecuencias económicas de la pandemia; a las fuentes de aquellos y a los destinatarios de la regulación. De este modo, los artículos 2, 3 y 4 superan también este examen.

164. En relación con la necesidad jurídica, la Corte encuentra que el Presidente de la República, en efecto, no tenía a disposición, dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales ordinarias, manera alguna de llevar a cabo la medida analizada. La Constitución establece, como regla general, que no se podrá hacer erogación o gasto alguno con cargo al tesoro público, ni transferir créditos que no se hallen incluidos en el presupuesto de gastos decretados por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales (Art. 345). Así mismo, de manera específica, los artículos 346 y 347 de la Carta Política prevén que el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá ser aprobado por el Congreso de la República. De este modo, la Corte ha considerado que rige el principio de legalidad del presupuesto o la reserva de ley para su expedición, modificación o adición, en virtud de la trascendencia del principio democrático en la adopción de las decisiones sobre el uso y destinación de los recursos públicos.⁹⁰

165. Al consagrar los anteriores mandatos, sin embargo, el Constituyente también hizo la salvedad de que las citadas reglas en materia presupuestal tienen aplicación en tiempos de paz o normalidad institucional, de modo que, en estados de excepción, se deja abierta la posibilidad de que otro centro de producción normativa y, en específico, el Ejecutivo, quien en tales situaciones se convierte en legislador transitorio, intervenga el Presupuesto General de la Nación, cambie la destinación de algunas rentas, reasigne partidas y realice operaciones presupuestales, con el propósito de destinar recursos para la superación del estado de excepción.

166. En concordancia con lo anterior, el artículo 83 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación señala que los créditos adicionales y traslados al Presupuesto General de la Nación destinados a atender gastos ocasionados por los estados de excepción, serán efectuados por el Gobierno en los términos que este señale y que la fuente de gasto público será el decreto declaratorio del respectivo estado de excepción. En este orden de ideas, resulta claro que solo en el contexto del estado de excepción, el Presidente de la República puede generar créditos adicionales (autorizaciones de gasto), adiciones, traslados y, en general, modificaciones al Presupuesto General de la Nación.

167. En el presente asunto, el Ejecutivo toma excedentes de capital y dividendos de entidades de la rama ejecutiva del orden nacional que tienen el carácter de sociedades de economía mixta, empresas industriales y comerciales del Estado y un establecimiento público nacional⁹¹. Así mismo, hace uso de recursos del FONDES, que es fondo-cuenta, cuyo objeto es la inversión y el financiamiento de proyectos de infraestructura, así como la inversión en el capital social de empresas de servicios públicos mixtas u oficiales. Con estas fuentes que, en términos presupuestales, constituyen recursos de capital y fondos especiales del Presupuesto de Rentas⁹², se crea una adición al presupuesto y un traslado presupuestal. A su vez, estas apropiaciones se disponen con la finalidad de capitalizar el FNG que, como se verá en el análisis del artículo 5 del Decreto legislativo 492 de 2020, se deberá presupuestar en la sección del Ministerio de Hacienda.

168. Todos los anteriores ajustes al Presupuesto General de la Nación, implicados en las operaciones de capitalización y descapitalización, en los términos vistos, solo podían ser llevados a cabo por el Presidente de la República en uso sus facultades legislativas extraordinarias, por lo cual, la medida supera el requisito de necesidad jurídica.

169. Juicio de proporcionalidad. La Corte encuentra, además, que la medida económica dispuesta a través del Decreto que se analiza es proporcional. Como lo pone de manifiesto el contexto estudiado en esta decisión, el sector de los trabajadores independientes y de las Mipymes se encuentra en serios problemas de liquidez que podrían conducirlos a la insolvencia masiva, con efectos catastróficos en materia de empleo. En este escenario, a juicio de la Sala Plena, la descapitalización de las entidades señaladas en el Decreto para el fortalecimiento de un agente que brinda respaldo ante las instituciones de crédito constituye una herramienta ponderada y razonable.

170. En primer lugar, si bien la operación de descapitalización se autoriza en relación con el capital de varias entidades descentralizadas, el Decreto que se examina fija topes máximos y se refiere a excedentes o dividendos de las entidades, según se mostró en el alcance de la medida. En segundo lugar, conforme se dispone en el párrafo 1 del artículo 4, para las referidas disminuciones de capital se requerirá, como regla general, la aprobación de la respectiva asamblea de accionistas en las empresas que cuenten con este órgano de dirección, salvo que esta no exista, en cuyo caso el Ministerio de Hacienda y Crédito Público determinará las instrucciones y el plazo para el giro de los recursos. En tercer lugar, el párrafo 2 del mismo artículo establece que los recursos fruto de descapitalización únicamente respaldarán garantías focalizadas en sectores, productos o segmentos que se establezcan por la Junta Directiva del FNG, para dar acceso al crédito a las personas naturales y jurídicas, que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por los hechos que motivaron la emergencia.

171. De esta forma, pese a crearse la autorización para una descapitalización importante de varias entidades financieras del Estado, esta tiene unos montos límite, opera sobre dividendos o rendimientos financieros, en la generalidad de los casos requiere autorización y los recursos solo pueden ser empleados para afrontar los efectos económicos de la crisis. En los anteriores términos, la finalidad de propiciar las condiciones para el equilibrio de un sector esencial de la economía, aunada a los citados elementos, que condicionan los procedimientos de descapitalización y la destinación de los dineros resultantes, a juicio de la Sala, hacen que la decisión básica contenida en el Decreto que se examina sea proporcionada. Por lo demás, la medida en cuestión no restringe derechos fundamentales que imponga emplear un test de proporcionalidad dirigido a controlar excesos en la respectiva intervención.

172. Juicios de incompatibilidad, no discriminación, intangibilidad y ausencia de arbitrariedad. Desde otro punto de vista, la Corte encuentra que la medida supera los juicios de incompatibilidad, no discriminación, intangibilidad y ausencia de arbitrariedad. Observa que el Decreto no suspende, deroga expresamente leyes ni introduce tratos diferenciados injustificados. No contiene medidas que limiten derechos fundamentales. No se fijan medidas que conduzcan (i) a una alteración del normal funcionamiento de las ramas del poder público, (ii) que implique una modificación o suspensión de las funciones jurisdiccionales de acusación y juzgamiento, (iii) o que desmejoren o limiten los derechos de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás derechos fundamentales.

173. Juicio de no contradicción específica. Por último, la Sala Plena adelantará el juicio de no contradicción específica, a partir del examen de cuatro reglas concretas de la regulación que ameritan un análisis separado.

174. Primera regla. La letra a) del artículo 3 del Decreto Legislativo señala como fuentes para capitalizar el FNG, además de los excedentes de capital y dividendos de las entidades

estatales que hagan parte de la rama Ejecutiva del orden nacional, “los recursos de la cuenta especial de la que trata el artículo 144 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 56 de la Ley 1955 de 2019, y el artículo 2.19.16 del Decreto 1068 del 2015, modificado por el Decreto 277 de 2020”. Esto significa que podrán ser tomados con fines de capitalización los recursos resultantes de la enajenación de participaciones accionarias de la Nación, que sean destinados al FONDES y se mantengan en la cuenta especial e independiente administrada por el Tesoro Nacional, conforme al parágrafo del artículo 144 de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 2.19.16 del Decreto 1068 de 2015 (Cuenta Especial Fondes). El FONDES es un fondo-cuenta, cuyo objeto es la inversión y el financiamiento de proyectos de infraestructura, así como la inversión en el capital social de empresas de servicios públicos mixtas u oficiales

175. La Sala encuentra que, si bien el objeto del FONDES no corresponde con los fines del FNG, en virtud de las facultades extraordinarias con las que cuenta el presidente de la República en los estados de excepción y la posibilidad de realizar traslados y modificaciones al Presupuesto General de la Nación, la regla en mención no presenta problemas de constitucionalidad. En anteriores oportunidades esta Corte ha tenido la oportunidad de revisar la constitucionalidad de medidas similares en el marco de estados de excepción. En la Sentencia C-146 de 200993 se analizó la constitucionalidad del Decreto 4490 de 2008, expedido en el marco de la declaratoria del Estado de Emergencia Social a causa de la proliferación de distintas modalidades de captación ilegal de dineros del público. A través del artículo 3º se destinaron recursos del Fondo de Reserva para la Estabilización de Cartera Hipotecaria -FRECH- a la capitalización del Fondo Nacional de Garantías y el Fondo Agropecuario de Garantías.

176. La Corte indicó que el Ejecutivo estaba facultado para adoptar esta medida y precisó que los recursos de los fondos cuenta tienen la condición de fuente del presupuesto de rentas y recursos de capital. En tal circunstancia, subrayó, la decisión del Gobierno nacional, en el marco del estado de emergencia, de “prever el traslado de recursos del fondo especial a la atención de las necesidades de gasto público derivadas de la implementación de las medidas excepcionales, se circunscribe dentro de las competencias de modificación del

presupuesto y demás materias de índole fiscal”. En el mismo sentido, en la Sentencia C-240 de 201194 se analizó la constitucionalidad del Decreto 4831 de 2010, expedido en el marco de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por razón de la ola invernal, en el que se establecieron diferentes medidas para trasladar recursos del Fondo Nacional de Regalías a otras entidades o fondos para atender la emergencia.

177. El artículo 2º de dicho Decreto autorizó utilizar hasta el total del ahorro disponible del Fondo Nacional de Regalías en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera -FAEP-, para la rehabilitación, reconstrucción y construcción de obras de mitigación en las zonas afectadas con la ola invernal.

178. La Corte declaró la exequibilidad de dicha norma y planteó, entre otros argumentos, que el Legislador, en este caso de excepción, cuenta con un amplio margen de configuración normativa en la materia, relativa a la utilización del ahorro del FNR en el FAEP, regulado por la Ley 209 de 1995, “de manera que el Legislador de excepción se encuentra facultado para modificar normas de carácter ordinario, como la contenida en la Ley 209 de 1995”.

179. En este orden de ideas, la utilización de recursos contenidos en fondos-cuenta (en este caso los percibidos en virtud de una de sus fuentes de alimentación, conforme al literal a) del artículo 56 de la Ley 1955 de 2019), para una finalidad diferente a aquella con la cual el fondo fue concebido no contraviene la Constitución. Al actuar como Legislador extraordinario, el Presidente de la República puede adoptar este tipo de medidas y, salvo que el traslado de recursos comprometa otras disposiciones o derechos fundamentales, no ofrecen particulares problemas de desconocimiento de los preceptos superiores.

180. Segunda regla. La letra c) del artículo 3 del Decreto legislativo 492 de 2020 faculta al Gobierno nacional para determinar, a cualquier título, otros recursos para el fortalecimiento patrimonial del FNG. A juicio del Procurador General de la Nación, la determinación de las

fuentes de recursos del FNG es un asunto que tiene reserva de ley (Art. 150.11 de la C.P.). En consecuencia, su determinación por parte del Gobierno nacional debe corresponder a dineros de los que este pueda disponer, como serían los que tuvieran como fuente una norma con fuerza material de ley en el marco del Estado de Emergencia. Esto debería conducir, a su juicio, a una exequibilidad condicionada de la referida disposición.

181. La Corte no observa problemas de constitucionalidad en el contenido de la norma analizada. Es claro que la disposición hace referencia a recursos que deben ser incorporados al presupuesto, para que, de requerirse, puedan ser inyectados al capital del FNG. En la respuesta sobre el tipo de recursos a los cuales se refería el precepto, el Ministerio de Hacienda señaló que a otros “dividendos que recibe el Gobierno nacional por su participación en distintas sociedades... rubros presupuestales que se logren identificar en el Presupuesto General de la Nación y puedan ser objeto de traslado con destino a la capitalización del Fondo...”. Así, en tanto se trata de dineros cuyo uso supone operaciones presupuestales, la decisión específica y concreta sobre ellos solo podría ser dispuesta por el Gobierno nacional mediante decretos legislativos, como lo señala el propio Procurador General.

182. Además de lo anterior, en caso de que el Gobierno nacional pretenda, en virtud de la regla que se analiza, disponer de recursos de otras entidades públicas o cambie el destino que otra norma legal había dado a ciertas fuentes patrimoniales, y ya no cuente con las atribuciones que le confiere el Estado de excepción, será necesario que ello sea dispuesto través de legislación ordinaria o que el Congreso de la República otorga la autorización, para que el Presidente de la República lo pueda llevar a cabo.

183. Tercera regla. Según el párrafo 3 del artículo 4 del Decreto legislativo 492 de 2020, si por razones regulatorias, las entidades descapitalizadas llegaran a requerir mayor respaldo patrimonial, el Gobierno nacional podrá realizar aportes de capital hasta por los montos por los cuales se haya efectuado la respectiva reducción de capital. De acuerdo con el Jefe del Ministerio Público, de la norma anterior se deriva que el cubrimiento financiero de las

obligaciones laborales que se llegaren a ver comprometidas no resulta vinculante para el Gobierno nacional, de tal modo que podrían desmejorarse los derechos sociales de los trabajadores por la vía del incumplimiento del pago de acreencias laborales. Así, solicita la exequibilidad condicionada de la disposición, en el entendido de que, de requerirse, deberá recapitalizarse a estas entidades para garantizar los derechos de los trabajadores.

184. En criterio de la Sala Plena, de la norma no se deriva el efecto que el Procurador le adscribe. La regla no desmejora los derechos sociales de los trabajadores. De acuerdo con las pruebas allegadas a la actuación por el Ministerio de Hacienda, las entidades descapitalizadas poseen excedentes a partir de sus operaciones, representados en niveles de solvencia y/o de liquidez por encima de los mínimos regulatorios o prudenciales. Esto quiere decir que, además de poseer el patrimonio que legalmente deben tener, cuentan con porcentajes excedentarios en relación con los niveles de patrimonio adecuado y con las relaciones mínimas de solvencia fijadas por las reglas financieras correspondientes.

185. Pues bien, el parágrafo 3 del artículo 4 del Decreto Legislativo 492 de 2020, establece que, en ningún caso, la disminución de capital de las entidades mencionadas podrá afectar el cumplimiento de los requerimientos regulatorios para su operación. De igual manera, señala que si por razones regulatorias, estas entidades llegaran a requerir mayor respaldo patrimonial, el Gobierno nacional podrá realizar aportes de capital hasta por los montos por los cuales se haya efectuado la respectiva reducción de capital. Aunque en este último escenario se establece solo una posibilidad, interpretadas en conjunto las dos frases citadas, resulta claro que el Ejecutivo está obligado a inyectar capital a las empresas descapitalizadas, dado que no le es permitido que las empresas dejen de contar con las condiciones mínimas normativas para su operación.

187. Cuarta regla. El Procurador General indica que el literal a) del artículo 3 del Decreto 492

de 2020 hace uso de los excedentes financieros o de capital del Fondo Nacional del Ahorro para fortalecer el FNG, lo cual desconoce la prohibición de destinar o utilizar los recursos de la Seguridad Social, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución. Explica que, además de garantizar el derecho a la seguridad social de los trabajadores en materia de auxilio de cesantía, la entidad impulsa el desarrollo de los derechos al acceso a la vivienda y a la educación bajo una concepción de capitalización social, en los términos de los artículos 51 y 67 de la Constitución. En consecuencia, solicita la declaratoria de inexecutable de la referida disposición.

188. A juicio de la Corte, aunque la norma acusada por el Procurador General podría ser objeto de la interpretación que le atribuye, el planteamiento no está llamado a prosperar. El inciso 5º del artículo 48 de la Constitución establece que “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”. Sin embargo, respecto de la aplicación de esta disposición, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que cuando una entidad cumple diferentes roles y no todos se hallan asociados directamente a la prestación de los servicios de la seguridad social, únicamente los recursos que hacen parte de este último objeto cuentan con la garantía del artículo 48 de la Carta. Así mismo, ha subrayado que la protección del citado precepto ampara la integridad de los recursos afectos a la seguridad social, pero no todos los que reciba o administre la entidad que desempeñe una función en ese campo⁹⁶.

189. En la Sentencia C-264 de 2019⁹⁷, la Corte reiteró los criterios anteriores y recapituló varios fallos en los cuales la jurisprudencia constitucional ha hecho uso de los mismos, a efectos de caracterizar recursos que, si bien pertenecen a instituciones que desempeñan funciones en el ámbito de la seguridad social, no tienen estrictamente dicho carácter. Para lo que aquí interesa, dos providencias permiten ilustrar el punto. En la Sentencia C-341 de 2007⁹⁸, la Corte analizó una demanda contra dos disposiciones que excluyeron del IVA los servicios de pensiones, salud y riesgos profesionales, pero, según se alegaba, no lo había hecho en relación con los servicios prestados por las cajas de compensación familiar, como administradoras y operadoras del subsistema del subsidio familiar y del sistema de

protección social. Para el actor, lo anterior desconocía, entre otras disposiciones, la protección a los recursos de la seguridad social consagrada en el artículo 48 de la C. P. La Sala Plena, sin embargo, desestimó el cargo.

190. Señaló que las cajas de compensación familiar desarrollan un amplio espectro de actividades, incluidos los servicios de salud. Explicó que la prestación social conocida como subsidio familiar, en tanto componente de la seguridad, se paga de diferentes formas, incluida la modalidad de servicios médicos. Por esta razón, las Cajas, como lo dispone la Ley 100 de 1993, pueden conformar Empresas Promotoras de Salud, crear Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS, administrar el régimen subsidiado mediante Administradoras del Régimen Subsidiado ARP, y es en tal sentido que prestan servicios vinculados con la seguridad social.

191. Advertido lo anterior, la Sala Plena determinó que, dentro del universo de servicios que prestan las Cajas, salvo aquellos vinculados con la Ley 100 de 1993, los demás no guardan una relación directa y estrecha con el manejo de los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna. En consecuencia, indicó que la imposición de un gravamen sobre la prestación de los mismos, como lo es el impuesto sobre el valor agregado IVA, no constituye vulneración alguna a la prohibición constitucional de destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. Así, declaró exequibles las disposiciones impugnadas.

192. Por su parte, en la Sentencia C-890 de 201299, la Corte analizó una demanda contra el impuesto al patrimonio que, según se sostenía, había gravado la totalidad del patrimonio líquido de las cajas de compensación familiar, lo cual, entre otros problemas, contradecía el artículo 48 de la Constitución. La Corte reiteró que las cajas compensación familiar, además de cubrir el subsidio familiar de los trabajadores, desarrollan actividades en el ámbito de la recreación y el deporte, asignan subsidios de vivienda de interés social, y participan del

sistema de seguridad social integral, creado y organizado por la Ley 100 de 1993. Así mismo, afirmó que actúan en la administración y prestación de servicios en el sistema de protección social en beneficio de los desempleados, adelantando programas de microcrédito”¹⁰⁰. De los servicios anteriores, precisó, no forman parte del concepto de seguridad social, al no tener una vinculación objetiva y directa con ella, servicios como el transporte, turismo, deportes, teatro, servicio de cómputo y supermercados.

193. En consonancia con lo anterior, expresó que no todos los recursos de las cajas de compensación familiar son parafiscales, como ocurre, por ejemplo, con aquellos que en desarrollo de actividades financieras captan de los ahorradores. Así, concluyó que la disposición acusada debía interpretarse, conforme al artículo 48 de la C.P., en el sentido de que los recursos parafiscales y los destinados a salud no son gravados, mientras que sí lo son aquellos que no sean de índole parafiscal y no estén directamente destinados a la atención del derecho a la salud, en la forma como lo determina la Ley 100 al regular lo concerniente a los planes obligatorios. En consecuencia, declaró exequibles las disposiciones acusadas, bajo el entendido de que los recursos parafiscales administrados por las cajas de compensación familiar y los destinados a la atención del derecho a la salud, en los términos de la Ley 100 de 1993, no son objeto de tributo sobre el patrimonio.

194. Debe ahora determinarse si la prohibición constitucional del artículo 48 de la C.P. cubre los recursos del Fondo Nacional del Ahorro. La Corte ha señalado que las instituciones de la seguridad social, en principio, corresponden a las definidas en la Ley 100 de 1993 para atender los sistemas de salud, pensiones y riesgos profesionales. Así mismo, ha indicado que, subsidiariamente, tienen dicho carácter aquellas entidades que proveen los medios de protección de carácter institucional frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos necesarios para su subsistencia¹⁰¹. En el presente asunto, el objeto del Fondo Nacional del Ahorro es administrar las cesantías y contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida (Art. 3 de la Ley 432 de 1998).

195. De igual forma, entre sus funciones se encuentra el recaudo y pago de las cesantías de los afiliados de acuerdo con las disposiciones vigentes, así como la protección de dicho auxilio contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda (letras a, b, y c del artículo 3 de la Ley 432 de 1998). De esta manera, la finalidad principal del Fondo Nacional del Ahorro está ligada al recaudo, la protección, la rentabilidad mínima y, en general, la administración eficiente de las cesantías de los trabajadores afiliados. Sobre esta prestación del trabajador, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que constituye un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la disminución de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por el otro, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda (en los casos de pago parcial)¹⁰².

196. Conforme a lo anterior, las cesantías se convierten en un medio de protección contra las situaciones de desempleo, en medio de las cuales los afiliados se encuentran impedidos para generar los ingresos necesarios para su subsistencia. Se trata, por lo tanto, de una prestación propia del campo de los derechos de la seguridad social. En este sentido, es claro que la actividad de administración y protección de las cesantías que lleva a cabo el Fondo Nacional del Ahorro hace de la Entidad una institución de seguridad social. El párrafo del artículo 4 de la Ley 432 de 1998 establece también que la Institución es una entidad de seguridad social.

197. Ahora bien, el mismo párrafo del artículo 4 ídem prevé que debido al advertido carácter de la Institución, no se podrán destinar ni utilizar sus recursos, utilidades y rendimientos o excedentes financieros para fines distintos a su objeto y funciones. Sin embargo, según se señaló atrás, la prohibición constitucional de destinar y utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social a fines diferentes a ella (Art. 48 de la C.P.), de la cual la regla legal citada es una manifestación, no implica que la totalidad del patrimonio de una entidad de seguridad social tenga esa índole. 198. En los términos ilustrados, tal protección solo recae sobre los recursos afectos o derivados de la seguridad social o vinculados a las actividades de esa naturaleza, no sobre aquellos que, de distinta proveniencia o en virtud de una función distinta, reciba, posea o administre la respectiva

institución. En este caso, la Sala Plena observa que el Fondo Nacional de Ahorro recibe y administra las cesantías de los afiliados, como parte de su objeto social principal. Sin embargo, también desarrolla otras funciones y recibe recursos de fuentes diversas.

199. Así, su finalidad central es también contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados (Art. 2 de la Ley 423 de 1998). De igual manera, entre sus funciones, se encuentran: (i) adelantar programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados; (ii) administrar los recursos nacionales del subsidio familiar de vivienda que le sean asignados, para la construcción, adquisición y liberación de gravamen hipotecario de la vivienda con interés social de los afiliados; (iii) conceder créditos educativos para los afiliados, su cónyuge, compañero (a) permanente e hijos; (iv) brindar asesoría y asistencia técnica en lo referente al diseño, ejecución, administración, evaluación y gestión de proyectos o programas de preinversión e inversión, relacionados con el sector de vivienda, el hábitat y equipamiento urbano, dirigidos a los afiliados del FNA; y (v) celebrar contratos de fiducia para administrar recursos que le transfiera otras entidades públicas para financiar la ejecución de programas especiales relacionados con el sector vivienda, el hábitat y equipamiento urbano (Art. 3 de la Ley 423 de 1998).

200. De la misma manera, además de los ingresos derivados de las cesantías de los afiliados, el Fondo Nacional de Ahorro puede recibir como fuentes de recursos, entre otros: (i) las apropiaciones provenientes de la Nación y de otras entidades de derecho público o privado; (ii) los auxilios, subvenciones, donaciones o contribuciones de entidades oficiales, de organismos internacionales u organizaciones no gubernamentales, o de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras; (iii) los bienes que como persona jurídica adquiera a cualquier título y los frutos naturales o civiles de éstos; (iv) los rendimientos que provengan de sus inversiones y rentas, cualquiera que sea su naturaleza; y (v) el producto de las operaciones de venta de activos.

201. En este orden ideas, es claro que, además de aquella en el ámbito de la seguridad social, el Fondo Nacional del Ahorro lleva a cabo varias funciones relacionadas básicamente con la promoción de la vivienda y la financiación de la educación de los afiliados y sus familiares. Así mismo, de forma adicional a las cesantías de los trabajadores, el Fondo puede contar con recursos presupuestales de la Nación, fuentes asociadas a donaciones de diferentes instituciones y de particulares y, en especial, en tanto persona jurídica, puede percibir recursos derivados del ejercicio de sus derechos propiedad, entre otros. Por lo tanto, de conformidad con las reglas expuestas, sobre los anteriores recursos del Fondo Nacional de Ahorro, no relacionados con las cesantías de los afiliados ni recibidos a partir del desarrollo de su papel en el ámbito de la seguridad social ese campo, no opera la prohibición del artículo 48 de la Constitución. Este tipo de capital no consiste, en rigor, en recursos de la seguridad social y, en consecuencia, su destinación no está, en principio, limitada por la disposición constitucional a que se ha hecho referencia.

202. Así las cosas, se sigue como conclusión que, contrario a lo sostenido por el Procurador General, los recursos del Fondo Nacional del Ahorro, en tanto empresa industrial y comercial del Estado, pueden ser objeto de disposición por parte del Legislador, salvo que se trate de las cesantías de los afiliados o de recursos afectos o derivados de los ingresos constitutivos de esta prestación¹⁰³. En este último caso operará la prohibición del artículo 48 de la C.P., razón por la cual, no podrán ser destinados ni utilizados para fines diferentes a la seguridad social. Es cierto, con todo, que las disposiciones del Decreto 492 de 2020 que contemplan la posibilidad de descapitalizar la citada Entidad, no precisan la clase de recursos que serán susceptibles de la disminución de capital.

203. En efecto, el literal a) del artículo 3 del Decreto objeto de examen prescribe que “los recursos para el fortalecimiento patrimonial del FNG podrán provenir de... los excedentes de capital y dividendos de las entidades estatales que hagan parte de la rama ejecutiva del orden nacional, en los montos que determine el Gobierno nacional, incluyendo... el Fondo Nacional del Ahorro”. De igual modo, el literal c) del artículo 4 ídem autoriza al Gobierno nacional para llevar a cabo la disminución de capital, entre otras entidades, del “Fondo

Nacional del Ahorro -FNA: hasta por la suma de \$100 mil millones”. Las disposiciones presentan una ambigüedad, pues admiten al menos dos interpretaciones: (i) que los excedentes y dividendos que se autoriza a tomar del FNA pueden derivarse de la totalidad de sus recursos; (ii) que los excedentes y dividendos que se autoriza a tomar del FNA no comprenden los derivados de las cesantías de los trabajadores.

205. Por último, en relación con las demás reglas que, en los artículos 2, 3 y 4, que componen la medida de capitalización del FNG, la Corte no observa contradicción alguna con específicas disposiciones de la Constitución. En consecuencia, con excepción de la decisión anunciada en el párrafo anterior, los artículos 2, 3 y 4 serán declarados exequibles.

8.2.3. Tercera medida. Operaciones presupuestales (Art. 5)

206. Se dispone que los recursos con destino al fortalecimiento patrimonial del FNG se presupuestarán en la sección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. De igual manera, se autoriza al mismo Ministerio para realizar los créditos adicionales y traslados al Presupuesto General de la Nación con el objeto de atender los gastos ocasionados por el cumplimiento del Decreto. (Art. 5).

8.2.3.1. Intervenciones

207. Para la Presidencia de la República, la medida atiende a la autorización general de que trata el Decreto declaratorio de emergencia, para efectuar las operaciones presupuestales necesarias y así poder realizar la capitalización del FNG. El Ministerio de Hacienda sostiene que las adiciones presupuestales, son un crédito presupuestal adicional que se autorizó para

atender la operación de capitalización. En tal sentido, aclaró que el término “crédito” en materia presupuestal, difiere del concepto de crédito en materia financiera, por lo cual la “créditos adicionales” hace referencia a la incorporación presupuestal de los recursos dispuestos para la capitalización del FNG bajo los montos señalados en el Decreto 492 de 2020.

208. También aclaró que el aprovechamiento de recursos que el Estado tiene en varias empresas, mediante procedimientos de capitalización, debe ser incorporado en el Presupuesto General de la Nación con el fin de poder dirigir estos dineros al fortalecimiento del FNG y contar así con el respectivo título de gasto que autorice direccionar estos recursos para la capitalización de dicho Fondo. Finalmente, adujo que los créditos adicionales y traslados al Presupuesto General de la Nación únicamente se refieren a la capitalización del FNG, para asegurar el acceso a créditos de la población afectada por la emergencia. Indicó que se debe adicionar el Presupuesto General de la Nación con el fin de que exista la facultad de dirigir nuevos recursos para fortalecer patrimonialmente al FNG.

8.2.3.2. Análisis de constitucionalidad

209. Alcance de la medida. La disposición objeto de control establece, en primer término, una previsión para reflejar en el ámbito presupuestal el fortalecimiento patrimonial del FNG. Así, dado que los recursos líquidos que se obtienen de las operaciones de descapitalización de varias entidades son, en virtud del Decreto, utilizados con la finalidad de capitalizar el FNG, resulta necesario adicionar el Presupuesto General de la Nación, para lo cual se dispone la respectiva autorización en cabeza del Ministerio de Hacienda¹⁰⁴.

210. Como se había puesto de presente, el Ejecutivo toma excedentes de capital y dividendos de entidades de la rama ejecutiva del orden nacional que tienen el carácter de sociedades de economía mixta, empresas industriales y comerciales del Estado y un

establecimiento público nacional. Así mismo, hace uso de recursos del FONDES, que es fondo-cuenta, cuyo objeto es la inversión y el financiamiento de proyectos de infraestructura, así como la inversión en el capital social de empresas de servicios públicos mixtas u oficiales. Estos recursos constituyen recursos de capital y fondos especiales del Presupuesto de Rentas¹⁰⁵, con lo cuales se lleva a cabo una adición al presupuesto y un traslado presupuestal. A su vez, estas apropiaciones se disponen con la finalidad de capitalizar el FNG que, entonces, se ordena presupuestar en la sección del Ministerio de Hacienda.

211. Juicio de conexidad material y de finalidad. La Corte encuentra que la medida bajo análisis guarda una relación de conexidad material y de finalidad con el estado de emergencia. Se trata del efecto jurídico necesario en el sistema presupuestal, de las medidas de descapitalización de varias entidades de la rama ejecutiva del orden nacional y de la capitalización del FNG, dispuestas en situación de excepción. La capitalización del FNG, como fue puesto de manifiesto, tiene un propósito y conexión sustancial claros con el propósito de mitigar las consecuencias económicas causadas por la emergencia, mediante el respaldo a los independientes y Mipymes, para que puedan obtener liquidez y recuperarse de las afectaciones en sus actividades productivas. En consecuencia, en virtud del citado vínculo lógico, la medida presupuestal objeto de análisis también supera los requisitos en mención.

212. Juicio de conexidad interna. También se cumple el juicio de conexidad interna de las operaciones presupuestales con los considerandos del Decreto 492 de 2020. En la motivación del acto, el Gobierno nacional indicó 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 emergencia, se hace necesario aprobar créditos adicionales y realizar traslados, distribuciones, modificaciones y desagregaciones al Presupuesto General de la Nación, en el marco de las facultades otorgadas al Gobierno nacional mediante el artículo 83 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, el artículo 46 y 47 de la Ley 137 de 1994, el artículo 18 de la Ley 2008 de 2019 y el artículo 3 del Decreto 417 de 2020. En este sentido, la medida analizada es la materialización de la medida en el esquema presupuestal. Por esta misma razón, puede concluirse que se satisface también el juicio de motivación suficiente.

213. Juicio de necesidad. Se superan, de igual manera, los juicios de necesidad fáctica y jurídica. En relación con la primera, la autorización para efectuar los créditos adicionales y los traslados presupuestales, así como el gasto, resulta la acción idónea para dar asiento presupuestal a las operaciones de descapitalización de empresas estatales y al fortalecimiento del FNG. En cuanto a la necesidad jurídica, como se ha advertido, los ajustes presupuestales requeridos para poner en marcha la capitalización del FNG solo podían ser efectuados por el Presidente de la República, mediante el uso de sus facultades de excepción.

214. Juicios de incompatibilidad, proporcionalidad, no discriminación, intangibilidad y ausencia de arbitrariedad. Desde otro punto de vista, la Corte encuentra que la medida no presenta problemas de constitucionalidad en torno a los juicios de incompatibilidad, proporcionalidad, no discriminación, intangibilidad y ausencia de arbitrariedad. Observa que el Decreto no suspende, deroga expresamente leyes ni introduce tratos diferenciados injustificados. No contiene medidas que limiten derechos fundamentales u otros principios constitucionales y que haga necesario determinar el mayor o menor grado de ponderación, sobre la razonabilidad de la medida. No se fijan medidas que conduzcan (i) a una alteración del normal funcionamiento de las ramas del poder público, (ii) que implique una modificación o suspensión de las funciones jurisdiccionales de acusación y juzgamiento, (iii) o que desmejoren o limiten los derechos de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás derechos fundamentales.

215. Juicio de no contradicción específica Por último, la medida cumple también el juicio de no contradicción específica, pues la norma, antes que contrariar disposiciones constitucionales, es consecuente con el régimen constitucional en materia de presupuesto en estados de excepción.

216. En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 5 del Decreto legislativo 492 de 2020.

8.2.4. Cuarta medida. Reducción de cargas tributarias (Arts. 6 y 7)

217. La cuarta medida se articula en dos disposiciones tributarias (Arts. 6 y 7), destinadas a excluir el IVA de quien recurre al FNG y a disminuir el recaudo por anticipado del impuesto de renta que debe pagar la Entidad.

218. Primera disposición tributaria. El artículo 6 establece la exclusión del impuesto sobre las ventas IVA a las comisiones por el servicio de garantías otorgadas por el FNG, focalizadas en enfrentar las consecuencias adversas de la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19. Para estos efectos, el precepto indica que al momento de facturar la operación, a través de los sistemas de facturación vigentes, el facturador deberá incorporar en el documento una leyenda que indique que se trata de un “servicio excluido-Decreto 417 de 2020”.

219. Segunda disposición tributaria. El artículo 7 prevé que la tarifa de retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta por el pago o abono en cuenta, correspondientes a las comisiones que por el servicio de garantías otorgue el FNG, focalizadas en enfrentar las consecuencias adversas generadas por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19, será del 4 %.

8.2.4.1. Intervenciones

220. La Presidencia de la República afirma que las dos disposiciones en mención guardan relación de conexidad con las demás que se adoptan mediante el Decreto, en cuanto propenden por la simplificación y reducción de costos administrativos, generados en las

operaciones necesarias para la implementación de aquellas. Señala que era necesaria su expedición mediante la vía extraordinaria, pues en condiciones ordinarias se habría requerido autorización legal. En este sentido, indica que la exención del IVA habría requerido, por ejemplo, la modificación al Estatuto Tributario, lo cual hubiera demandado un trámite legislativo, resultando insuficiente e inadecuado para responder con prontitud a las situaciones de urgencia

221. El FNG expresa que la exclusión del IVA sobre las comisiones por el servicio de garantías otorgadas por el FNG genera un beneficio para los empresarios usuarios, en este caso, que han resultado afectados como consecuencia de la crisis. Por otra parte, en cuanto a la tarifa de retención en la fuente del 4 %, a título de impuesto de renta por el pago o abono en cuenta, correspondiente al valor de las comisiones recibidas, muestra que es tributariamente favorable para la misión de la entidad. Explica que el Estatuto Tributario le da derecho a deducir el valor de las reservas técnicas o de siniestralidad que constituya durante el respectivo ejercicio para la determinación de su renta líquida. Pero indica que, como efecto, las autorretenciones practicadas por el FNG sobre los ingresos por las comisiones de las garantías han resultado sistemáticamente superiores al valor del impuesto a cargo, lo cual hace que se hayan generado considerables saldos a favor en las declaraciones de renta y complementarios desde el año 2013.

222. Así, asevera que con la tarifa general del 11% de retención (aplicable en todos los demás casos), las retenciones en la fuente han resultado mayores todos los años respecto al impuesto de renta a pagar por la entidad. Por lo tanto, considera que el porcentaje de retención en la fuente del 4 % mantiene equilibrada la regla de la retención respecto del impuesto de renta y no genera mayores erogaciones que se deban asumir en retenciones que no se convierten en impuesto de renta a finalizar el ejercicio contable. Esto, señala, le permite enfocar los recursos más directamente a los fines que busca cumplir las políticas del Gobierno nacional para conjurar la emergencia.

223. Por último, sin argumentos ulteriores, el Procurador General de la Nación sostiene que los artículos 6 y 7 no vulneran la Constitución porque son asuntos que el Presidente de la República puede regular por medio de decretos legislativos.

8.2.4.2. Análisis de constitucionalidad

224. Alcance de las disposiciones tributarias. La exclusión del IVA sobre las comisiones que deben pagarse al FNG (Art. 6), implica que quienes quieran beneficiarse del respaldo financiero de la entidad, no tendrán que asumir dicha carga fiscal al momento de sufragar lo que aquella cobra por su servicio. El impuesto sobre las ventas es un gravamen aplicado a la adquisición de ciertos bienes y servicios, proporcionados ya sea por particulares o por el Estado. Su característica principal es que no existe una identificación concreta y previa del contribuyente, por lo cual la capacidad de pago solo puede ser determinada respecto al grado de consumo de aquello que se encuentra gravado. En este sentido, los sujetos que consumen en mayor proporción, es decir, los que realicen con más frecuencia el hecho generador, contribuirán de manera más cuantiosa con esa carga fiscal. Así mismo, quienes tienen perciben mayores ingresos generalmente incurren en erogaciones superiores a las de quienes tienen menor capacidad adquisitiva¹⁰⁶.

225. Como se indicó en las consideraciones de esta Sentencia, el FNG cobra una comisión a quienes hacen uso de sus productos, dirigida a soportar el riesgo asumido. Esta consiste en diversos porcentajes del valor total del crédito, según el tipo de producto tomado. De acuerdo con lo informado por el FNG, para todas las tres líneas de garantías que hacen parte del programa “Todos Unidos por Colombia”, diseñado con ocasión de la emergencia, el valor de las comisiones serán asumidas en un 75 % por el Gobierno nacional con el fin de aliviar la carga financiera de las empresas. De este modo, la exclusión del IVA en mención aminora más los costos para que los independientes y Mipymes puedan acceder al servicio del FNG.

226. Por su parte, la retención en la fuente al 4% sobre los ingresos del FNG (Art. 7), recibidos por concepto de las comisiones que los usuarios deben pagar, permite a la entidad contar con mayor liquidez. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional¹⁰⁷, la retención en la fuente implica la absorción de recursos, por parte de retenedores (o autorretenedores) habilitados para el efecto, destinados al eventual pago de las detracciones causadas o que se generarán. Sin embargo, no implica en sí misma el pago de un tributo, sino que es un mecanismo de recaudo gradual, que puede cobijar varios tributos y que permite obtener su percepción en lo posible, dentro del mismo periodo de su hipotética causación¹⁰⁸. Opera en el desarrollo mismo de las transacciones económicas gravadas, de forma concomitante al hecho generador y por estrictas razones de eficiencia tributaria.

227. La Corte también ha sostenido que la retención en la fuente se practica sobre ciertas operaciones económicas, en la medida en que muestran una potencial capacidad económica de quien las realiza. Con todo, ha subrayado que no implica el pago mismo de la exacción, sino que es un mecanismo anticipado de recaudo sobre el tributo generado o que se generará¹⁰⁹. Por esta razón, puede haber retención en la fuente sin que exista ingreso gravable y es posible que una persona que no deba pagar, por ejemplo, el impuesto a la renta, le sea practicada retención en la fuente. Así mismo, el contribuyente puede estar obligado finalmente a pagar un impuesto en una cuantía inferior a la que ya le ha sido retenida. Precisamente, el FNG destaca en su intervención que, debido a su régimen tributario, la (auto)retención en la fuente ha sido tan significativa que, desde 2013, se han generado considerables saldos a su favor en las declaraciones de renta y complementarios.

228. La entidad también indicó a la Corte que antes del 28 de marzo de 2020, fecha a partir de la cual empezó a regir el Decreto Legislativo 492 de 2020, aplicaba la tarifa general del 11% de retención en la fuente. Esta sigue operando para el FNG para los productos tradicionales. En cambio, en virtud del artículo 7 del citado Decreto, se disminuye a 4%, para los productos que se movilicen en el marco del programa de garantía “Todos Unidos por Colombia”. Así, este tratamiento tributario permite a la entidad contar con mayores recursos de forma inmediata, sin necesidad de adelantar trámite de devolución de saldos ante la

DIAN, lo cual a su vez redunda en la posibilidad de potencializar su capacidad de respaldo de los afectados con la crisis.

229. Conexidad y juicio de finalidad. La exclusión del IVA a favor de los usuarios del FNG y la disminución de la retención en la fuente para el FNG constituyen un conjunto de medidas con unidad de sentido y propósito en torno al fin de reducir los impactos de la crisis. Es claro que estos alivios pretenden flexibilizar las condiciones y remover ciertas barreras económicas para que los trabajadores independientes y Mipymes que han sufrido la adversidad de la emergencia puedan acceder más fácilmente a los beneficios del FNG y, por ende, a oportunidades de liquidez. Así mismo, la medida pretende optimizar los recursos del FNG, destinados a la reactivación de estos sectores productivos que, como se ha mostrado ampliamente en este fallo, han sido afectados de forma abrupta y repentina, a pesar de desempeñar un papel significativo en la economía del país.

230. En síntesis, la medida en su conjunto tiene innegable conexidad material y de finalidad con el estado de excepción, pues al reducir los costos fiscales de la operación de reactivación de los afectados con la crisis, se asegura de una mejor manera su capacidad para reducir los efectos negativos de la emergencia en la economía.

231. Juicio de conexidad interna. También se cumple el juicio de conexidad interna del conjunto de las dos medidas tributarias. En la motivación del Decreto Legislativo 492 de 2020, el Gobierno nacional puso de presente que, para mitigar las múltiples afectaciones causadas al aparato productivo del país, era necesario mantener activas las relaciones crediticias y financiar tanto a micro, pequeñas y medianas empresas, así como a personas naturales que han dejado de percibir ingresos por su condición de trabajadores independientes o han quedado en el desempleo. Esto resume la justificación general de la operación para reactivar el crédito y, por lo tanto, también de las decisiones para reducir los costos y optimizar los alcances de esta medida general. Por esta misma razón, puede concluirse que se satisface también el juicio de motivación suficiente.

232. Juicio de necesidad. Se supera, de igual manera, el juicio de necesidad fáctica. La exclusión del IVA a favor de los usuarios del FNG y la disminución de la retención en la fuente para el FNG constituyen un conjunto de herramientas idóneas para que el FNG pueda lograr mayor cobertura con el programa “Todos Unidos por Colombia”. Así mismo, constituyen dos herramientas claves para que las líneas de crédito del programa resulten verdaderamente eficaces como acción contra la amenaza de quiebra de los trabajadores independientes y de liquidación de las Mipymes.

233. De otra parte, la exclusión del IVA a favor de los usuarios del FNG y la disminución de la retención en la fuente para el FNG superan el juicio de necesidad jurídica. En efecto, el artículo 338 de la Constitución entrega al Legislador la definición de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. A su vez, el artículo 294 ibidem, faculta al Congreso de la República para establecer exenciones, con las restricciones allí enunciadas. De la interpretación de estas normas constitucionales la Corte ha concluido que la facultad de conceder exclusiones tributarias compete exclusivamente al Legislador, dada la repercusión de la exclusión en el sistema de recaudo fiscal.

234. Sin embargo, si bien esta potestad se ejerce plenamente y con reserva exclusiva en tiempos de paz, la Constitución ha previsto que el Presidente de la República pueda asumirla en época de anormalidad institucional. Así, el artículo 215 de la Constitución prevé que el Presidente puede, en el marco de un Estado de Emergencia Económica, Social o Ecológica, establecer en forma transitoria nuevos tributos o modificar los existentes. Y como la potestad de establecer tributos es connatural a la de eximir su pago, es razonable que en tiempos de excepción el Presidente de la República pueda crear exenciones ligadas a la finalidad de la superación de la crisis. Esta potestad se extiende, así mismo, a la modificación de las imposiciones ya existentes¹¹⁰.

235. En este orden de ideas, las modificaciones tributarias llevadas a cabo en los artículos 6 y 7 del Decreto legislativo 492 de 2020, solo podían ser efectuadas por el Presidente de la República mediante sus potestades legislativas de excepción y, por ende, superan la exigencia de necesidad jurídica.

236. Juicios de incompatibilidad, proporcionalidad, no discriminación, intangibilidad y ausencia de arbitrariedad La Sala encuentra, por último, que la exclusión del IVA a favor de los usuarios del FNG y la disminución de la retención en la fuente para el FNG superan los juicios de incompatibilidad, proporcionalidad, no discriminación, intangibilidad y ausencia de arbitrariedad. Observa que el conjunto de herramientas de disminución de costos estudiado no suspende, deroga expresamente leyes ni introduce tratos diferenciados injustificados. Así mismo, constituye una medida equilibrada frente a lo pretendido. Esto, en la medida en que, no obstante se disminuye el monto de recaudo anticipado del impuesto de renta y se crea una exención temporal del IVA en los términos indicados, todo ello permite optimizar los recursos de las Mipymes y los trabajadores independientes e incrementar las proporciones y cobertura de respaldo patrimonial del FNG hacia aquellas, en el marco de la crisis.

238. Juicio de no contradicción específica. Por último, la medida cumple también el juicio de no contradicción específica, pues la norma, antes que contrariar disposiciones constitucionales, es consecuente con el régimen constitucional en materia de tributos para los estados de excepción.

239. En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad de los artículos 6 y 7 del Decreto legislativo 492 de 2020. Debe aclararse, en todo caso, que, conforme al artículo 215 de la C.P., las medias tributarias analizadas que, crean un régimen especial concreta y focalizado para la emergencia, dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso disponga otro régimen al respecto.

8.2.5. Quinta medida. Reducción de la tarifa notarial (Art. 8)

240. El artículo 8 determina que, para efectos de liquidar la tarifa de la función notarial, se considerarán como un acto sin cuantía las escrituras públicas referentes a reformas estatutarias que impliquen el aumento del capital autorizado del FNG y cualquier otra operación que se lleve a cabo en virtud de lo establecido en el Decreto objeto de análisis.

8.2.5.1. Intervenciones

241. La Presidencia de la República afirma que, así como las tributarias, se trata de una norma que guarda relación de conexidad con las demás que se adoptan mediante el Decreto, en cuanto propende por la reducción de costos administrativos o transaccionales, generados en las operaciones necesarias para la implementación de aquellas.

242. El FNG expresa que la medida se encuentra en línea y guarda relación con la adecuada destinación de recursos aportados por el Gobierno nacional para la finalidad pretendida en sus políticas. Así, considera que con ella se mitigó un gasto que por derechos notariales en la capitalización del FNG podría haber ascendido a un valor aproximado de \$9.750 millones. Esto, en consideración a que el incremento de capital por \$3,25 billones tendría que haber sido liquidado sobre la tarifa del 3×1.000 en los términos de la Resolución 1299 de 2020 de la Superintendencia de Notariado y Registro que regula los gastos notariales.

243. Por último, el Procurador General de la Nación sostiene que el artículo 8 del Decreto 492 de 2020, así como las disposiciones tributarias, no vulneran la Constitución porque son asuntos que el Presidente de la República puede regular por medio de decretos legislativos.

8.2.5.2. Análisis de constitucionalidad

244. Alcance de la medida. De conformidad con el literal n) del artículo 2.2.6.13.2.9.1. del Decreto 1069 de 2015, el ejercicio de la función notarial no causa derecho alguno, entre otros, en las actuaciones en aquellos documentos e instrumentos públicos en que intervengan exclusivamente las entidades estatales, a excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, las cuales asumirán el pago de los derechos notariales que se llegaren a causar. Esto implica que el Fondo Nacional de Garantías, en tanto sociedad de economía mixta, en principio, debía asumir los costos del servicios de notariado, en relación con los actos que lleve a cabo. La medida que se analiza, precisamente excepciona la regla anterior respecto de un conjunto especial de supuestos, pues establece que, para efectos de la tarifa notarial, las escrituras públicas referentes a reformas estatutarias que impliquen el aumento del capital autorizado del FNG, se considerarán sin cuantía, precepto que según la intervención de la propia entidad, le permite ahorrar alrededor \$9.750 millones.

245. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la función notarial es un servicio público que presta el Estado, a través de particulares investidos de autoridad, de tal manera que los denominados “derechos notariales”, a pesar de su cercanía, no son asimilables a las tasas, sino que constituyen tarifas que pagan los ciudadanos por concepto del servicio, las cuales son fijadas por el Gobierno nacional, de conformidad con el artículo 218 del Decreto ley 960 de 1970111.

246. La Sala Plena también ha subrayado sobre la naturaleza de la tarifa notarial, que los derechos que se pagan por este concepto, incluso si eventualmente pudieran tener efectos tributarios indirectos o consecuenciales, no tienen en sí mismos el carácter de una

imposición fiscal y deben ser cuidadosamente distinguidos de ciertos tributos propiamente dichos, que se generan en la dinámica de las funciones cumplidas por los notarios (como el ICA, el IVA, la retención en la fuente y el impuesto de registro)¹¹². En el presente caso, al tenerse como actos sin cuantía las escrituras públicas referentes a reformas estatutarias que impliquen el aumento del capital autorizado del FNG, habrá de pagarse una tarifa fija, mínima, sin que resulte relevante el monto por el cual se lleve a cabo la operación sobre la Entidad.

247. Conexidad y juicio de finalidad. La disminución casi total de la tarifa notarial que comporta la protocolización del fortalecimiento patrimonial del FNG constituye una medida con el objetivo de aliviar los impactos de la emergencia. Junto con las normas tributarias analizadas con anterioridad, la norma busca mantener la capacidad patrimonial del FNG, destinada a la reactivación de las Mipymes y los trabajadores independientes, quienes, como se ha señalado en este fallo, han sido afectados de forma significativa con la recesión económica, pese a ocupar un papel fundamental en la generación de empleo.

248. Juicio de conexidad interna. También se cumple el juicio de conexidad interna. En los considerandos del Decreto legislativo 492 de 2020, el Gobierno nacional señaló que se requería, a fin de contrarrestar los efectos nocivos en la economía, mantener activo el crédito y garantizar la liquidez de las micro, pequeñas y medianas empresas, así como de las personas naturales que han dejado de percibir ingresos en su condición de trabajadores independientes o han quedado en el desempleo. En estas condiciones, cobra sentido y justificación la determinación de disminuir el costo de la tarifa notarial, pues esto permitirá que la operación general de respaldo, a través del FNG, genere un ahorro importante que, a su vez, se va a ver reflejado en la capacidad de la medida para lograr sus objetivos. Por esta misma razón, puede concluirse que se satisface también el juicio de motivación suficiente.

249. Juicio de necesidad. Se supera, de igual manera, el juicio de necesidad fáctica. En los términos indicados, la disminución a un costo básico y mínima de la tarifa notarial, por

concepto de protocolización del fortalecimiento patrimonial del FNG, constituye un medio idóneo para que el FNG pueda lograr mayor cobertura, respaldar en mayores proporciones a los beneficiarios y, seguramente, prolongar en el tiempo su contribución a la superación de la crisis. Con todo, la Sala Plena encuentra que la medida no supera el juicio de necesidad jurídica.

250. Las tarifas que pagan los ciudadanos por el servicio público de notariado son fijadas por el Gobierno nacional. En efecto, de conformidad con el artículo 218 del Decreto ley 960 de 1970, compete al Gobierno revisar periódicamente las tarifas que señalan los derechos notariales, teniendo en consideración los costos del servicio y la conveniencia pública. Esta atribución, por razones lógicas, abarca la determinación de los actos que tienen cuantía y aquellos que no la tendrán, en la medida en que este es un indicador que, en general, se toma en cuenta para la liquidación de lo que finalmente se paga por el servicio. La competencia en mención, por ende, es ejercida por el Presidente de la República, conforme al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, de acuerdo con el cual, “corresponde al Presidente de la República, ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de decretos para la cumplida ejecución de las leyes”.

251. Debe subrayarse que, como se indicó atrás, la tarifa notarial no es una tasa y, además, incluso si eventualmente pudiera tener efectos tributarios indirectos o consecuenciales, los derechos que se pagan por el servicio público de notariado no son en sí mismos una imposición fiscal. Por ende, esta tarifa ha de ser diferenciada de ciertos tributos que se generan en el marco del ejercicio de las funciones cumplidas por los notarios, como el impuesto de industria y comercio, el IVA, la retención en la fuente y el impuesto de registro¹¹³. En este sentido, la potestad para la fijación de los derechos notariales, incluida determinación de los actos con cuantía y aquellos que se considerarán sin ella, no puede ser analizada como una competencia de carácter tributario, para cuyo ejercicio el Presidente tuviera que recurrir a un decreto legislativo. De conformidad con el artículo 218 del Decreto ley 960 de 1970, supone solamente la atribución típicamente reglamentaria del Gobierno nacional, en la medida en que no implica en manera alguna una carga de carácter fiscal.

252. En consecuencia, para la Sala, el Presidente no tenía necesidad de acudir a sus facultades extraordinarias, al amparo de un estado de excepción, para regular una materia que bien pudo haber previsto mediante un decreto reglamentario, específicamente destinado a completar la medida general proyectada en el Decreto legislativo que se analiza. Esto conduce, entonces, a la conclusión de que el artículo 8 es inconstitucional, debido a que no supera el requisito de necesidad jurídica. Como efecto, correspondería declarar su inexecuibilidad inmediata. La Sala observa, sin embargo, que la exclusión en el acto de este artículo del ordenamiento jurídico podría tener efectos contrarios al principio de seguridad jurídica y a los fines plausibles de reducción de los costos de la capitalización del FNG. Así mismo, podría ralentizar o paralizar los procesos administrativos que, para el cumplimiento del Decreto que se analiza, se estén llevando a cabo actualmente.

253. Lo anterior impone adoptar, entonces, una decisión de inexecuibilidad diferida, que permita a las autoridades implicadas continuar con los trámites que estén llevando a cabo actualmente, mientras que se emiten las normas reglamentarias pertinentes¹¹⁴. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el término que debe ser conferido para remediar la inconstitucionalidad constatada “depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema a ser regulado y del posible impacto negativo de la preservación de esa normatividad en la vigencia de los principios y derechos constitucionales”¹¹⁵.

254. En el presente caso, los efectos diferidos de la decisión de inconstitucionalidad se justifican, no en la complejidad de las materias que abordan las normas cuestionadas, sino en la necesidad imperiosa de que los trámites y las actuaciones que se encuentran en curso y que se iniciaron con fundamento en las mismas concluyan.

255. La Corte considera que, dadas las circunstancias actuales y en razón de que esta normativa debe ser expedida de manera urgente, el plazo del diferimiento de los efectos de

inconstitucionalidad deberá ser de tres meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. Además, siguiendo el criterio jurisprudencial trazado en la Sentencia C-481 de 2019¹¹⁶, la Sala considera pertinente advertir que los efectos de inconstitucionalidad solo se deberán proyectar hacia el futuro y no podrán afectar las situaciones particulares y subjetivas que se hayan erigido como situaciones jurídicas consolidadas. En suma, la Corte declarará la inexecuibilidad del artículo 8 del Decreto legislativo 492 de 2020, con efectos diferidos por 3 meses, contados a partir de la notificación del presente fallo.

256. En consecuencia, la Corte declarará la inexecuibilidad del artículo 8 del Decreto legislativo 492 de 2020.

257. Por último, el artículo 9 del Decreto legislativo 492 de 2020 establece la usual regla de vigencia de los actos normativos a partir de su publicación, y no se vincula a otros hechos o circunstancias que generen particulares problemas de constitucionalidad a ser analizados, razón por la cual, será declarado exequible.

258. La Sala Plena llevó a cabo el control de constitucionalidad del Decreto legislativo 492 de 2020, “[p]or el cual se establecen medidas para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías y se dictan disposiciones en materia de recursos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”

259. Considerando que la emergencia ha producido efectos adversos a la actividad productiva de micro, pequeñas y medianas empresas, así como de trabajadores independientes, el Gobierno nacional estimó relevante asegurarles continuidad en el acceso al crédito y a otros servicios financieros en condiciones favorables. Con esta finalidad, la Sala

identificó que el Decreto analizado fortalece patrimonialmente dos entidades: (i) el holding estatal denominado Grupo Bicentenario, y (ii) el Fondo Nacional de Garantías. La Corte concluyó que estas dos medidas fundamentales cumplen, de manera general, los requisitos formales y materiales de validez constitucional, aplicables a la legislación de excepción.

260. De una parte, indicó que el fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario asegura la coordinación y centralización de estrategias y recursos, entre las distintas entidades financieras del Estado, para facilitar el crédito y otros a las Mipymes y a los trabajadores independientes. De otra parte, señaló que la capitalización del Fondo Nacional de Garantías pretende brindarles respaldo a las mismas iniciativas productivas, para que puedan obtener liquidez y mantener su equilibrio durante la crisis. Así, la Corte consideró que las medidas buscan reducir los efectos más devastadores de la crisis en la economía, ocasionados por la emergencia. La Sala Plena estimó, también, que la medida que autoriza incorporar lo anterior al Presupuesto General de la Nación y aquella que disminuye cargas tributarias para el cumplimiento del decreto (Arts. 5 y 6), en tanto conexas con las principales, eran acordes con la Constitución. La Sala Plena encontró, sin embargo, que dos reglas que hacen parte de la regulación presentaban problemas de constitucionalidad.

261. En primer lugar, expresó que la autorización para tomar recursos del Fondo Nacional del Ahorro con destino al fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías, (dispuesta en los literales a) y f) de los artículos 3 y 4, respectivamente) podía ser interpretada en el sentido de que permite emplear los excedentes financieros de la entidad, derivados de la administración de las cesantías de los afiliados. Esta posible interpretación, precisó la Sala, es contraria a la prohibición constitucional de utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella (Art. 48 de la CP). Así, se dispuso condicionar la exequibilidad de los respectivos fragmentos normativos, en el entendido de que el capital del Fondo Nacional del Ahorro que se autoriza a disminuir no comprende los recursos derivados de la administración de las cesantías de los afiliados.

262. En segundo lugar, la Corte observó que no superaba el juicio de necesidad jurídica la medida dispuesta en el artículo 8 del decreto examinado, según la cual, para efectos de liquidar la tarifa de la función notarial, se considerarán como actos sin cuantía las escrituras públicas referentes a reformas estatutarias que impliquen el aumento del capital autorizado del Fondo Nacional de Garantías y cualquier otra operación que se lleve a cabo en virtud de lo establecido en la regulación controlada. La Sala encontró que, a la luz del artículo 218 del Decreto ley 960 de 1970, la competencia ordinaria para regular lo referido a los costos de los derechos notariales se encuentra en cabeza del propio Presidente de la República, que la ejerce a través de decretos reglamentarios. Por esta razón, se determinó que el artículo 8 del Decreto legislativo 492 de 2020 es inconstitucional.

263. En este orden de ideas, la Corte dispuso declarar la exequibilidad del Decreto legislativo 492 de 2020, con las salvedades indicadas en el párrafo anterior. Así mismo, en relación con la decisión de inexecuibilidad de la regla relativa a la tarifa notarial (Art. 8), precisó que sus efectos quedarían diferidos por 3 meses, por razones de seguridad jurídica y para no generar afectaciones costosas a procesos que, en cumplimiento del decreto, se encuentren actualmente en curso. Aclaró, de igual manera, que esta inexecuibilidad tendría efectos hacia el futuro y no afectaría situaciones jurídicas consolidadas.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Declarar EXEQUIBLES los artículos 1, 2, 5, 6, 7 y 9 del Decreto 492 de 2020, “[p]or el cual se establecen medidas para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías y se dictan disposiciones en materia de recursos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 3 del Decreto 492 de 2020, “[p]or el cual se establecen medidas para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías y se dictan disposiciones en materia de recursos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”, salvo la expresión “el Fondo Nacional del Ahorro”, contenida en la letra a), que se declara condicionalmente EXEQUIBLE, en el entendido de que sus excedentes de capital y dividendos, que se disponen para el fortalecimiento patrimonial del Fondo Nacional de Garantías, no comprenden los derivados de la administración de las cesantías de los afiliados.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 4 del Decreto 492 de 2020, “[p]or el cual se establecen medidas para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías y se dictan disposiciones en materia de recursos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”, salvo el contenido de la letra c), que se declara condicionalmente EXEQUIBLE, en el entendido de que el capital del FNA que se autoriza a disminuir no comprende los recursos derivados de la administración de las cesantías de los afiliados.

Cuarto.- Declarar INEXEQUIBLE el artículo 8 del Decreto 492 de 2020, “[p]or el cual se establecen medidas para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías y se dictan disposiciones en materia de recursos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”. Los efectos de esta decisión quedarán diferidos por el término de tres (3) meses, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Sentencia, y en ningún caso se afectan las situaciones jurídicas consolidadas.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

Con salvamento de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-200/20

TARIFA NOTARIAL PARA LA CAPITALIZACION-Exequibilidad (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente RE-254

Magistrada ponente: Diana Fajardo Rivera

1. Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, suscribo este salvamento parcial de voto en relación con la providencia de la referencia. En particular, disiento de la decisión de inexequibilidad del artículo 8 del Decreto Legislativo 492 de 2020. Esta disposición es declarada inexecutable, por cuanto, en criterio de la mayoría de la Sala Plena, no satisface el juicio de necesidad jurídica, habida cuenta de que el Gobierno Nacional puede, mediante decreto reglamentario, modificar las tarifas de los servicios notariales. Por el contrario, considero que esta disposición sí satisface dicho juicio, por las siguientes razones:

1. El artículo 8 del Decreto Legislativo 492 de 2020 garantiza la sistematicidad y la transitoriedad de la regulación que contiene. En efecto, la regulación sobre la reducción de la tarifa notarial de “las escrituras públicas referentes a reformas estatutarias” y demás actos necesarios para llevar a cabo las “operaciones” garantiza su (i) sistematicidad y (ii) transitoriedad. Lo primero, porque la reducción de la tarifa notarial es una de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para dotar al Fondo Nacional de Garantías de los recursos económicos necesarios para que pueda respaldar los créditos especiales a favor de personas, naturales y jurídicas, afectadas por la emergencia. Lo segundo, por cuanto el

artículo 8 sub judice prevé la disminución de la tarifa notarial solo para un grupo específico de actos, pero no actualiza la totalidad de las tarifas que pagan los ciudadanos por acceder a los servicios notariales y, por tanto, la medida es, por definición, específica y transitoria.

1. La posición acogida por la mayoría de la Sala Plena sobre el juicio de necesidad jurídica no contribuye a garantizar la finalidad del control de constitucionalidad de los estados de excepción. En efecto, el examen de existencia de normas ordinarias con el mismo contenido normativo o de la posibilidad de adoptar la medida mediante acto administrativo no contribuye a controlar, en modo alguno, los presuntos actos de arbitrariedad del Gobierno Nacional. Como lo he sostenido en otros salvamentos de voto, considero que el juicio de necesidad jurídica debe consistir en verificar la ausencia de instituciones jurídicas, entendidas como órganos y procedimientos, lo cual permite asegurar la finalidad del control de constitucionalidad de los Decretos Legislativos, esto es, evitar el ejercicio arbitrario de las facultades extraordinarias del Gobierno Nacional. En otros términos, el juicio de necesidad jurídica implica constatar que el ejercicio de las facultades extraordinarias “se supedita a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para resolver los problemas y crisis que afecten o amenacen el sistema económico, social o el ambiente”¹¹⁷.

1. Por las anteriores razones, concluyo que el artículo 8 del Decreto Legislativo 492 de 2020 satisface el juicio de necesidad jurídica y, en consecuencia, debió ser declarado exequible.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

A LA SENTENCIA C-200/20

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE FORTALECE PATRIMONIALMENTE EL GRUPO BICENTENARIO Y EL FONDO NACIONAL DE GARANTIAS-Dudas razonables sobre superación de juicios materiales (Aclaración de voto)

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE FORTALECE PATRIMONIALMENTE EL GRUPO BICENTENARIO Y EL FONDO NACIONAL DE GARANTIAS-Medidas principales concretan aspiraciones gubernamentales previas a las causas y efectos de la emergencia ocasionada por el COVID-19 (Aclaración de voto)

1. Con el acostumbrado y debido respeto por las decisiones de la sala plena de la Corte Constitucional presento aclaración de voto a la sentencia C-200 de 2020. Se trata del análisis de constitucionalidad del Decreto Legislativo 492 de 2020 que estableció, entre otras medidas, el fortalecimiento patrimonial del grupo Bicentenario y del Fondo Nacional de Garantías. La sala plena consideró que, en su mayoría, el decreto legislativo era

constitucional. Sin embargo, por un lado, la Corte condicionó tanto el fortalecimiento del Fondo Nacional del Ahorro como la disminución de capital del Fondo Nacional de Garantías en el sentido de que tales operaciones no comprenden los recursos derivados de la administración de las cesantías de los afiliados. Por otra parte, la mayoría del tribunal encontró inexecutable el artículo 8 que eliminaba las tarifas de las funciones notariales para los trámites realizados en función del presente decreto legislativo. No obstante, los efectos de esta última decisión fueron diferidos por el término de tres meses.

1. Como mi voto acompañó la decisión mayoritaria, el objetivo de esta aclaración es plantear otras razones que encuentro fundamentales en el presente análisis. En concreto, me referiré a dos aspectos: i) a las dudas que mantengo sobre la superación de algunos de los juicios materiales en relación con varios artículos del decreto legislativo analizado y ii) al hecho innegable de que el Decreto Legislativo 492 de 2020 estableció una serie de medidas que concretaron aspiraciones gubernamentales previas a las causas y a los efectos de la situación de emergencia ocasionada por el COVID-19.

Las dudas razonables sobre la superación de algunos de los juicios materiales en relación con las medidas principales del Decreto Legislativo 492 de 2020

1. El artículo 1 del Decreto Legislativo 492 de 2020 estableció el mecanismo para el fortalecimiento patrimonial del grupo Bicentenario. Se trata de la concentración -bajo el control del Ministerio de Hacienda y Crédito Público- de las empresas de la rama ejecutiva del orden nacional que sean vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o que realicen actividades conexas al servicio financiero. Por su parte, el artículo 2 del decreto legislativo dispuso que las entidades estatales del poder ejecutivo nacional podrán aportar recursos al Fondo Nacional de Garantías. Esta última es la entidad con la que el Gobierno busca facilitar el acceso al crédito para las micro, pequeñas y medianas empresas.

1. En la motivación del decreto legislativo se expusieron tres razones para respaldar estas medidas. En efecto, allí se afirmó que el nuevo esquema: i) se erige como una de las estrategias del Gobierno para afrontar las consecuencias económicas de la emergencia sanitaria y facilitar la transferencia de recursos desde la banca hacia los sectores económicos impactados; ii) se necesita un respaldo financiero de mayor solidez y, por ello, se justifica el aumento de los recursos del Fondo Nacional de Garantías y iii) es necesario incorporar al grupo Bicentenario todas las empresas adscritas al sector central que realicen actividades conexas a la financiera, sean de propiedad estatal y aún no integren este grupo financiero.

1. En relación con estas medidas, considero que subsisten algunas dudas razonables sobre tres aspectos: i) su carácter estructural, permanente y definitivo, ii) el juicio de conexidad material y iii) el juicio de necesidad jurídica.

1. En primer lugar, la regulación constitucional y estatutaria de los estados de excepción se funda en el carácter reglado, excepcional y limitado tanto de las declaratorias de emergencia como de las medidas que adopte el Gobierno al amparo de estas. La filosofía del control judicial de los estados de excepción se basa en tres pilares generales: i) la existencia de causales estrictas para su declaratoria; ii) los precisos límites temporales tanto de la declaratoria de la emergencia como de la vigencia de las medidas y iii) la asunción de prohibiciones y limitaciones expresas con el fin de preservar la democracia constitucional, el Estado de derecho y la vigencia de los derechos humanos¹¹⁸.

1. En ese contexto, debo llamar la atención sobre el carácter permanente, definitivo y estructural de las provisiones adoptadas en este decreto legislativo. En concreto, me refiero al traslado de la propiedad accionaria de las entidades financieras al grupo Bicentenario y a la capitalización del Fondo Nacional de Garantías. Sobre este punto, considero que la Corte Constitucional debe avanzar en el diseño de criterios precisos que le permitan controlar rigurosamente las medidas adoptadas por el Gobierno bajo un estado de excepción cuando se trata de modificaciones permanentes a la estructura del Estado.

1. Por una parte, se podría afirmar que el carácter estructural de la emergencia causada por el COVID-19 requiere, a su vez, cambios profundos dentro del Estado. De allí que una medida, como el fortalecimiento del grupo Bicentenario, pueda ser avalada en el marco de la emergencia declarada por el Gobierno nacional. Sin embargo, mi criterio es que los poderes excepcionales del presidente de la república tienen un límite en este punto. Si una situación de emergencia es tan grave, duradera y aguda que requiere transformaciones estructurales, lo que procede entonces no es la declaración de un estado de excepción, sino la formulación de las políticas y reformas necesarias a través del trabajo conjunto entre el poder ejecutivo y el Congreso de la República. De manera que la vía no es mimetizar los cambios estructurales dentro de las medidas de emergencia sino propiciar una agenda legislativa que responda a las causas y a los efectos permanentes de la crisis. Para decirlo de manera sencilla, en estos casos se requiere menos constitucionalismo de excepción y más constitucionalismo transformador.

1. En segundo lugar, es importante hacer referencia al criterio de conexidad material. Este presupone que las medidas adoptadas guarden relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Desde luego que en el Decreto Legislativo 492 de 2020 se argumentó a favor de una correlación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno para motivar ese decreto legislativo (conexidad interna). No obstante, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia es tenue (conexidad externa). En los considerandos del Decreto Legislativo 492 de 2020, el Gobierno indicó que el fortalecimiento del grupo Bicentenario y del Fondo Nacional de Garantías era necesario para brindar apoyo económico a los más afectados por las consecuencias sociales y económicas de la emergencia. Sin embargo, esta afirmación abstracta no es suficiente. La carga de motivación no se debe limitar a formular aseveraciones generales de buenas intenciones, sino que es necesario acudir a información que demuestre la verdadera idoneidad e impacto de la medida.

1. En concreto, no resulta evidente el nexo causal entre la integración de varias instituciones

financieras al grupo Bicentenario y la necesidad de dinamizar sectores de la economía (i.e. las MiPymes afectadas por la emergencia), dotar de liquidez al sistema financiero o formular estrategias para que las ayudas lleguen de forma eficaz a los más necesitados. El Decreto Legislativo 492 de 2020 tampoco explicó de manera suficiente por qué la única vía para fortalecer y dotar de recursos al Fondo Nacional de Garantías requería la intermediación del grupo Bicentenario.

1. En este punto, quiero enfatizar en un aspecto que considero de la mayor trascendencia. La organización del holding Bicentenario permite presuponer que habrá una mejor gestión de las empresas del Estado que fueron agrupadas. De manera que se espera un aumento de la eficiencia y de las utilidades de cada una de las integrantes y del conglomerado en su conjunto. Ahora bien, el objetivo de esa actuación debe estar orientado a que las autoridades dispongan de mayores recursos para cumplir con las finalidades propias del Estado de Bienestar. En concreto, la optimización de los derechos sociales (i.e. salud, educación o vivienda), el aumento del gasto social y el fortalecimiento de las políticas públicas dirigidas a la erradicación de la pobreza.

1. Eso significa que el Estado se hace más rico con el fin de fortalecer su capacidad para satisfacer las necesidades básicas de quienes ostentan menor capacidad de agencia. Como señala Amartya Sen, la pobreza no es solo la privación de la renta sino esencialmente se trata de una privación de capacidades¹¹⁹. Por esa razón, cuando el Estado interviene en la economía, la eficiencia de esa actuación no se mide por las utilidades obtenidas sino por el grado de ampliación de las libertades individuales que resulta de esa intervención¹²⁰. En los propios términos de Sen, tanto el Estado como las personas tienen: “(...) excelentes razones para querer poseer más renta o más riqueza, y no es porque la renta y la riqueza sean deseables en sí mismas, sino porque, por norma, son admirables medios de uso general para obtener más libertad con la que poder llevar el tipo de vida que tenemos razones para valorar”¹²¹.

1. De manera que en este proceso de control de constitucionalidad era trascendental que el Gobierno demostrara que la reorganización empresarial bajo el grupo Bicentenario

contribuye a responder a las causas de la crisis o contener sus efectos en relación con quienes más requieren de la intervención del Estado. El desarrollo económico del país, bajo la perspectiva que defiende, no se centra solamente en el crecimiento del Producto Interno Bruto, sino que analiza especialmente el grado en que esos datos económicos han contribuido a ampliar la capacidad de las personas para ejercer sus más básicos derechos. De allí mi preocupación porque no se haya justificado de manera suficiente la relación entre las medidas del decreto legislativo y el cumplimiento de los fines de protección del Estado, el aumento del gasto social o la ayuda a quienes, desde una posición de debilidad, se han visto más afectados por la crisis humanitaria, democrática, económica y sanitaria causada por la pandemia.

1. Ciertamente el escenario del control constitucional, no es el idóneo para entrar en controversias sobre la conveniencia de una estrategia que tiende a corporativizar el Estado, sin embargo, si es necesario advertir que una maniobra competitiva que pone a funcionar a todas estas entidades agrupadas en la Holding, con criterios privatistas, nunca debe perder de vista que su misión primera es la realización del Estado social. En tal sentido, si bien han de regir todas las cautelas propias de la administración de negocios, lo que debe también recordarse es que no es la nuda lógica del mercado el eje sobre el cual gira la administración de esos recursos. En tal sentido, la deliberación democrática que en inicio compete al Congreso de la República, sobre el destino de los recursos, es absolutamente imprescindible, importante y trascendental.

1. En tercer lugar, el juicio de necesidad jurídica implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional. A esos efectos, resulta importante recordar que, desde la creación del grupo Bicentenario en el año 2019, el Fondo Nacional de Garantías integra este holding. Eso significa que en el ordenamiento jurídico ya existían normas ordinarias que habilitaban los movimientos financieros dentro del holding; de manera que se desvirtúa la necesidad de que el Gobierno nacional realizara tales modificaciones mediante un decreto legislativo.

1. En conclusión, ante el déficit democrático de los procesos para la expedición de las normas dictadas bajo los estados de excepción y el alto grado de concentración de poderes en una sola de las autoridades del Estado, considero que la función del Gobierno nacional es ofrecer una argumentación suficiente, precisa, técnica y científica sobre cada una de las medidas que profiere en los decretos legislativos que son objeto del control de constitucionalidad de este tribunal.

Las medidas principales del Decreto Legislativo 492 de 2020 concretan aspiraciones gubernamentales previas a las causas y efectos de la emergencia ocasionada por el COVID-19

1. La Corte Constitucional ha detectado que varias de las medidas adoptadas por el presidente de la república durante los estados de emergencia declarados debido a la pandemia causada por el COVID-19 obedecen a intenciones previas del propio Gobierno.

1. Por ejemplo, la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022) habilitó al presidente de la república para crear una entidad responsable de la gestión del servicio financiero público. En ejercicio de esa facultad, se expidió el Decreto 2111 de 2019 que dio origen al holding financiero de Colombia: grupo Bicentenario. El artículo 3 del Decreto 2111 de 2019 dispuso el fortalecimiento del grupo Bicentenario mediante la integración de capital a través de todas las acciones de propiedad de los organismos o las entidades que: i) integren la rama ejecutiva del orden nacional, ii) sean vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o iii) desarrollen actividades conexas al servicio financiero público¹²². La coincidencia entre el Plan Nacional de Desarrollo, el Decreto 2111 de 2019 y el Decreto Legislativo 492 de 2020 es evidente.

1. Este no ha sido el único caso en el que el Gobierno ha utilizado los poderes de emergencia para concretar aspiraciones previas a la pandemia. El Decreto Legislativo 581 de 2020 autorizó a la Financiera de Desarrollo Territorial (Findeter) para realizar operaciones de crédito directo a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Esa habilitación fue justificada en el marco de la pandemia y en la necesidad de preservar el capital de trabajo y la liquidez de las beneficiarias. Sin embargo, lo cierto es que se trataba de un objetivo previo del Gobierno. Así lo refleja el anuncio realizado por la Unidad de Regulación Financiera del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en noviembre del año 2019¹²³. Allí se difundió un proyecto de decreto que establecía la facultad de Findeter para otorgar créditos directos con tasa compensada. En definitiva, la habilitación para que Findeter actuara como banco de primer piso era previa al estado de excepción.

1. El objetivo de esta aclaración de voto no es señalar que todas las medidas adoptadas bajo el estado de excepción, que obedezcan a una intención previa del Gobierno, deben ser declaradas inconstitucionales. Sin embargo, considero que la Corte debe analizar con un escrutinio muy exigente las razones por las cuales esas aspiraciones previas pueden ser canalizadas mediante decretos legislativos. Asimismo, el Gobierno debe probar que la realización de los objetivos perseguidos por esas medidas tiene un impacto directo, concreto y real en la superación de la crisis o en el control de sus efectos.

1. No toda medida que tenga como efecto directo o indirecto la protección de los ciudadanos frente a una situación de emergencia puede ser adoptada por el Gobierno en el marco de un estado de excepción. Los derechos y su protección no son sobornos (bribes) que los ciudadanos reciben a cambio de la correlativa acumulación del poder en una o varias autoridades. En el largo plazo, como afirma Rosalind Dixon, esa concepción sobre la protección de los derechos como compensación frente a la concentración del poder acaba por debilitar la propia democracia constitucional y el propio ejercicio de los derechos prometidos¹²⁴.

1. De manera que, en los términos de esta aclaración de voto, suscribo la posición de la mayoría de la sala plena en la sentencia C-200 de 2020.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-200/20

Referencia: Expediente RE-254

Revisión automática del Decreto legislativo 492 de 2020, “[p]or el cual se establecen medidas para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías y se dictan disposiciones en materia de recursos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”.

Magistrada ponente

DIANA FAJARDO RIVERA

Con el acostumbrado respeto a las decisiones adoptadas por la Sala Plena de esta Corporación presento mi salvamento parcial de voto frente a la sentencia de la referencia por las siguientes razones.

Considero que el artículo 1º del Decreto legislativo 492 de 2020 ha debido ser declarado inexecutable. A mi juicio, la creación de un conglomerado de entidades financieras de la rama ejecutiva que se vinculan al Ministerio de Hacienda con vocación de permanencia carece de la conexidad material que se exige de las medidas que puede adoptar el legislador de excepción y, en el caso concreto, excede el objetivo mismo del decreto examinado, que se restringe al fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías. Estimo que no se advierte la relación de conexidad que existe entre la conformación del mencionado conglomerado con la finalidad prevista para ampliar los recursos de crédito disponibles para paliar los efectos económicos y sociales que ha generado la emergencia para las micro, pequeñas y medianas empresas y para los trabajadores independientes.

Adicionalmente, la norma resultaba innecesaria desde el punto de vista jurídico, toda vez que mediante el artículo 331 de la Ley 1955 de 2019, el Congreso de la República otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para “Fusionar entidades públicas del sector financiero, tales como, Aseguradoras Públicas y Fiduciarias Públicas; con el fin de evitar duplicidades y crear una entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional responsable de la gestión del servicio financiero público que incida en mayores niveles de eficiencia”.

En los anteriores términos dejo expresadas las razones de mi discrepancia parcial de la decisión mayoritaria.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

1 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

2 Este capítulo se ha apoyado en las consideraciones contenidas, entre otras, en las Sentencias C-136 de 2009 M.P. Jaime Araújo Rentería; C-145 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-224 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-225 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez; C-226 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-911 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-223 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-241 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos; C-701 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-465 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido y C-467 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Varios de los párrafos corresponden a transcripciones literales de algunas de dichas Sentencias.

3 Sentencia C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido, citando a su vez la Sentencia C-216 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

4 Ibídem.

5 El carácter reglado, excepcional y limitado se refleja en varios requerimientos: (i) la Constitución prevé específicas causales para decretar los estados de excepción; (ii) la regulación de los estados de conmoción interior y de Emergencia Económica, Social y Ecológica, se funda en el principio de temporalidad (precisos términos para su duración); y (iii) la Constitución dispone limitaciones materiales estrictas para los estados de excepción, tales como que (a) los civiles no sean juzgados por autoridades militares (Art. 213 de la CP), (b) los derechos humanos no puedan ser limitados (Art. 93 de la CP) y (c) el derecho internacional humanitario debe ser respetado (Art. 214 de la CP).

6 El control judicial está a cargo

de la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, según lo dispone el numeral 7 del artículo 241 de la Carta Política, y del Consejo de Estado, tal como lo dispone el numeral 8 del artículo 111 de la Ley 1437 de 2011, al prescribir que le corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado “[e]jercer el control inmediato de legalidad de los actos de carácter general dictados por autoridades nacionales con fundamento y durante los estados de excepción”.

8 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.

9 Decreto 333 de 1992.

10 Decreto 680 de 1992.

11 Decretos 1178 de 1994, 195 de 1999, 4580 de 2010 y 601 de 2017.

12 Decreto 80 de 1997.

13 Decreto 2330 de 1998.

14 Decretos 4333 de 2008 y 4704 de 2008.

15 Decreto 4975 de 2009.

16 Decretos 2963 de 2010 y 1170 de 2011.

17 Este capítulo se ha apoyado en las consideraciones contenidas entre otras, en las Sentencias C-465 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido; y, C-467 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz. Varios de los párrafos corresponden a transcripciones literales de dichas Sentencias.

18 La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este juicio en las sentencias C-467 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz; C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido; C-465 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; C-437 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; y, C-434 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera, entre otras.

19 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.”

20 Sentencia C-724 de 2015. 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 de 2015. 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”.

21 La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este juicio en las Sentencias C-517 de 2017. M.P. Iván Escruce Mayolo; C-467 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz; C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido; C-437 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; y, C-409 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo, entre otras.

22 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”.

23 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”.

24 Sentencia C-409 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. “La conexidad interna refiere a que las medidas adoptadas estén intrínsecamente vinculadas con las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente”. En este sentido, ver, también, la Sentencia C-434 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera.

25 Sentencia C-724 de 2015. 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 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero.

26 El juicio de motivación suficiente de las medidas ha sido desarrollado por esta Corte en las Sentencias C-467 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido; C-434 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; C-409 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; C-241 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-227 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-224 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y, C-223 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

27 Sentencia C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido. En la providencia se reiteran las consideraciones de las Sentencias C-722 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán y C-194 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

28 Al respecto, en la Sentencia C-753 de 2015. 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”.

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

30 Sobre el juicio de ausencia de arbitrariedad se pueden consultar las sentencias C-467 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido; C-434 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; C-409 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; C-241 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-227 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; y C-224 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

31 Sentencia C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido, en la cual se reiteran las consideraciones de las sentencias C-723 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y, C-742 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

32 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”.

33 Sentencia C-149 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada, entre otras, en las sentencias C-224 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-241 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; y, C-467 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

34 El juicio de intangibilidad ha sido desarrollado por este Tribunal en las sentencias C-517 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruce 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.

35 Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-467 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido; C-437 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; C-434 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; C-409 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; y, C-723 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

36 Esta Corporación se ha referido a este juicio en las sentencias C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido; C-434 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; C-136 de 2009. M.P. Jaime Araújo Rentería; C-409 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; y, C-723 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

37 Sobre el particular se han pronunciado, entre otras, las sentencias C-517 de 2017; M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo; C-467 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido; C-465 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; C-437 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; C-409 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; y, C-723 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

38 Sobre el juicio de proporcionalidad es posible consultar las sentencias C-467 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido; C-227 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-225 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-911 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-224 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio;

C-145 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; y, C-136 de 2009. M.P. Jaime Araújo Rentería.

39 Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-467 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-466 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido; C-701 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-672 de 2015; M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos; C-227 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-224 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y, C-136 de 2009. M.P. Jaime Araújo Rentería.

40 “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 (...)”.

41 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”.

42 En este sentido, en la Sentencia C-156 de 2011 (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”.

43 Sentencia C-736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

44 Ibídem.

45 Del que forman parte la Presidencia de la República, la Vicepresidencia de la República, los consejos superiores de la administración, los ministerios y departamentos administrativos, las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica. Como rasgo esencial, estos órganos no cuentan con personería jurídica (ver artículo 39, inciso 2º de la Ley 489 de 1998).

46 Otra forma de descentralización constitucionalmente prevista es la de carácter territorial. Esta se contempla a partir de criterios geográficos, a fin de permitir a departamentos y municipios, bajo un régimen de autonomía, puedan buscar la satisfacción de las necesidades locales (Art. 1, 287 de la CP). En relación con la noción de descentralización y sus diferentes

manifestaciones, ver sentencias C-308 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-543 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-482 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-037 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1258 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño; y, C- 894 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

47 Sentencia C-736 de 2007. M.P. Gerardo Monroy Cabra.

48 Sentencias C-629 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-992 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis; y, C-691 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

49 Sentencia C-691 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

50 Sentencia C-666 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

52 Ver, artículos 39 (penúltimo inciso), 41 (inciso 2º), 44 de la Ley 489 de 1998.

53 Sentencia C-088 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta decisión la Corte se refiere específicamente a las empresas industriales y comerciales del Estado, pero el argumento es predicable de todas las entidades descentralizadas por servicios de creación legal.

54 Sentencia C-118 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

55 La Corte ha señalado que el control fiscal recae sobre una entidad “bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó determinado por el constituyente quién quiso que “...ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares”. Sentencia C-290 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, citada en la Sentencia C-736 de 2007. M.P. Gerardo Monroy Cabra.

56 “Artículo 208. (...) Las cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros. Las comisiones permanentes, además, la de los viceministros, los directores de departamentos administrativos, el Gerente del Banco de la República, los presidentes, directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público”.

57 “ARTICULO 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”.

58 “ARTICULO 354. Habrá un Contador General, funcionario de la rama ejecutiva, quien llevará la contabilidad general de la Nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría”.

59 Sentencia C-736 de 2007. M.P. Gerardo Monroy Cabra.

60 Artículo 3º del Decreto 1202 de 1994, “[p]or medio del cual se aprueba la reforma, compilación y actualización de los Estatutos del Fondo Nacional de Garantías S.A., FNG”.

61 Artículo 48 de la Ley 795 de 2003, “[p]or la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”.

62 En este caso, el Fondo Agropecuario de Garantías cumple dicha función, según el artículo 26 de la Ley 101 de 1993.

63 Artículo 1.2.2.2. del Decreto 1074 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”.

64 Artículo 240.4, del Decreto Ley 663 de 1993 “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”, modificado por el artículo 48 de la Ley 795 de 2003 795 de 2003 “[p]or la cual se ajustan algunas normas del

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”.

65 Artículo 242.2 del Decreto Ley 663 de 1993 “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”, modificado por el artículo 48 de la Ley 795 de 2003 “[p]or la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”.

66 Artículo 242.3 del Decreto Ley 663 de 1993 “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”, modificado por el artículo 48 de la Ley 795 de 2003 “[p]or la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”.

67 El artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estableció que: “Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente Ley”.

68 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

69 M.P. (e) Cristina Pardo Schlesinger.

70 ZULETA, J.; ALBERTO, Luis. Regulación y supervisión de conglomerados financieros en Colombia. 1997, p. 9.

71 Artículo 2 de la Ley 1870 de 2012, “[p]or la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos de resolución de entidades financieras”.

72 Artículo 3 de la Ley 1870 de 2012, “[p]or la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos de resolución de entidades financieras”.

73 Escobar, José Darío Uribe. El sistema financiero colombiano: estructura y evolución reciente. Revista del Banco de la República, 2013, vol. 86, no 1023, p. 9.

74 Grupo Aval Acciones y Valores S.A., Grupo de Inversiones Suramericana S.A., Grupo Bolívar S.A., Inversora Fundación Grupo Social S.A.S., Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales de Colombia Coomeva, Skandia Holding de Colombia S.A., Credicorp Capital Holding Colombia S.A.S. Ver <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/10099737>

75 Artículo 4o. Ámbito de Supervisión. El holding financiero estará sujeto a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y le serán aplicables únicamente las disposiciones contenidas en el presente título, sin perjuicio de las normas exigibles en su calidad de emisores de valores colombianos, en los casos que corresponda. // El incumplimiento por parte del holding financiero de las normas previstas en el presente título y de las normas que lo reglamenten, desarrollen o instruyan, será sancionado por la Superintendencia Financiera de Colombia en la forma prevista en la Parte Séptima del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el Capítulo Segundo del Título Sexto de la Ley 964 de 2005 y las normas que los modifiquen o sustituyan. // Los instrumentos de intervención y las facultades de la Superintendencia Financiera previstos en el presente título solo serán exigibles de manera directa al holding financiero y a las entidades que realizan actividades propias de las vigiladas por la Superintendencia Financiera. // Así mismo, para efectos de establecer su ámbito de supervisión, la Superintendencia Financiera de Colombia identificará la entidad que actuará como holding financiero en cada conglomerado y las entidades que conforman el conglomerado financiero sin que para efectos de su supervisión se puedan establecer subconglomerados al interior de un conglomerado financiero. // PARÁGRAFO. A los holdings financieros de que trata la presente ley no le serán exigibles las contribuciones definidas en el artículo 337 del EOSF, conservando para el efecto su régimen frente a la Superintendencia de Sociedades; lo anterior sin perjuicio de las contribuciones que deben asumir en su condición de emisores de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores.

76 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. «Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad»”.

77 Ver sentencias C-488 de 1992. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1065 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-723 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-724 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-296 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; y C-243 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

78 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. «Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad»”.

79 Entre estas se encuentran el Banco Agrario (sociedad de economía mixta), Fondo Nacional del Ahorro (Empresa Industrial y Comercial del Estado), Financiera de Desarrollo Nacional (sociedad de economía mixta), Bancoldex (sociedad anónima de economía mixta), Finagro (sociedad de economía mixta), Findeter (sociedad de economía mixta), Fondo Nacional de Garantías (sociedad de economía mixta), Fonade (Empresa Industrial y Comercial del Estado), Arco (sociedad de economía mixta), ICETEX (entidad financiera de naturaleza especial), Fiduciaria La Previsora (sociedad de economía mixta), Segurexpo (sociedad de economía mixta), Positiva (sociedad anónima, sometida al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado), Fiduagraria (sociedad anónima de economía mixta) y Fiducoldex (sociedad de economía mixta).

80 Por ejemplo, para señalar solo algunas, Bancoldex está vinculada al Ministerio de Comercio; Finagro al Ministerio de Agricultura, el Fondo Nacional de Garantías al Ministerio de Comercio y Fonade al Departamento Nacional de Planeación.

81 Sentencias C-629 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-992 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis; y, C-691 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

82 Como se había indicado, Bancoldex está vinculada al Ministerio de Comercio; Finagro al Ministerio de Agricultura, el Fondo Nacional de Garantías al Ministerio de Comercio y Fonade al Departamento Nacional de Planeación.

83 Ver supra nota 80.

84 Ver sentencias C-367 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-218 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; y C-251 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

85 Artículo 1° de la Ley 590 de 2000, “[p]or la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresa”.

86 Información recuperada del portal oficial del Ministerio del Trabajo: <https://www.mintrabajo.gov.co/prensa/comunicados/2019/septiembre/mipymes-representan-mas-de-90-del-sector-productivo-nacional-y-generan-el-80-del-empleo-en-colombia-ministra->

La Dirección de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa del Viceministerio de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio indica en su intervención dentro de este proceso que, según la Confederación de Cámaras de Comercio (Confecámaras), con corte al 31 de diciembre de 2019, en Colombia existen 1.643.849 empresas registradas en el Registro Único Empresarial (RUES), de las cuales 99,6 % son Mipymes.

87

<https://acopi.org.co/wp-content/uploads/2020/04/ENCUESTA-DE-DESEMPEÑO-EMPRESARIAL-PRIMER-TRIMESTRE-2020.pdf> vínculo de la página de Acopi mediante el cual puede ser descargada esta encuesta.

88 Ibíd.

89 Ibíd.

90 Cfr. Sentencias C-625 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-006 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia C-192 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-685 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero; y C-685 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

91 El Fondo Nacional del Ahorro es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, y son sociedades de economía mixta en el caso del Grupo Bicentenario, Findeter, Finagro, Fiduagraria y Central de Inversiones S.A. Finalmente, URRRA S.A. E.S.P. es un establecimiento público.

92 Según el artículo 11 del EOP, el Presupuesto General se compone de tres partes: (i) el presupuesto de rentas, (ii) el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones y (iii) las disposiciones generales. A su vez, de acuerdo con la letra a) de la misma disposición, del presupuesto de rentas hacen parte los ingresos corrientes de la Nación, las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional. Y, conforme al artículo 31 del mismo Estatuto: “Los recursos de capital comprenderán: Los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con

vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional , y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la Ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria” (subrayas suplidas).

93 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

94 Ibídem.

95 Ver considerandos del Decreto 1771 de 2012, “[p]or el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con el cálculo de la relación mínima de solvencia de los establecimientos de crédito”.

96 Sentencia C-264 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

98 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

99 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

100 Sentencia C-041 de 2006.

101 Sentencia C-341 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

102 Ver, por todas, la Sentencia T-008 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

103 Aún más, conforme al artículo 31 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, la generación de excedentes de capital y dividendos, entre otras, de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, son recursos de capital. Estas fuentes, en situaciones de emergencia, pueden estar llamados a satisfacer mayor necesidad de recursos, como ocurre precisamente en esta ocasión.

104 Las operaciones presupuestales que ordena el artículo 5 del Decreto Legislativo 492 de 2020 fueron llevadas a cabo mediante el Decreto Legislativo 522 de 2020, “[p]or 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”.

105 Según el artículo 11 del EOP, el Presupuesto General se compone de tres partes: (i) el presupuesto de rentas, (ii) el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones y (iii) las disposiciones generales. A su vez, de acuerdo con la letra a) de la misma disposición, del presupuesto de rentas hacen parte los ingresos corrientes de la Nación, las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional. Y, conforme al artículo 31 del mismo Estatuto: “Los recursos de capital comprenderán: Los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional , y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la Ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria” (subrayas suplidas).

106 Sentencia C-426 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, citada en la Sentencias C-209 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Referencias tomadas, a su vez, de la Sentencia C-117 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

107 Ver Sentencias C-009 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-088 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera; y C-550 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera.

108 Sentencia C-009 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

109 Sentencia C-550 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera.

110 Cfr. Sentencias C-029 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos y C-995 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

111 Sentencia C-029 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

112 Ibíd.

113 Sentencia C-029 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

114 El mismo tipo de decisión diferida se adoptó, dentro del presente estado de excepción, por una causa análoga en la Sentencia C-155 de 2020. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

115 Sentencia C-481 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

116 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

117 Sentencias C-122 de 1997 y C-252 de 2010.

118 Sentencia C-466 de 2017.

119 Amartya Sen. Desarrollo y libertad. Editorial Planeta, Bogotá, 2000, p. 114.

120 Ibid., p. 149.

121 Ibid., p. 30.

122 John Freddy Gómez y Camila Andrea Galindo. Holding Financiero en Colombia: la privatización de la administración de los recursos estatales. Disponible en: <https://www.cadtm.org/Holding-Financiero-en-Colombia-la-privatizacion-de-la-administracion-de-los> (18.08.2020)

123 El proyecto de Decreto se puede consultar en: http://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-115630%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased (14.05.2020)

124 Dixon, Rosalind, "Constitutional Rights as Bribes" (2018). Connecticut Law Review. 381. https://opencommons.uconn.edu/law_review/381