

Sentencia C-406/20

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

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID-19-Exequibilidad del Decreto Legislativo 637 de 2020

DECRETOS EXPEDIDOS DURANTE ESTADOS DE EXCEPCION-Sujetos a requisitos y limitaciones formales y materiales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO DECLARATORIO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Elementos que deben verificarse

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Cumplimiento de requisitos formales y materiales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio formal

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio material

ACTIVIDAD FINANCIERA-Sujeta a intervención del Estado

De acuerdo con las premisas establecidas por la Carta en materia de intervención económica, la dirección general de la economía se encuentra a cargo del Estado, y aunque la iniciativa privada y la actividad económica son libres, deben ejercerse en los términos que disponga la ley. En este sentido, la intervención del Estado en las actividades financiera, bursátil y aseguradora o en cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, está reconocida en la Carta en los artículos 150, numeral 19 literal d), 189, numeral 25, y en los artículos 334 y 335.

ACTIVIDAD FINANCIERA, BURSÁTIL Y ASEGURADORA-Competencia repartida entre Gobierno y Congreso de la República

(...) el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración en estas materias, y dentro del reparto de competencias entre el Congreso y el Presidente, es al primero a quien

le corresponde señalar las pautas de regulación de las actividades financieras (generalmente a través de leyes marco), mientras que al segundo le compete seguir las directrices legales y ejercer su potestad reglamentaria, a partir de aquellas.

ACTIVIDAD FINANCIERA-Actividad de interés público

(...) al admitir el papel macroeconómico que la captación de dinero desempeña en el manejo del ahorro, el crédito, el flujo de capital y su impacto en el desarrollo y bienestar de la sociedad, es necesario reconocer que la actividad financiera resulta ser sin duda alguna, de interés público.

FONDO NACIONAL DE GARANTIAS FNG-Naturaleza jurídica y objeto

El Fondo Nacional de Garantías es una sociedad anónima de carácter mercantil y de economía mixta del orden nacional, vinculada originalmente al Ministerio de Desarrollo Económico (hoy al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), que, en virtud de su objeto social, debe ser reconocida como una entidad con objeto social de interés público, vigilada por la Superintendencia Financiera.

FONDO NACIONAL DE GARANTIAS FNG-Función

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE ESTABLECE UN MARCO NORMATIVO RELACIONADO CON LA ADMINISTRACION DEL FONDO NACIONAL DE GARANTIAS-Alcance y contenido

DECRETO LEGISLATIVO DICTADO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Requisitos formales

DECRETO LEGISLATIVO DICTADO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Requisitos materiales

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

El que las medidas adoptadas por el Legislador de excepción se encuentren destinadas de manera directa y específica a conjurar aquellos aspectos que suscitaron la emergencia

económica, social o ecológica o a impedir la extensión de sus efectos, es lo que constituye el centro del juicio de finalidad.

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

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

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

El juicio de necesidad busca establecer si las medidas propuestas por los decretos de desarrollo son indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, con el propósito de verificar fácticamente si ellas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, y para establecer si existen disposiciones en el ordenamiento ordinario que logren los objetivos, sin necesidad de acudir a la normativa extraordinaria.

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

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

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

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

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

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

ESTADO DE EMERGENCIA-Duración de normas de excepción y duración de efectos

(...) la jurisprudencia constitucional ha entendido que este requisito de la temporalidad debe evaluarse en atención a la naturaleza de cada medida y de las necesidades que tienen los órganos políticos de adoptar decisiones suficientes y eficientes para conjurar la crisis que las genera, de ahí que el juez constitucional no puede establecer una regla inmodificable que se aplique por igual a todas las medidas decretadas en estado de emergencia económica, social y ecológica. Es claro que las medidas que no se agotan por su propia dinámica ni aquellas que no tienen un término de duración claramente establecido en el decreto legislativo, pueden permanecer en el ordenamiento jurídico si se destinan exclusivamente a conjurar la crisis o a evitar la extensión de sus efectos, lo cual no siempre tiene términos precisos

Referencia: Expediente RE-343.

Revisión de constitucionalidad del Decreto 816 de 2020, “Por el cual se establecen normas relacionadas con la administración del Fondo Nacional de Garantías S.A. —FNG, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020”

Magistrada Sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 7º del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

I. ANTECEDENTES

Mediante oficio del 5 de junio de 2020, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República remitió a esta Corporación copia auténtica del Decreto Legislativo 816 de 2020, “Por el cual se establecen normas relacionadas con la administración del Fondo Nacional de Garantías

S.A. —FNG, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020”, para efectos de la revisión automática de constitucionalidad prevista en el numeral 7° del artículo 241 de la Constitución.

Mediante Auto del 26 de junio del 2020, la Corte Constitucional avocó conocimiento del Decreto 816 de 2020. En dicha providencia, la Magistrada Sustanciadora ordenó comunicar el inicio del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, a los Ministerios del Interior, de Justicia y del Derecho, de Comercio, Industria y Turismo y de Hacienda y Crédito Público, para que, si lo consideraban oportuno, intervinieran con el propósito de presentar razones que en su criterio justificaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la normativa que se revisa.

En la misma providencia, este despacho invitó a las facultades de derecho de las universidades de los Andes, Externado de Colombia, Sergio Arboleda, Nacional de Colombia (sede Bogotá) y Libre de Colombia (Seccional Bogotá); a los Grupos de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad del Rosario; a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la ANDI, para que si lo consideraban oportuno intervinieran en el asunto, con el fin de defender o atacar la constitucionalidad de las normas en revisión. El auto también decretó pruebas. Una vez recibidas y analizadas las pruebas enunciadas, ordenó la continuación del trámite.

Recibido el concepto del Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios, la Corte procede a decidir el asunto de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA BAJO EXAMEN

Por la extensión del decreto, se acompaña como anexo a la presente providencia. Sin embargo, para mejor comprensión de la sentencia se transcribirá toda la parte resolutive de la norma objeto de control constitucional.

DECRETO 816 DE 2020

(Junio 4)

Por el cual se establecen normas relacionadas con la administración del Fondo Nacional de

Garantías S.A. – FNG, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, y en desarrollo de lo previsto en el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, «Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional», y

CONSIDERANDO

(...)

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA:

ARTÍCULO 1. Marco especial de autorizaciones del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG para dar acceso al crédito con los recursos transferidos en cumplimiento del Decreto 492 de 2020. Sin perjuicio de las normas aplicables a la organización y funcionamiento del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas aplicables, con respecto a los recursos transferidos al Fondo Nacional de Garantías S.A.- FNG en cumplimiento del Decreto Legislativo 492 de 2020, se aplicarán preferentemente las siguientes reglas:

a) Comité de Garantías para enfrentar el COVID -19. El Comité de Garantías para enfrentar el COVID -19 (en adelante, el “Comité de Garantías”), será el órgano técnico de coordinación, seguimiento y evaluación del fortalecimiento patrimonial del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG ordenado por el Decreto Legislativo 492 de 28 de marzo de 2020. El Comité de Garantías estará encargado del diseño, implementación, seguimiento y control de las líneas de crédito creadas para personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica por la pandemia del nuevo coronavirus COVID -19 y que sean respaldadas con los recursos resultantes de las operaciones descritas en los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 492 de 2020 o con otros recursos destinados por la Nación para este mismo fin. El Comité de Garantías estará integrado por el Ministro de Comercio, Industria y

Turismo, o su delegado, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, y los demás integrantes que sean definidos en la resolución que para el efecto emita el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para efecto de lo anterior, ese ministerio podrá adicionar, ajustar o modificar, de acuerdo con este literal, cualquier comité vigente cuyas funciones se relacionen con el objeto del presente Decreto Legislativo.

b) Objeto. Con los recursos resultantes de las operaciones descritas en los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 492 de 2020, destinados únicamente al fortalecimiento patrimonial del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG, esta entidad respaldará su participación como fiador o garante de toda clase de operaciones activas de las instituciones financieras u otras instituciones que realicen operaciones de crédito con personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica por la pandemia del nuevo coronavirus COVID -19. La entidad podrá igualmente servir como garante de emisiones de bonos u otros títulos de inversión que tengan por objeto obtener recursos con destino a las personas de que trata el presente literal b).

c) Operaciones Autorizadas. En desarrollo del objeto descrito en este Decreto Legislativo, el Fondo Nacional de Garantías S.A. FNG podrá realizar las distintas operaciones que le autoriza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para atender los sectores de comercio, servicios, industrial, agroindustrial y exportador, o a otros sectores o programas, o a personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por la pandemia del nuevo coronavirus COVID -19, de conformidad con las prioridades que sean señaladas por el Comité de Garantías.

d) Régimen de autorizaciones. El Comité de Garantías tendrá las siguientes funciones en relación con las garantías, operaciones de reafianzamiento y otros instrumentos que emita el Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG focalizados en personas naturales y jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19:

i. Trazar la política general que debe seguir el Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG, así como señalar las prioridades, los sectores o programas a atender como parte de dicha política.

ii. Definir las características de las garantías, de las operaciones de reafianzamiento y otros instrumentos, incluyendo, i) el porcentaje máximo de la cobertura de los instrumentos emitidos por el Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG; ii) la tarifa de la comisión del Fondo Nacional de Garantías S.A.- FNG y el porcentaje máximo del subsidio a dicha comisión a ser cubierto por la Nación; iii) el monto máximo de operaciones de crédito que el Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG puede garantizar para una línea específica; iv) el monto máximo de créditos garantizados por deudor; v) los mecanismos y oportunidad para la transferencia de los recursos patrimoniales necesarios para el fortalecimiento patrimonial del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG, y de los recursos correspondientes al subsidio de la Nación a la comisión del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG; y vi) los sectores prioritarios a los cuales dichas garantías e instrumentos deben estar dirigidos.

Los órganos de administración del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG, dentro del ámbito de sus competencias, deberán definir las demás características y parámetros de las garantías y otros instrumentos que emita el Fondo Nacional de Garantías S.A.-FNG en el marco de estas autorizaciones con sujeción a las características y políticas fijadas por el Comité de Garantías. La junta directiva del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG deberá cumplir y hacer cumplir las decisiones que adopte el Comité de Garantías en desarrollo de sus funciones, así como servir de órgano consultivo del Comité de Garantías. Los miembros de la junta directiva no serán responsables por las decisiones que tome el Comité de Garantías.

iii. Fijar el valor de cualquier otro servicio que preste el Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG relacionado con estas líneas de crédito, cuando a ello haya lugar.

PARÁGRAFO 1. Las decisiones sobre la aprobación y otorgamiento de garantías, y de operaciones de reafianzamiento y demás operaciones adelantadas en desarrollo del objeto descrito en este Decreto Legislativo deberán ser evaluadas de forma conjunta y en contexto con dicho objeto, no por el desempeño de una operación individual sino como parte de una política integral de solventar las necesidades sociales y económicas derivadas de las situaciones derivadas o causadas por la pandemia del nuevo coronavirus COVID -19. Por tanto, se podrán efectuar operaciones aun cuando al momento de su realización se esperen resultados financieros adversos, o que tengan rendimientos iguales a cero o negativos.

PARÁGRAFO 2. Una vez superados los hechos que motivaron la emergencia Económica,

Social y Ecológica declarada por el por el Decreto 637 de 2020, el Comité de Garantías podrá determinar que con los recursos resultantes de las operaciones descritas en los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 492 de 2020, y que fueron destinados al fortalecimiento patrimonial del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG, esta entidad respalde su participación como fiador o garante de toda clase de operaciones activas de las instituciones financieras u otras instituciones que realicen operaciones de crédito con cualquier persona natural o jurídica. El Comité de Garantías podrá delegar en la asamblea general de accionistas, la junta directiva o en otro órgano de administración del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG, cualquiera de las funciones asignadas en este Decreto Legislativo.

ARTÍCULO 2. Intercambio de información con el Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG: Las entidades públicas que hagan parte del Comité de Garantías están obligadas a suministrar los datos de los que trata Ley 1581 de 2012 y la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente terceros países conforme a la Ley 1266 de 2008, que sea solicitada por el Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG, relacionada con los riesgos que puedan afectar su operación, así como documentos relacionados, que contribuyan al cumplimiento de su objeto de conformidad con el presente Decreto Legislativo.

El Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG deberá utilizar los datos e información solo para los fines aquí establecidos y estará obligado a adoptar las medidas necesarias para garantizar su seguridad, circulación restringida y confidencialidad.

ARTÍCULO 3. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el inciso 2 del parágrafo 2 del artículo 4 del Decreto 492 de 2020.

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(Siguen firmas del Presidente y todos los Ministros)

III. INTERVENCIONES

1. %1.1. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

La Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República solicita a esta Corporación la declaratoria de EXEQUIBILIDAD del Decreto Legislativo 816 de 2020. En concreto, precisa que la normativa cumple con los requisitos formales propios de los decretos de desarrollo de la

emergencia económica y social, así como con los requisitos materiales exigidos, tanto por la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994) como por la jurisprudencia, para avalar la constitucionalidad de las normas señaladas.

En lo concerniente a las exigencias materiales, la entidad interviniente señaló que el decreto cumple con el criterio de conexidad interna, dado que se consignaron razones específicas que sustentan y justifican la adopción de las medidas en él contenidas, encaminadas a definir el marco especial de autorizaciones del Fondo Nacional de Garantías (en adelante FNG). Aquellas buscan dar acceso al crédito a distintos sectores de la economía, con los recursos transferidos en cumplimiento del Decreto Legislativo 492 de 2020.

En cuanto al juicio de conexidad externa, esa entidad afirmó que las medidas adoptadas por el Decreto Legislativo en estudio, en adelante DL, se relacionan claramente con los motivos que dieron lugar al estado de emergencia declarado en virtud del Decreto 637 de 2020. Su propósito es conjurar y mitigar los efectos de la emergencia mediante el uso óptimo de las garantías otorgadas por el FNG y el fortalecimiento de las relaciones crediticias de las empresas que han sufrido los efectos adversos de la crisis. La finalidad del instrumento es dotarlas de la liquidez que requieren para hacer frente a las obligaciones adquiridas.

En cuanto al juicio de finalidad, expuso que el estado de emergencia declarado mediante el Decreto 637 de 2020 tiene como uno de sus presupuestos fácticos la grave crisis económica derivada de la pandemia. En tal sentido, las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo que se estudia están destinadas a conjurar esa emergencia y a impedir la extensión de sus efectos. Aquellas, modifican el diseño institucional del FNG en cuanto a la toma de decisiones con el fin de optimizar el uso del capital estatal invertido en el fortalecimiento patrimonial del FNG y permitir el flujo del crédito a las empresas y las personas naturales afectadas por la emergencia. Según lo expuesto, son instrumentos que le otorgan al Gobierno facultades para administrar y definir las directrices relacionadas con las líneas de crédito garantizadas por el Fondo, con el propósito de cubrir un mayor grupo de sectores de la economía afectados por la situación. Además, busca contar con parámetros de evaluación adicionales como los fiscales y macroeconómicos, para ampliar las fuentes de información en el análisis de riesgo de las operaciones financieras a realizar.

Ahora bien, en lo que respecta al juicio de necesidad, alegó que la modificación que propone

el DL sobre la Junta Directiva del FNG, responde a requerimientos legales y fácticos. En efecto, en la medida en que, al tratarse de una entidad netamente comercial, la toma de decisiones sin el Decreto en estudio, tendría una serie de limitaciones que impedirían el cumplimiento de los objetivos necesarios para mantener el flujo del crédito que se requiere para conjurar los efectos de la crisis. De esta suerte, la modificación legal propuesta en el decreto resulta necesaria para permitir que las decisiones sobre las garantías emitidas por el Fondo, específicamente para enfrentar los efectos económicos adversos ocasionados por la pandemia, sean tomadas de acuerdo con los siguientes criterios: (i) oportunidad; (ii) intereses no sólo comerciales, sino también consideraciones fiscales y macroeconómicas; y, (iii) nuevas estrategias de aprovechamiento de recursos públicos necesarios para la atención de los efectos económicos ocasionados por la pandemia.

Por último, concluyó que las medidas resultan ajustadas al juicio de proporcionalidad porque son necesarias, idóneas y conducentes para contribuir a conjurar la grave situación económica nacional derivada de la emergencia sanitaria. En consecuencia, la normativa analizada no afecta derechos constitucionales, sino que busca garantizarlos y materializarlos, al permitir que el Comité de Garantías del FNG considere diversos aspectos al momento de definir sus políticas, de manera tal que ofrezca productos que permitan enfrentar las consecuencias adversas que ha generado la pandemia por el COVID-19, en la economía de las empresas y de los hogares colombianos.

2.2. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)

El representante legal de la ANDI solicitó a esta Corporación declarar la EXEQUIBILIDAD del Decreto Legislativo 816 de 2020, al considerar que cumple con los requisitos formales y materiales que acreditan su constitucionalidad.

Así, en cuanto a la conexidad interna, sostuvo que las medidas propuestas en el decreto se relacionan directamente con las consideraciones y motivaciones expuestas en los párrafos 26 a 42 de la parte motiva del mismo. En lo que concierne a la conexidad externa, afirma que la normativa está estrechamente vinculada con los hechos que dieron lugar a la declaración del estado de emergencia y con las medidas para atender sus consecuencias adversas.

Sobre el juicio de necesidad, argumentó que las medidas adoptadas en el decreto hacen referencia a disposiciones que tienen origen en normas con fuerza de ley, por lo que ellas solo podían ser modificadas por normas del mismo rango, lo que hacía necesaria jurídicamente la expedición del DL. Además, la urgencia de tales instrumentos no permitía acudir a los medios ordinarios existentes para el efecto.

Asimismo, el DL cuenta con motivación suficiente para su expedición. Tal y como se ha mencionado, en los párrafos 26 a 42 de la parte considerativa se puede ver que “(...) el Presidente de la República y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público hicieron una evaluación detallada de la situación en lo que respecta con las cargas de los empresarios y su necesidad de acceder al crédito con el respaldo de una entidad estatal que esté dispuesta a garantizarlos”. Finalmente, el interviniente expuso que el decreto analizado no contiene disposiciones arbitrarias o que vulneren el núcleo de algún derecho fundamental, afecten derechos intangibles o desmejoren los derechos sociales de los trabajadores.

2.3. Centro Externadista de Estudios Fiscales del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia

El interviniente solicitó la declaratoria de INCONSTITUCIONALIDAD del Decreto 816 de 2020, por considerar que no se demostró en su parte motiva ni en las distintas pruebas allegadas al proceso, que las medidas que en él se adoptan son necesarias, proporcionales y eficaces para enfrentar realmente la crisis económica derivada de la pandemia por el COVID-19.

Al respecto, aseguró que, contrario a lo dispuesto en la Sentencia C-200 de 2020 en la que se declaró exequible el Decreto 492 de 2020, las modificaciones al funcionamiento del FNG no aseguran que los recursos destinados para brindar líneas de crédito a los empresarios y personas naturales afectadas por la pandemia, hayan llegado o lleguen efectivamente a dichos actores, esto es al “público que lo necesita”. Bajo ese entendido, no se ha hecho un verdadero estudio o no se han expresado razones que permitan demostrar la conexidad, necesidad y finalidad de las medidas analizadas con la situación.

Expuso que el DL al crear el Comité de Garantías y definir que este determinará la política general que debe seguir el FNG, junto con las prioridades, los programas y el sector, le otorgó al Gobierno, a través de este organismo interno, una potestad discrecional “sumamente amplia” y “sin ningún tipo de priorización legal”, pues las normas no

“establecen criterios concretos” que permitan asegurar que “los recursos van a llegar a las personas vulnerables afectadas”. Por ende, la normativa estudiada no demuestra que efectivamente su finalidad sea conjurar los efectos adversos de la crisis económica derivados de la pandemia.

A su vez, el Centro en mención manifestó que es evidente lo “desbordadas” que son las competencias otorgadas al Comité de Garantías, al analizar el contenido del párrafo 2° del artículo 1°, en el cual se establece que una vez superada la emergencia, los recursos del FNG se podrán usar para respaldar su participación como fiador o garante de toda clase de operaciones activas de las instituciones financieras u otras instituciones que realicen operaciones de crédito, con cualquier persona natural o jurídica. Además, en el mismo párrafo, consagra la posibilidad de que el Comité de Garantías delegue las funciones que el DL le asigna, a cualquier otro órgano de la administración del FNG.

Por todo lo anterior, concluye la interviniente que las facultades otorgadas al Comité no solo no concretan el uso de los recursos establecidos en el Decreto 492 de 2020 a un destino exclusivo ligado con la pandemia, sino que “dejan de manera general estas potestades a un comité que no cuenta con directrices ni priorizaciones legales definidas”. En consecuencia, se trata de una normativa que no está dirigida a solventar la crisis en los sectores más necesitados, con la aplicación de las medidas previstas.

3.4. Departamento de Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia

El interviniente solicitó a esta Corporación declarar EXEQUIBLE el Decreto Legislativo 816 de 2020. Consideró que las medidas que contiene en materia de otorgamiento de garantías por parte del FNG a sectores específicos y afectados por las consecuencias económicas del COVID-19, fueron dictadas para conjurar las necesidades de carácter económico y social que generó la pandemia para las empresas, especialmente, en lo relacionado el acceso al crédito bancario o la emisión de deuda dentro del mercado de valores.

Al respecto, la interviniente sostuvo que el DL cumple con todos los requisitos formales y materiales para ser considerado constitucional, pues la emergencia ha provocado afectaciones de carácter económico y financiero en el mundo, que han generado problemas de liquidez en todos los sectores empresariales. La consecuencia de esta situación es que

algunas entidades financieras adopten medidas restrictivas para el otorgamiento de créditos. Por ende, consideró que los instrumentos consagrados en el artículo 1º del DL analizado buscan otorgar garantías estatales para incentivar que las instituciones financieras públicas y privadas, otorguen créditos a los sectores económicos afectados por el COVID-19. Esta población, según la institución, necesita “(...) de forma urgente liquidez para hacerle frente a la compleja situación económica y de demanda que aqueja en este momento tanto a Colombia como al resto del mundo”.

Sobre la creación y funciones asignadas al Comité de Garantías del FNG, afirmó que se trata de una medida necesaria, ya que a través de los artículos 3º y 4º del Decreto 492 de 2020, se destinaron recursos, tanto del Presupuesto General de la Nación como de entidades públicas de carácter financiero para atender la emergencia. Bajo ese entendido, se requería un órgano independiente, que no haga parte de la estructura orgánica del Fondo, para administrar esos recursos y reducir los conflictos de intereses entre la entidad y el órgano veedor de la misma, por medio del establecimiento de criterios más eficientes en la destinación de los recursos y en el seguimiento y control de los mismos.

Finalmente, sobre el artículo 2º del DL, consideró que recoge los criterios mínimos establecidos por las leyes en materia de protección de datos financieros y no financieros, con el propósito de determinar responsabilidades en el manejo de las bases de datos y la información que en ellas reposa, por lo que es constitucional.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación solicitó a esta Corporación declarar EXEQUIBLE el Decreto 816 de 2020, por cumplir con los requisitos constitucionales y legales necesarios para acreditar su constitucionalidad.

Luego de destacar el cumplimiento de todos los requisitos formales, la Vista Fiscal se pronunció sobre el juicio de conexidad. Indicó que existe una relación directa y específica entre las medidas destinadas a fortalecer al FNG, (que permiten un mayor acceso al crédito), y las razones que dieron lugar a declarar la emergencia económica, social y ecológica, ante la crisis económica existente. Agregó que esa motivación fue expresa en la parte considerativa del DL y está directamente relacionada con las medidas dispuestas en el articulado, que buscan conceder al Gobierno “(...) herramientas para optimizar el uso del

capital de propiedad estatal para respaldar los créditos que tomen las empresas para dotarlas de liquidez”.

Para el Ministerio Público, el decreto objeto de estudio supera el juicio de finalidad porque sus disposiciones son idóneas para mitigar el impacto económico derivado de la propagación del contagio, en consideración a que “(...) la creación de un Comité [...], la ampliación de los sujetos que pueden adquirir las garantías y el acceso a bases de datos para medir el riesgo de las transacciones, son medidas para evitar la expansión de los efectos de la crisis provocada por el COVID-19 en materia de empleo y de afectaciones económicas sobre las empresas”.

Lo mismo ocurre con los juicios de motivación suficiente y de necesidad. En el primer caso, concluye que la parte considerativa contiene razones que justifican la adopción de cada una de las medidas previstas en la norma estudiada. En el segundo, se cumple el juicio enunciado, porque si el Estado no emite garantías para respaldar las operaciones financieras de los bancos, menos personas podrían acceder al crédito. Jurídicamente, además, el Presidente de la República no tiene competencias normativas ordinarias para determinar los órganos superiores de dirección y administración de entidades descentralizadas. Tampoco las tiene para ampliar los sectores beneficiarios de las garantías que expida el Fondo Nacional de Garantías.

Al referirse al juicio de no contradicción específica, señaló que “(...) no se evidencia ninguna contradicción entre el Decreto 816 de 2020, la Constitución Política y los tratados internacionales”. Agregó que “(...) la recuperación económica de las empresas por medio de la garantía de créditos, tiene fundamento constitucional en el artículo 334 de la Constitución, pues supone un instrumento de intervención económica para efectos de reactivar las empresas a través del otorgamiento de créditos para efectos de materializar la iniciativa privada y las libertades económicas, de conformidad con el artículo 333 de la Constitución”. También se pronunció específicamente sobre el deber de las entidades públicas que integran el Comité de entregar la información financiera, comercial, crediticia y de servicios al Fondo, para que este pueda realizar una adecuada valoración del riesgo y realizar el diseño para el otorgamiento de garantías. Advirtió que el tratamiento de esta información “(...) se manejará conforme a las normas de la Ley 1581 de 2012, es decir respetando los derechos a la protección de datos personales de la información, y de conformidad con los Principios para el

Tratamiento de Datos Personales establecidos en el artículo 4 de la misma ley”. La normativa, según la Vista Fiscal, no incluyó medidas que afecten la competencia del Congreso para reformar, derogar o adicionar este o cualquier otro decreto legislativo. Tampoco incorporó alguna disposición que implique la desmejora de los derechos sociales de los trabajadores.

En lo relativo a los juicios de ausencia de arbitrariedad e intangibilidad, argumentó que las medidas previstas en el decreto “(...) no contienen un impacto sobre los derechos fundamentales, puesto que (...) únicamente tienen contenido económico y financiero en aras de lograr el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías y las condiciones para otorgar créditos”, ni “(...) implican suspensiones de los derechos intangibles”.

Sobre el juicio de incompatibilidad, precisó que no modifica ni suspende disposiciones del ordenamiento jurídico ordinario y, por lo tanto, cumple este requisito. Finalmente, supera el juicio de proporcionalidad porque: (i) no incluye medidas que restrinjan o limiten los derechos y garantías constitucionales; (ii) sus disposiciones “(...) no resultan excesivas en relación con la naturaleza de la emergencia que se pretende conjurar y es potencialmente beneficiosa para la población vulnerable afectada por la crisis”, y (iii) los beneficios del decreto son mayores que sus restricciones.

V. PRUEBAS RECAUDADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante Auto del 26 de junio de 2020, la Magistrada Sustanciadora ordenó oficiar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Superintendencia Financiera de Colombia para que resolvieran una serie de interrogantes, con el fin de aclarar el contenido y alcance del Decreto 816 de 2020.

En cumplimiento de esa orden, la Secretaría Jurídica de la Presidencia allegó dos informes al proceso constitucional. Uno suscrito por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, otro signado por la Superintendencia Financiera de Colombia en los que se resuelven los interrogantes formulados en la providencia indicada. A continuación, la Sala reseñará ambos escritos, de manera conjunta, aunque enfatizará separadamente aquellos aspectos divergentes o complementarios entre los intervinientes.

(i) Objeto social y régimen jurídico del FNG. La Superintendencia Financiera de Colombia

señaló, que de acuerdo con el artículo 240 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), el objeto social del FNG consiste, de manera principal pero no exclusiva, en obrar como fiador o garante de toda clase de operaciones activas, sin que se encuentre facultado para otorgar créditos.

Así, en principio, no se genera por parte del FNG un desembolso de recursos, sino la emisión de una garantía, que se hace efectiva, sólo si el cliente incumple con el pago de sus obligaciones. En consecuencia, los recursos que se desembolsan al deudor provienen directamente de la entidad o institución financiera que otorga el crédito.

(ii) Diseño institucional, orden corporativo y toma de decisiones internas en el FNG, antes del Decreto 816 de 2020. Las entidades destacaron los elementos relevantes del diseño institucional del FNG:

a. (a) Los órganos de la administración del FNG están regulados, en principio, por “(...) las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (...) las normas concordantes del Código de Comercio y los estatutos sociales del propio Fondo”. Por ende, de acuerdo con el artículo 240 del EOSF, el FNG es una sociedad anónima de carácter mercantil y de economía mixta del orden nacional, que conforme a la Ley 489 de 1998, cuenta con una dirección y administración que están a cargo de su Junta Directiva y de su Presidente. Tales órganos directivos, junto con la Asamblea de Accionistas, tienen estipuladas sus funciones en la Ley 489 de 1998, el Código de Comercio, el EOSF y los estatutos sociales de la entidad.

(b) En materia estatutaria, le corresponde a la Asamblea General de Accionistas del FNG “[t]razar la política general”; mientras que a la Junta Directiva del Fondo le compete: “1. Formular” la política general, así como “los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica del Presupuesto, deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y, a través de éstos, al Plan Nacional de Desarrollo [...]”. Además, “2. Señalar los sectores o programas a atender como política del FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A., en armonía con las prioridades que se identifiquen para el desarrollo de las políticas del Gobierno Nacional. [...] 6. Definir de acuerdo con la ley las características de las garantías, de las operaciones de reafianzamiento y otros que emita el FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A.”.

(c) En términos generales, la Junta Directiva del FNG tiene las siguientes responsabilidades

principales: formular la política general; los planes y programas que conforme a las Leyes Orgánica de Planeación y de Presupuesto deban proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y al Plan Nacional de Desarrollo; examinar y definir la estrategia corporativa, el plan financiero, el plan de administración de riesgos, entre otros, y señalar los sectores o programas que debe atender como política del FNG, en armonía con las prioridades que identifique el Gobierno Nacional; definir las características de las garantías de las operaciones de refinanciamiento y demás operaciones en desarrollo del objeto social, de acuerdo con la ley.

El Presidente del FNG cumple con las funciones generales de: dirigir y coordinar lo relacionado con el control de límites de riesgo de la entidad, en especial lo asociado al riesgo de garantías; someter a la aprobación de la Junta Directiva la propuesta sobre políticas de administración de riesgo de tales garantías; dirigir la implementación de esas políticas y adoptar el reglamento de garantías, entre otras funciones adicionales.

(d) En relación con el régimen de responsabilidad de estos administradores sociales, se les aplican las reglas de las sociedades de economía mixta. Lo que quiere decir que los integrantes de la Junta Directiva del FNG cumplen funciones públicas y están sometidos al mismo régimen de deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, independientemente de su condición de servidores públicos o particulares. También se les aplica el Código de Comercio y, en particular, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que establece que “(...) los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, así como que, sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad y observando los intereses de sus asociados”. En efecto, ante la supervisión y el control de la Superintendencia de Sociedades, deben cumplir con los principios de buena fe (que exige la satisfacción de los requerimientos de la actividad de la sociedad) y de lealtad, a fin de realizar cabalmente el cumplimiento del objeto social de la empresa.

(e) En materia de toma de decisiones, hay algunas observaciones legales que deben ser tenidas en cuenta como limitaciones a dichas actuaciones. Según el artículo 240 del EOSF y el artículo 5 de los estatutos de la entidad, el FNG está autorizado para “(...) atender entre otros, los sectores de comercio, servicios, industrial, agroindustrial y exportador, [u]otros sectores o programas, de conformidad con las prioridades que se identifiquen para el

desarrollo de las políticas del Gobierno Nacional o las que señale la Junta Directiva” (subrayas fuera del original).

Recientemente, el Decreto Legislativo 492 de 2020 señaló que solo podían darse garantías emitidas con base en los recursos previstos en ese decreto y dirigidos al fortalecimiento del FNG, para el caso del acceso al crédito de personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica, causados por los hechos que motivaron la emergencia económica. Esa normativa también estableció que las garantías otorgadas con el respaldo patrimonial de los recursos provenientes de las operaciones previstas en los artículos 3° y 4°, exigían para su aprobación, del voto favorable del Ministro de Hacienda. No obstante, ambos aspectos fueron derogados por el DL 816 de 2020, que es objeto de análisis constitucional.

(iii) Insuficiencia de la legislación previa para atender la emergencia. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifestó que la regulación existente con anterioridad al DL analizado era insuficiente para atender la emergencia ocasionada por la pandemia y que se requería la expedición del decreto legislativo enunciado para superar las limitaciones previstas en la norma anterior. Las razones que presentó ese Ministerio para sustentar la necesidad del ajuste legislativo descrito fueron las siguientes:

(a) El régimen de responsabilidad de los miembros de Junta Directiva y sus actuaciones, exige que las decisiones que se tomen tengan siempre como norte, bajo los criterios de buena fe y lealtad, el interés comercial de la sociedad. Y en la coyuntura actual, existe la posibilidad de que algunas decisiones con respecto al otorgamiento de garantías se den en un escenario de incertidumbre, lo que no le permite a una sociedad con intereses comerciales, asumir con libertad un riesgo real frente a tales transacciones.

(b) Las garantías otorgadas con base en los recursos a los que hace referencia el Decreto 492 de 2020 tienen como propósito mitigar el riesgo percibido por los intermediarios financieros, a fin de permitir el flujo del crédito a sectores que han sufrido efectos económicos adversos con ocasión de la pandemia. Sin embargo, los análisis que el Gobierno Nacional hace para el establecimiento de los programas de garantías en esta coyuntura no son estudios meramente comerciales y de beneficio empresarial, también son fiscales y macroeconómicos, ante el interés de mantener el flujo de los recursos en la economía y

evitar el racionamiento del crédito.

(c) El esquema de toma de decisiones corporativas con el voto del Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado fue un procedimiento necesario para la adopción de líneas de garantía en el marco del Decreto 492 de 2020. Sin embargo, las decisiones que se tomaron tuvieron innecesariamente una doble instancia, situación que hizo difícil la implementación oportuna de las garantías que se requieren para mantener activas las relaciones crediticias.

(d) Una de las estrategias del Ejecutivo para hacer frente a la emergencia ocasionada por la pandemia del COVID-19 y a la percepción de riesgo al crédito de los diferentes agentes del mercado, determinó su decisión de optimizar el capital de las entidades financieras con participación estatal y fortalecer el FNG. No obstante, dado que los propósitos económicos del Gobierno Nacional no son los mismos que los de una empresa, se trata de modificaciones e implementación de decisiones que dentro del contexto institucional tradicional del FNG no se pueden hacer. Tal situación implicaría o bien la realización de Asambleas Generales de Accionistas de forma permanente o la modificación de los estatutos sociales para establecer directrices puntuales al accionar de la Junta Directiva y los administradores. En ausencia de autorización legal, los intereses de la empresa priman además sobre los de los accionistas, acorde con el Código de Comercio.

(iv) Pertinencia y necesidad del Decreto 816 de 2020. En consideración a lo previamente mencionado, sin el DL no es posible que se aprovechen en forma oportuna los recursos públicos aportados patrimonialmente al FNG para conjurar la crisis, y que se instauren coordinadamente estrategias contra-cíclicas para atender la coyuntura económica, que resultan de interés nacional. Las modificaciones introducidas por la normativa materializan la inserción de apreciaciones fiscales y macroeconómicas al análisis necesario para el otorgamiento de las garantías creadas en el marco del Decreto 492 de 2020. Se trata de un esfuerzo para superar las apreciaciones meramente comerciales, pues, por un lado, se faculta al Comité de Garantías a trazar la política general del FNG frente a estos recursos dirigidos a soportar las garantías que se den a personas naturales y jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica debido al COVID 19; y, por otro lado, se libera de responsabilidad a los miembros de la Junta Directiva del FNG, en relación con las decisiones que tome el Comité de Garantías.

La Superintendencia Financiera argumentó que la creación del Comité de Garantías como un órgano técnico de coordinación, seguimiento y evaluación con funciones particulares en el marco del fortalecimiento del FNG establecido por el Decreto 492 de 2020, “(...) no va en desmedro de la estructura interna del FNG en la toma de decisiones, sino que, por el contrario, al contar adicionalmente con un órgano particular encargado única y fundamentalmente de encaminar los recursos derivados del fortalecimiento patrimonial al cumplimiento de los fines para los cuales fueron destinados, le permite a su Junta directiva y demás dependencias, continuar con el cumplimiento normal de las labores que de acuerdo con su objeto social venía desarrollando, con las mismas competencias y facultades”. Para el Ministerio de Hacienda, las facultades conferidas al Comité de Garantías se predicen exclusivamente de las garantías focalizadas a personas naturales o jurídicas que hayan tenido efectos adversos en la economía por el COVID.

Por otra parte, para el Ministerio de Hacienda, el artículo 1º, literal b), del Decreto 816 de 2020 no altera lo dispuesto en el artículo 240 del EOSF al señalar que el Fondo “(...) estará facultado para otorgar garantías sobre créditos y otras operaciones activas que se contraigan (...) a favor de entidades que no posean la calidad de intermediarios financieros”. Es decir, según el EOSF se pueden garantizar operaciones de crédito entre cualquier clase de persona natural o jurídica que sea deudor de instituciones financieras o de entidades que no posean la calidad de intermediarios financieros. En ese sentido, si bien el artículo 1 (b) del DL señala que el FNG podrá participar como fiador o garante de toda clase de operaciones activas de las instituciones financieras y otras instituciones que realicen operaciones de crédito con personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos por la emergencia, lo puede hacer con “(...) cualquier clase de persona natural o jurídica que sea deudor de instituciones financieras o de otras entidades que no posean la calidad de intermediarios financieros, siempre que tales personas hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica por la pandemia del nuevo coronavirus COVID -19” (énfasis originales). De esta manera, la modificación introducida por el DL analizado no faculta al FNG a garantizar operaciones de crédito de deudores que sean intermediarios financieros.

En la misma línea, la Superintendencia Financiera considera que lo previsto en el literal b) del artículo 1 del Decreto 816 de 2020, se encuentra en armonía con el artículo 240 del EOSF, puesto que la modificación no faculta al FNG para garantizar operaciones de crédito de los intermediarios financieros.

(v) Controles a la Gestión del Comité de Garantías. En cuanto a los controles a los que está sujeto el Comité para evitar que la toma de decisiones crediticias sea arbitraria o lesiva para el patrimonio público, las entidades expresaron que todos los miembros de ese cuerpo colegiado son funcionarios públicos. En ese orden de ideas, sus actuaciones y sus decisiones son objeto de “(...) revisión por todos los entes de control de conformidad con el régimen legal aplicable”. Además, “(...) el Fondo Nacional de Garantías es una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia de acuerdo con el EOSF y por lo tanto sus actuaciones también son supervisadas por esa entidad”.

Aunado a lo anterior, la gestión del comité está limitada por la regulación de las entidades financieras, que no se exceptúa o inaplica, por lo que al continuar con el propósito establecido en los Decretos Legislativos 492 y 816 de 2020, las actuaciones del Comité de Garantías tienen como objetivo mantener las relaciones crediticias de los diferentes agentes económicos, con el fin de que las instituciones financieras puedan proporcionar liquidez a la economía. Así, el Comité de Garantías está sujeto a las restricciones fiscales dadas por el patrimonio del FNG que sirve de soporte a las líneas de garantías creadas para la coyuntura. Se trata de un riesgo que es compartido entre el FNG y las entidades financieras que prestan a las empresas o personas naturales, ya que la medición del “riesgo crediticio” le compete exclusivamente al establecimiento de crédito, dado que la toma de decisiones crediticias no es competencia del FNG. En todo caso, se trata de riesgos que son identificados, medidos, gestionados y controlados por las entidades correspondientes, de acuerdo con sus responsabilidades y su misión.

En ese sentido, como las disposiciones del Decreto 816 de 2020 se destinan exclusivamente a conjurar la emergencia económica y social causada por el COVID-19 y a impedir la extensión de sus efectos, el Ministerio de Hacienda sostiene que dicha normativa solo es aplicable respecto a las garantías focalizadas en personas naturales y jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por la pandemia y cuyo respaldo patrimonial se haya dado por los recursos descritos en los artículos 3° y 4° del Decreto 492 de 2020. De ese modo, el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 816 de 2020 prevé “(...) un mecanismo por virtud del cual una vez superados los hechos que motivaron la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada por el por el Decreto 637 de 2020, la administración del Fondo Nacional de Garantías vuelve al estado de normalidad previsto por la legislación aplicable”. Al respecto, la Superintendencia Financiera manifestó que era

necesario, en efecto, “(...) optimizar el uso del capital de propiedad estatal que hace parte del patrimonio del FNG, para que dicho capital respalde la emisión de créditos garantizados por esa entidad, que a su vez permitan dotar de liquidez a empresas y personas naturales que se han visto afectados”. Así, era necesario determinar el uso que se le dará a los recursos públicos que hubieran ingresado al patrimonio del FNG una vez se superaran los hechos que motivaron la declaratoria de la emergencia indicada.

Para concluir, el Ministerio de Hacienda sostiene que con el Decreto 816 de 2020 se busca que el FNG centre su atención a la superación de la crisis generada por la pandemia, con los recursos asignados para el fortalecimiento de la institución garante, y no se genere ninguna modificación institucional permanente en el FNG.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte es competente para conocer del presente asunto, conforme al control automático de constitucionalidad en virtud de los artículos 215 (parágrafo) y 241-7 de la Carta. La normativa objeto de análisis es un decreto legislativo adoptado al amparo de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica.

Asunto por resolver y metodología de la decisión

2. Mediante Decreto Legislativo 637 de 2020, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario a partir de su expedición. Lo anterior con base en el crecimiento exponencial, imprevisible e incierto de la pandemia por el COVID-19 en Colombia y las afectaciones agravadas en la economía, derivadas de la prolongación de las medidas de aislamiento social necesarias para prevenir el contagio.

De hecho, a pesar de que se tomaron medidas idóneas para apoyar a la economía nacional dentro del periodo de emergencia decretado con anterioridad, dichas medidas resultaron insuficientes para superar la crisis derivada de la intensificación de la situación en materia sanitaria y económica. En particular, por el impacto creciente y negativo en el empleo, la disminución del Producto Interno Bruto, la caída de los precios del petróleo, la reducción de

las exportaciones, la afectación de las finanzas de las entidades territoriales y el deterioro definitivo de varios sectores productivos. Estas circunstancias exigieron una nueva declaratoria de emergencia.

3. Así, en desarrollo de esta normativa de emergencia, el Presidente de la República expidió el Decreto Legislativo 816 de 2020, el cual será analizado en esta oportunidad. Dicha normativa tiene como propósito establecer un marco regulatorio especial y preferente de reglas que autorizan al Gobierno a determinar las condiciones particulares para diseñar, orientar y controlar las líneas de crédito garantizadas por el FNG. Lo anterior, con base en la protección de los dineros transferidos a esa entidad en virtud del proceso de fortalecimiento institucional contenido en el Decreto Legislativo 492 de 2020. Todo, con miras a mantener activas las relaciones crediticias en la economía y garantizar su acceso a las personas naturales y jurídicas que han sufrido efectos adversos en su actividad económica por causa de la pandemia.

5. Para tal efecto, crea y define las reglas a las que se someterá el “Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19”, que opera de manera independiente de la estructura general del Fondo. Se trata de un órgano técnico que cumple dos funciones centrales pero diversas: (i) la coordinación y seguimiento del fortalecimiento patrimonial del FNG, respecto de los recursos resultantes de las operaciones descritas en los artículos 3° y 4° del Decreto 492 de 2020; y, (ii) el diseño, implementación, seguimiento y control de las líneas de crédito respaldadas por el FNG, creadas para personas naturales o jurídicas que han sufrido efectos adversos en su actividad económica con ocasión de la pandemia del COVID-19 (Art. 1). Lo anterior, sin perjuicio de las normas aplicables a la organización y funcionamiento del FNG, contenidos, entre otras, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -EOSF.

6. Por su parte, los literales a), b), c) y d) del artículo 1º del Decreto 816 de 2020, establecen las reglas del Comité para cumplir con su propósito. Entre ellas están las relacionadas con su independencia frente a la estructura general del FNG, el objeto de su labor, la descripción de las operaciones que le son autorizadas en materia de garantías, sus funciones generales y, en el tema de deberes y compromisos, la claridad de que la Junta Directiva del FNG no asume responsabilidad alguna por la toma de decisiones del Comité.

7. En esa misma línea, el párrafo 1º del artículo 1º le impone una directriz al órgano

técnico enunciado, en materia de aprobación y otorgamiento de las garantías, al señalarle que debe evaluarlas en conjunto, como parte de una política integral para solventar las necesidades sociales y económicas derivadas de la pandemia, y no de manera individual. Además, el párrafo le autoriza la realización de operaciones financieras, aun cuando al momento de su ejecución se esperen resultados adversos, sin rendimientos o con rendimientos negativos.

8. Con el propósito de limitar los riesgos, el artículo 2 autoriza a las entidades que forman parte del Comité de Garantías, a suministrarle los datos de que tratan las Leyes 1581 de 2012 y 1266 de 2008 al FNG, así como los documentos que contribuyan con el cumplimiento del objetivo previsto en la norma. Para ese efecto, especifica que tales datos e información sólo pueden ser usados para los fines establecidos en el DL y que frente a ellos se deben adoptar las medidas de seguridad, circulación restringida y confidencialidad que sean necesarias.

9. Por su parte, en el párrafo 2º del artículo 1º del decreto, determina la ruta a seguir con los recursos asignados al FNG en materia de fortalecimiento patrimonial en el evento en que se superen los hechos que motivaron la emergencia económica. Ante esa circunstancia, la norma autoriza un uso más amplio y extendido de esos recursos. Paralelamente, el mismo párrafo deja abierta la posibilidad de que se deleguen las competencias que la normativa le asigna al Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19 del FNG, a cualquiera de los órganos administrativos tradicionales del mismo Fondo.

10. Finalmente, en cuanto al artículo 3º, se destaca que deroga el inciso 2º del párrafo 2º del artículo 4º del Decreto 492 de 2020. Esa norma exigía que el Ministro de Hacienda diera su voto favorable a las decisiones de la Junta Directiva del FNG, para que tales determinaciones fueran aceptadas. Su derogatoria hace que las reglas en materia de toma de decisiones en estos temas sean las del Decreto 816 de 2020. Además, que la gestión del FNG pueda extenderse a otros sectores de la economía.

11. Revisadas brevemente las características generales del DL, ahora la Sala se referirá a las intervenciones ciudadanas en este proceso. En efecto, la mayoría de los intervinientes y el Ministerio Público estiman que el decreto cumple con los requisitos formales necesarios para avalar su constitucionalidad, ya que se trata de un decreto que: (i) lleva la firma del

Presidente de la República y de todos sus Ministros; (ii) se expidió en desarrollo del decreto que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional; (iii) fue proferido durante de la vigencia del estado de emergencia; y, (iv) está debidamente motivado, en tanto que su texto presenta razones para justificar las decisiones implementadas en la normativa.

En cuanto a los requisitos materiales exigidos por la Constitución y la ley para acreditar la correspondencia de sus disposiciones con la Carta, todos los intervinientes solicitan la declaratoria de exequibilidad del decreto, salvo el Centro de Estudios Fiscales del Externado que pide declararlo inexecutable. Tales posiciones se destacan de la siguiente forma:

Entidad

Síntesis

Decisión

Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

El uso óptimo de los recursos promovidos por el Decreto 492 de 2020 y las garantías otorgadas por el FNG, son un impulso al fortalecimiento de las relaciones crediticias de las empresas que han sufrido los efectos adversos de la crisis (motivación y finalidad). Además, el decreto es necesario, porque las limitaciones empresariales del FNG restringen el alcance de los objetivos propuestos. Habilita la reflexión sobre elementos macroeconómicos y fiscales junto con los comerciales, favorece el mantenimiento del flujo del crédito que se requiere. Además, cumple con la proporcionalidad, porque no modifica de manera permanente la estructura del FNG, ni su andamiaje institucional y normativo con la medida propuesta.

Exequible

El decreto legislativo cumple con las exigencias materiales y formales para ser declarado constitucional. Sus disposiciones son necesarias, porque las modificaciones introducidas por el Decreto 816 de 2020 solo podían hacerse por medio de ley. Cumple a su vez con los juicios de finalidad, conexidad y motivación.

Exequible

Centro de Estudios Fiscales Externado

Los cambios introducidos al funcionamiento del FNG, no aseguran que los recursos destinados a los empresarios y personas naturales afectadas por la pandemia lleguen efectivamente a dichos actores, por lo que el Decreto 816 de 2020 no cumple los juicios de conexidad, necesidad y finalidad de las medidas. Tampoco supera las exigencias de proporcionalidad, porque con la medida se le otorgó al Gobierno una potestad discrecional “sumamente amplia” y “sin ningún tipo de priorización legal”. El parágrafo 2° del artículo 1°, regula circunstancias que van más allá del momento en que se superan los hechos que dieron origen a la pandemia.

Inexequible

Departamento de Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia

Las medidas que contiene el decreto en materia de otorgamiento de garantías por parte del FNG a sectores específicos, buscan conjurar las necesidades de carácter económico y social que generó la pandemia para las empresas, especialmente, en lo relacionado con la facilidad de acceder al crédito bancario o de realizar emisiones de deuda dentro del mercado de valores (finalidad, conexidad y motivación). Se busca que las garantías estatales generen incentivos para que las instituciones financieras públicas y privadas, otorguen créditos a los sectores económicos afectados. Se trata de una medida necesaria, ya que en virtud del Decreto 492 de 2020 se destinaron recursos para atender la emergencia y se requería un órgano independiente, que no se encuentre dentro de la estructura orgánica del Fondo, para administrar esos recursos y reducir los conflictos de intereses que se pueden presentar por el perfil de la entidad. El artículo 2° respeta las normas legales en cuanto al manejo de datos.

Exequible

Procurador General de la Nación

El decreto sí cumple con las exigencias de conexidad, finalidad, motivación y necesidad ya que la medida, destinada a fortalecer al FNG, busca conceder al “Gobierno herramientas para

optimizar el uso del capital de propiedad estatal para respaldar los créditos”, y si el Estado no emite garantías para respaldar las operaciones financieras de los bancos, menos personas podrían acceder al crédito. Además, el Presidente no tiene competencias ordinarias para establecer o modificar los órganos superiores de administración de las entidades descentralizadas ni para determinar los beneficiarios concretos de las garantías. La normativa supera el juicio de proporcionalidad y el artículo 2 se acoge a las normas pertinentes en lo que respecta al manejo de datos personales.

Exequible

12. Con base en estas consideraciones, le corresponde a la Sala definir si ¿las medidas adoptadas por el Decreto Legislativo 816 de 2020, relativas a la definición de un marco especial de autorizaciones para el Fondo Nacional de Garantías para dar acceso al crédito a quienes se han visto afectados económicamente por la pandemia; la definición del marco de acción del Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19 y la autorización al FNG para recibir información sensible para evaluar riesgos en su operación, se ajustan o no a la Constitución?.

Para responder este interrogante, la providencia adoptará la siguiente metodología: en primer lugar, reiterará brevemente el precedente sobre el parámetro de control judicial aplicable y los requisitos formales y materiales exigibles para evaluar la constitucionalidad de los decretos de desarrollo, al amparo de una emergencia económica, social y ecológica. En segundo lugar, revisará brevemente algunos aspectos temáticos como la intervención del Estado en la economía y la función de regulación de las actividades financieras. Luego evaluará algunos aspectos sobre el Fondo Nacional de Garantías. En tercer lugar, la providencia analizará el contenido general del DL y su alcance normativo, para finalmente, realizar el control constitucional de la norma revisada, desde una perspectiva formal y material

Alcance del control judicial de los decretos expedidos al amparo del estado de emergencia económica, social y ecológica. Reiteración jurisprudencial

13. El ordenamiento superior impone una serie de requisitos y condiciones que deben cumplirse en los decretos legislativos que declaran el estado de excepción y en aquellos que prevén las medidas legales extraordinarias para hacer frente a la crisis, conocidos

usualmente como decretos de desarrollo. Estos requisitos y condiciones son los que justifican la competencia de la Corte para verificar la compatibilidad de los decretos con la Constitución, ya que, a pesar de que los estados de excepción son mecanismos extraordinarios que surgen de valoraciones que efectúa el Presidente de la República como Jefe de Gobierno y de Estado, deben someterse a las condiciones de validez tanto formales como materiales exigidas por la Carta.

14. Sobre la caracterización general de los estados de excepción y, en particular, del estado de emergencia económica, social y ecológica, su fundamento y alcance del control judicial en los decretos expedidos a su amparo, se ha pronunciado esta Corporación en múltiples oportunidades y, en especial, en el marco de la primera declaratoria de emergencia económica, social y cultural adoptada mediante el Decreto 417 de 2020, para proferir decretos con fuerza de ley dirigidos a conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos y consecuencias adversas generadas por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19. Por esa razón, la Sala reitera su jurisprudencia y se remite a dichas sentencias, no sin antes insistir en los puntos centrales del estudio que ocupará la Sala en esta oportunidad.

16. El examen material comprende un conjunto de requisitos que surgen de la Constitución y la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, que la jurisprudencia constitucional ha denominado juicios y sistematizado así: (i) el juicio de finalidad, de acuerdo con el cual 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; (ii) el juicio de conexidad material, que pretende determinar si las medidas adoptadas en los decretos legislativos guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción y con las consideraciones expresadas por el Gobierno para motivar los decretos de desarrollo correspondientes; (iii) el juicio de motivación suficiente, que busca establecer si las razones presentadas por el Presidente de la República resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas; (iv) el juicio de ausencia de arbitrariedad, el cual tiene por objeto comprobar que en los decretos legislativos no se establezcan medidas que vulneren el núcleo esencial de los derechos fundamentales, que interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado o que supriman o modifiquen los organismos y las funciones de acusación y juzgamiento; (v) el juicio de intangibilidad, que verifica que los decretos legislativos no restrinjan los derechos que han sido caracterizados como “intocables” ni los mecanismos

judiciales para su protección; (vi) el juicio de no contradicción específica, que tiene por objeto determinar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos no se opongan a la Constitución; (vii) el juicio de incompatibilidad, según el cual la suspensión de nomas ordinarias debe estar fundamentada en las razones por las cuales estas son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción; (viii) el juicio de necesidad, que implica que las medidas que se adopten en los decretos legislativos sean indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción; (ix) el juicio de proporcionalidad, que exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción sean respuestas equilibradas con respecto a la gravedad de los hechos que causaron la crisis; y (x) el juicio de no discriminación, que examina que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no impongan tratos diferentes injustificados.

Medidas de intervención económica y la regulación de las actividades financieras

17. De acuerdo con las premisas establecidas por la Carta en materia de intervención económica, la dirección general de la economía se encuentra a cargo del Estado, y aunque la iniciativa privada y la actividad económica son libres, deben ejercerse en los términos que disponga la ley. En este sentido, la intervención del Estado en las actividades financiera, bursátil y aseguradora o en cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, está reconocida en la Carta en los artículos 150, numeral 19 literal d), 189, numeral 25, y en los artículos 334 y 335.

En virtud de estas disposiciones, el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración en estas materias, y dentro del reparto de competencias entre el Congreso y el Presidente, es al primero a quien le corresponde señalar las pautas de regulación de las actividades financieras (generalmente a través de leyes marco), mientras que al segundo le compete seguir las directrices legales y ejercer su potestad reglamentaria, a partir de aquellas.

18. Ahora bien, al admitir el papel macroeconómico que la captación de dinero desempeña en el manejo del ahorro, el crédito, el flujo de capital y su impacto en el desarrollo y bienestar de la sociedad, es necesario reconocer que la actividad financiera resulta ser sin duda alguna, de interés público. Bajo esa óptica, ella está involucrada en “(...) la ecuación ahorro-inversión que juega un papel fundamental en el desarrollo. Por lo que, cualquier

actividad que implique intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal”. La exigencia de autorización del Estado prevista en el artículo 335 de la Constitución, cuando se trata de este tipo de actividad, encuentra su fundamento en el hecho de que en el mercado financiero se “comprometen el orden público económico y los intereses particulares (...); lo que exige [asegurar] la confianza plena en el sistema”, a fin de propender por la distribución equitativa de las oportunidades y promover la democratización del crédito.

19. En ese escenario, las personas jurídicas públicas o privadas que tengan por objeto el desarrollo de actividades financieras relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos de captación, deben cumplir con sus compromisos reglados y reunir las condiciones que exige el Estado para el despliegue de su actividad. Lo anterior, con base en los lineamientos legales que les corresponden y que están contenidos, por lo menos en el caso colombiano, y de manera genérica, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, a pesar de existir otras disposiciones relevantes.

Tales directrices jurídicas buscan sentar las bases para que se ejerza la actividad financiera, bursátil o aseguradora bajo condiciones de seguridad, transparencia y confianza, con la convicción de que las entidades involucradas están debidamente reguladas, controladas y vigiladas por el Estado.

20. La preocupación del Legislador por la estabilidad macroeconómica le exige actuar en la búsqueda del beneficio común. Por ello, “(...) la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común, se halla justificada, como un mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334)”.

En atención a esa consideración, las medidas del DL no deben ser leídas sólo como el resultado de la actividad del Legislador de excepción ante un estado de emergencia, sino también como la expresión o el despliegue de un mecanismo de intervención del Estado en la economía en tiempos de pandemia, que promueve condiciones concretas para la activación del crédito interno con recursos expresamente establecidos para el efecto, a partir de la creación de líneas de crédito y la focalización de garantías del FNG, en función de ciertos grupos de personas afectadas económicamente por la crisis derivada de la crisis.

21. Como el Fondo Nacional de Garantías es una entidad cuya regulación se nutre del

contexto constitucional y normativo previamente descrito, y en este caso es el artífice de esa política, a continuación, la Sala revisará algunos aspectos relacionados con la naturaleza de esa sociedad y expondrá detalles sobre sus límites legales, conforme a lo previamente enunciado.

El Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG

22. El Fondo Nacional de Garantías es una sociedad anónima de carácter mercantil y de economía mixta del orden nacional, vinculada originalmente al Ministerio de Desarrollo Económico (hoy al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), que, en virtud de su objeto social, debe ser reconocida como una entidad con objeto social de interés público, vigilada por la Superintendencia Financiera. El artículo 240 del EOSF modificado por el artículo 48 de la Ley 795 de 2003 da cuenta de esa naturaleza.

23. Ahora bien, dado que la entidad goza de un porcentaje mayoritario de capital público (más del 90% del patrimonio), le es aplicable el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado; y en materia contractual, le aplica el régimen de derecho privado.

24. Esta sociedad de economía mixta, puede ser definida entonces como una entidad autorizada por la ley, constituida bajo la forma de una sociedad mercantil, con aportes estatales y de capital privado, que desarrolla actividades de naturaleza industrial o comercial.

25. En ese sentido, el FNG permite el acceso al crédito de las micro, pequeñas, y medianas empresas, mediante el otorgamiento de las garantías bancarias correspondientes, ya que respalda financieramente los créditos otorgados por el sistema financiero a los pequeños empresarios. Sobre la naturaleza y administración del fondo, la Sentencia C-172 de 2009, explicó:

“[U]na sociedad anónima mercantil de economía mixta estatal del orden nacional. Fue creada en 1981 por el Decreto 3788 del 29 de diciembre de ese año y se encuentra vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Está sometida a la supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia a partir del 1° de enero de 2004. El Decreto 3788 de 1981 dispuso en su artículo 1º: “Autorízase al Instituto de Fomento Industrial y a la Corporación Financiera Popular para participar en la constitución de una sociedad comercial

que se denominará Fondo Nacional de Garantías, cuyo objeto será el de otorgar a nombre de las empresas de la pequeña y mediana industria manufacturera certificados de garantía a favor de los intermediarios financieros por los créditos que estos les concedan a largo y mediano plazo”.

Adicionalmente, el artículo 5º del Decreto 3788 de 1981 dispuso: “Los estatutos de la sociedad cuya constitución se autoriza por medio del presente decreto establecerán los demás aspectos relacionados con la organización y funcionamiento de la entidad.”

Mediante Decreto 1202 de 1994 el Gobierno Nacional aprobó la compilación de los estatutos de la sociedad en los cuales consta que la sociedad fue constituida por Escritura Pública número 130 del 16 de febrero de 1982 de la Notaría 32 de Bogotá. El artículo 9º del decreto precisa que “salvo disposición legal en contrario, el Ministerio de Desarrollo Económico ejercerá la tutela gubernamental sobre el FNG, conforme a lo establecido en las normas que regulan la materia”.

Es de anotar que el artículo 32 de los estatutos entregó la dirección y Administración de la entidad a la Asamblea General de Accionistas y a la Junta directiva, respectivamente, pese a lo cual, en aras de garantizar el ejercicio del control de tutela, el artículo 42 sometió a aprobación del Gobierno la modificación de los estatutos.

Al igual que el FNG, la dirección y administración del Fondo están a cargo de la Asamblea General de Accionistas y de la Junta Directiva, más su presidente. La Asamblea tiene a su cargo la reforma de los estatutos, sometida a la aprobación del Gobierno Nacional. De conformidad con el artículo 39, la junta directiva (...) decidirá las políticas generales de manejo de la entidad y determinará los reglamentos en que se establezcan los requisitos que deben cumplir los beneficiarios de los créditos”.

26. En cuanto al régimen jurídico de los servidores del FNG, es aplicable el de las empresas industriales y comerciales del Estado, esto es, se les considera a sus miembros trabajadores oficiales, salvo quienes desempeñan cargos directivos, quienes pueden ser considerados empleados públicos.

27. De otra parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 5 de diciembre de 2002 concluyó, que el FNG conforme a la Ley 489 de 1998, hace parte, además, de la Rama

Ejecutiva del Poder Público, del sector descentralizado.

29. Finalmente, el numeral 3º del citado artículo 240 del EOSF definió el objeto social del FNG, así:

“...Obrar de manera principal pero no exclusiva como fiador o bajo cualquier otra forma de garante de toda clase de operaciones activas de las instituciones financieras con los usuarios de sus servicios, sean personas naturales o jurídicas, así como actuar en tales calidades respecto de dicha clase de operaciones frente a otra especie de establecimientos de crédito legalmente autorizados para desarrollar actividades, sean nacionales o extranjeros, patrimonios autónomos constituidos ante entidades que legalmente contemplen dentro de sus actividades el desarrollo de estos negocios, las entidades cooperativas y demás formas asociativas del sector solidario, las fundaciones, las corporaciones, las cajas de compensación familiar y otros tipos asociativos privados o públicos que promuevan programas de desarrollo social.

El Fondo Nacional de Garantías S.A., dentro del giro ordinario de sus negocios, estará facultado para otorgar garantías sobre créditos y otras operaciones activas de esta naturaleza que se contraigan a favor de entidades que no posean la calidad de intermediarios financieros, por parte de personas naturales o jurídicas que obran como comercializadores o distribuidores de sus productos y bienes en el mercado. Se entenderán comprendidos dentro de las actividades propias de su objeto social, todas las enajenaciones a cualquier título que el FNG S.A. 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 que ejercite tendientes a obtener la recuperación de las sumas que hubiere satisfecho a los beneficiarios de las garantías (...).”.

30. En consecuencia, ahora el FNG tiene el deber de orientar sus esfuerzos hacia la viabilización de los instrumentos implementados por el DL 816 de 2020 para la adecuada gestión y administración de los recursos transferidos por el DL 492 de 2020. El propósito de dicha gestión es contribuir en la ampliación general del crédito a personas que han sufrido los efectos adversos en materia económica por la pandemia, y en el fortalecimiento de su labor de garante con el propósito de minimizar los efectos negativos de la crisis económica

en la sociedad.

Contenido y alcance del Decreto Legislativo 816 de 2020

31. En el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, declarado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, se expidió el DL 816 del 4 de junio de 2020.

A continuación, se presenta una breve descripción y comentarios sobre el contenido del DL.

Decreto 816 de 2020

Artículo

Descripción

Art. 1

Art. 1

El Decreto 816 de 2020 estableció el marco especial de autorizaciones para dar acceso al crédito, con los recursos transferidos en cumplimiento del Decreto 492 de 2020, a personas afectadas económicamente con ocasión de la pandemia. Determinó que, sin perjuicio de las normas aplicables al FNG y a su funcionamiento interno según el EOSF, en el caso de los recursos transferidos por el DL 492 del 2020, se aplicarían preferentemente las reglas que consagra la norma estudiada. El uso de la expresión preferente da cuenta de que las disposiciones del Decreto 816 de 2020 constituyen norma especial para la administración de dichos recursos, pero que en lo demás rigen las normas generales aplicables del régimen financiero.

El literal a) del artículo primero creó el llamado “Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19” y estableció las reglas que le corresponde seguir a este nuevo órgano. Esa disposición señaló cuál es su objetivo, sus integrantes, la habilitación legal al Ministerio de Hacienda para que reglamente sus funciones mediante resolución, y el carácter independiente que tiene en relación con el resto de la estructura general del FNG. A ese

colegiado le asignaron las funciones de: (a) ser el órgano técnico de coordinación, seguimiento y evaluación del fortalecimiento patrimonial y (b) el encargado del diseño, implementación, seguimiento y control de las líneas de crédito creadas para personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos económicos adversos por la pandemia, respaldadas con los recursos del Decreto 492 de 2020.

En el literal b) del mismo artículo, el decreto consagró el objeto del Comité. Esto es, que los recursos orientados al fortalecimiento del FNG sean usados para respaldar su participación como fiador o garante de toda clase de operaciones activas de las instituciones financieras u otras instituciones que realicen operaciones de crédito con personas naturales o jurídicas que hayan sufrido los efectos de la pandemia en su actividad económica, o como garante de emisiones de bonos u otros títulos de inversión que tengan por objeto obtener recursos con destino a las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido los efectos mencionados.

En el literal c) del mismo artículo, se precisa que el FNG podrá realizar las operaciones que le autoriza el EOSF para atender diferentes sectores económicos (comercio, servicios, industrial, agroindustrial y exportador) o a personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos negativos en su actividad económica por el COVID-19.

El literal d) del artículo 1º establece las funciones del Comité en relación con las garantías, operaciones de reafianzamiento y demás instrumentos, focalizando a la población afectada por la pandemia. Entre estas funciones se dispone: trazar la política general del FNG en este aspecto; definir las características de las garantías, de las operaciones de reafianzamiento y de otros instrumentos (v.gr. porcentajes, montos, mecanismos de transferencia, sectores prioritarios, etc.).

También se destaca el deber de la Junta Directiva de cumplir y hacer cumplir las decisiones que adopte el Comité, y de operar como órgano consultivo del mismo cuando se requiera. En cuanto a la responsabilidad, la norma expresamente señala que los miembros de la Junta Directiva no serán responsables por las decisiones que tome el Comité. El literal a) también le otorga al Ministerio de Hacienda la potestad de regular mediante resolución, las funciones, integración y demás aspectos ligados a la organización y reuniones del Comité.

Parágrafo 1. Esta norma dispone que las decisiones sobre la aprobación y otorgamiento de garantías y demás operaciones financieras, sean evaluadas de forma conjunta y en contexto,

con el fin de considerarlas parte de una política integral dirigida a solventar las necesidades sociales y económicas derivadas de la pandemia y no como garantías individuales.

También establece la posibilidad legal para el Comité de “efectuar operaciones aun cuando al momento de su realización se esperen resultados financieros adversos o que tengan rendimientos iguales a cero o negativos”.

Parágrafo 2. Esta norma autoriza que, una vez superados los hechos que motivaron la emergencia económica declarada por el Decreto 637 de 2020, el Comité determine finalmente lo que se hará con los recursos transferidos en virtud del DL 492 de 2020. La norma establece que serán destinados al respaldo como fiador o garante “(...) de toda clase de operaciones activas de las instituciones financieras u otras instituciones que realicen operaciones de crédito con cualquier persona natural o jurídica”.

También el precepto autoriza al Comité a delegar sus funciones, en la Asamblea, Junta Directiva o a cualquier otro órgano de la administración del FNG.

Art. 2

Este artículo fija reglas acerca de la información a la que el FNG tendrá acceso para adelantar sus operaciones, que no es otra que la información relacionada con los datos de los que trata la Ley 1581 de 2012 y la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países a la que alude la Ley 1266 de 2008, que le será suministrada al FNG por el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo -, cuando así lo requiera el FNG y sea necesario para la toma de decisiones en materia de riesgos que puedan afectar su operación. La información en todo caso sólo podrá ser usada para los fines establecidos en el decreto y con el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, circulación restringida y confidencialidad de los datos.

Art. 3

Por último, este artículo dispone su vigencia desde su publicación y deroga el inciso 2 del parágrafo 2 del artículo 4 del Decreto 492 de 2020 y con ello se amplían los sectores de la economía que puede atender el FNG y se cambian las premisas en la toma de decisiones en

donde se requería el voto del Ministro de Hacienda como aval de las decisiones.

32. Una vez explicado el contenido general del Decreto 816 del 2020, es pertinente revisar el alcance de algunos de los aspectos del articulado, ya que al contrastar las opiniones de los intervinientes con las respuestas al requerimiento probatorio hecho por la Corte, la Sala advirtió que algunos consideran que el decreto objeto de estudio modifica la estructura interna del FNG y de su Junta Directiva, mientras que para otros, sólo creó un nuevo órgano al interior de la entidad, dirigido al cumplimiento de las exigencias concretas establecidas en los Decretos 492 del 2020 y 816 de 2020, sin que ello afecte el giro ordinario de los negocios y las actividades del FNG, ni las competencias o atribuciones de sus órganos administrativos.

33. Para aclarar la comprensión sobre la normativa, es pertinente recordar que el artículo 1º del Decreto 816 de 2020 consagra de manera expresa un marco regulatorio especial y preferente, coordinado por el Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19, que autoriza al FNG a respaldar líneas de crédito y garantías a las personas naturales y jurídicas afectadas económicamente por la pandemia, con fundamento en los recursos transferidos en cumplimiento del Decreto 492 de 2020 y las reglas que este mismo decreto dispone. Lo anterior, sin perjuicio de las normas aplicables a la organización y funcionamiento del FNG establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -EOSF- y demás disposiciones pertinentes. De igual manera, según el DL, el Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19, no hace parte de la estructura del Fondo.

34. Estas consideraciones previas muestran, por lo tanto, que el Comité (i) es ajeno a la estructura del FNG, es decir, independiente; (ii) se rige por las disposiciones especiales del Decreto 816 de 2020 en lo particular y en lo general pueden acudir a las normas generales; y (iii) no modifica las normas generales sobre funcionamiento y estructura del Fondo, de tal forma que el funcionamiento general del Fondo Nacional de Garantías S.A., en principio, no se modifica con la creación del nuevo Comité. Las reglas que establece el Decreto 816 de 2020 entonces, son de carácter especial y transitorio, pues razonablemente su funcionamiento depende de la disponibilidad de recursos y del desarrollo de las funciones asociadas con las medidas dirigidas a enfrentar la crisis generada por el COVID-19. Para la Sala, entonces, tanto la Junta Directiva como el Comité de Garantías del FNG pueden operar paralela y separadamente, como se desprende del artículo 1º, literal d), del decreto en estudio, que reconoce la presencia eventual de ambos administradores, al admitir que la

Junta Directiva del Fondo debe ejecutar y hacer cumplir las disposiciones del Comité de Garantías.

35. Por último, la Sala destaca que el artículo 1º literal a) señala que el nuevo Comité de Garantías estará integrado por el Ministro de Comercio, el de Hacienda y los demás participantes que sean definidos por resolución signada por el Ministro de Hacienda. Al respecto se debe precisar, que efectivamente ese Ministerio profirió la Resolución 1232 del 10 de junio del 2020 en la que no sólo se designaron los integrantes restantes del Comité, – que son en general funcionarios con competencias técnicas en materias macroeconómicas, financieras y legales de conformidad con las exigencias que se le plantean a esa dependencia-, sino que se establecieron también en él, algunas reglas procesales complementarias de carácter operativo.

El Decreto Legislativo 492 del 2020

36. Muchos de los compromisos que se desprenden del artículo 1º del Decreto 816 de 2020, tienen que ver con los recursos cuya administración se le atribuye al Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19, y que fueron trasladados y transferidos en virtud del DL 492 de 2020 al FNG, para su fortalecimiento patrimonial. Por ser de relevancia para el entendimiento de las distintas disposiciones del decreto en estudio, a continuación, la Sala revisará brevemente las características generales del DL 492 de 2020 y su relación con la normativa analizada en esta oportunidad.

37. En primer lugar, la Sala resalta que ambos decretos se interrelacionan. El 492 consagra las normas que delimitan cómo se recaba el dinero destinado al fortalecimiento patrimonial del FNG, mientras que el 816, establece el órgano que va a administrar esos recursos y el régimen jurídico para hacerlo.

El Decreto 492 de 2020 establece el fortalecimiento patrimonial del FNG, lo cual va a desarrollarse en el Decreto 816 objeto de control, de la siguiente forma:

“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”.

El artículo 3º del decreto precedente determina el origen de los recursos dirigidos al FNG para su fortalecimiento, y en el artículo 4º se fijan reglas adicionales para administración de esos recursos, – en particular en el párrafo 2º-, dirigidas a favorecer el crédito de las personas afectadas por la pandemia, como sigue:

“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: (...)

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”.

El Decreto 816 por su parte, consagra el marco especial de autorizaciones al FNG para dar acceso al crédito a partir de los recursos transferidos en cumplimiento del Decreto 492 de

2020, mediante la creación de un Comité que es el responsable de la coordinación, seguimiento y evaluación del fortalecimiento patrimonial del FNG. A ese Comité le corresponde además, el diseño, implementación, seguimiento y control de las líneas de crédito creadas para personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica por la pandemia del COVID -19

Lo que supone que el DL 816 de 2020 le da continuidad y operatividad a lo dispuesto en el DL 492, al establecer el órgano que va a administrar los recursos del FNG y el régimen jurídico correspondiente.

Ahora bien, en segundo lugar, es pertinente recordar que la constitucionalidad del Decreto 492 fue analizada previamente por esta Corporación, en la Sentencia C-200 de 2020. Esa providencia declaró exequible la mayoría de los artículos, en particular, los orientados al fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario y del Fondo Nacional de Garantías.

En efecto, el decreto autorizó a las entidades que hacen parte de la Rama Ejecutiva del orden nacional, realizar aportes de capital al Fondo Nacional de Garantías. El artículo 3º estableció, como se mencionó, la procedencia de los recursos para el fortalecimiento patrimonial del Fondo. y manifestó que los recursos podrían provenir de las siguientes fuentes: (a) excedentes de capital y dividendos de las entidades que hagan parte de la Rama Ejecutiva, incluido a FINDETER, el Fondo Nacional del Ahorro y el Grupo Bicentenario, en los montos que determine el Gobierno; (b) los recursos de la cuenta especial de la que trata el artículo 144 de la Ley 1753 de 2015 del FONDES y el Decreto 1068 del 2015 (2.19.16), así como de (c) los demás que determine el Gobierno para tal fin.

La Corte encontró que los objetivos de: (i) fortalecer financieramente al Grupo Bicentenario y al FNG; (ii) facilitar el crédito y productos a las MiPymes y a los trabajadores independientes; y, (iii) brindar respaldo y liquidez a esas iniciativas en tiempos de COVID, se ajustaban a la Constitución.

De manera tal que la declaratoria de constitucionalidad del Decreto 492 de 2020 supuso el aval constitucional de la destinación de esos recursos al fortalecimiento patrimonial del FNG y el reconocimiento de la intervención del Legislador de excepción, en la economía.

38. Con todo, es importante precisar que un aspecto especial a considerar del DL 816 de

2020, tiene que ver con que mediante su artículo 3º, se derogó el inciso 2 del párrafo 2 del artículo 4º del DL 492 de 2020 antes mencionado. Tal inciso consagraba, de un lado, el deber de asegurar que los recursos destinados al FNG respaldaran solamente garantías focalizadas en sectores dirigidos a dar acceso al crédito a personas naturales y jurídicas afectadas en su actividad económica por la pandemia, y de otro, establecía el requisito tendiente a que para acceder a los créditos enunciados, se contara con el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público, como respaldo a lo decidido por Junta Directiva del FNG.

El párrafo en su momento, fue relevante en el análisis de la Sentencia C-200 de 2020, en la medida en que dio cuenta del vínculo expreso y directo que existía entre el fortalecimiento al FNG y la necesidad de superación de la pandemia y de sus efectos, como causa de la emergencia. Por esta razón, su derogatoria significó para algunos, ausencia de claridad sobre si los recursos destinados a brindar líneas de crédito para los sectores afectados por la pandemia, se orientarían realmente a ese propósito o no.

La Corte entiende la inquietud planteada a partir de una mirada separada de los decretos. Sin embargo, la derogatoria propuesta por el Decreto 816 de 2020, soportada principalmente en el interés de proponer un nuevo modelo de regulación., no puede ser interpretada paralelamente, como un desconocimiento de la destinación específica de los recursos dirigidos al FNG, con ocasión de lo dispuesto en el Decreto 492 de 2020.

En efecto, la interpretación literal del artículo 1º, numeral a), del Decreto 816 de 2020, ofrece plena claridad sobre la destinación concreta de los recursos destinados al FNG y su propósito de orientarlos a controvertir los efectos negativos de la pandemia, no sólo porque se le da al Comité el apelativo de “Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19”, sino porque se establece expresamente que la función del Comité es el “diseño, implementación, seguimiento y control de las líneas de crédito creadas para personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica por la pandemia del nuevo coronavirus COVID -19 y que sean respaldadas con los recursos resultantes de las operaciones descritas en los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 492 de 2020 o con otros recursos destinados por la Nación para este mismo fin”(resaltado fuera del original). En otras palabras, este primer inciso intenta repetir lo mencionado ya por el Decreto 492 de 2020 en su inciso derogado, sin la alusión a la Junta Directiva y al Ministerio, y sin hacer referencia a la declaratoria de emergencia anterior.

En el mismo sentido, el numeral b) del artículo 1º del Decreto 816, establece también, expresamente, que los recursos del Decreto 492 tienen como propósito respaldar la participación del FNG, “como fiador o garante de toda clase de operaciones activas de las instituciones financieras u otras instituciones que realicen operaciones de crédito con personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica por la pandemia del nuevo coronavirus COVID -19” (resaltado fuera del original).

Una precisión que también se predica del literal d) y del c) del mismo artículo 1º del Decreto 816 de 2020, ya que, de un lado, se establece un régimen de autorizaciones en favor del Comité, dirigido a “personas naturales y jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por la pandemia del nuevo coronavirus COVID - 19” y del otro, se determina que el Comité puede realizar operaciones autorizadas más amplias, pero siempre en desarrollo del objeto descrito en el decreto, que va ligado como se vio, a respaldar la “participación [del FNG] como fiador o garante de toda clase de operaciones activas de las instituciones financieras u otras instituciones que realicen operaciones de crédito con personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica por la pandemia”.

Así, si bien la lectura del literal c) puede eventualmente generar algunas dudas sobre el alcance de la norma, lo cierto es que la motivación que soporta el cambio del DL 492, conforme a la misma disposición, fue la de ampliar los sectores a atender, ya que debido a la evolución negativa en casi la totalidad de ellos en el país con ocasión de la pandemia, debía ampliarse la protección a los sectores de comercio, servicios, industrial, agroindustrial y exportador, o a otros sectores o programas, o a personas naturales o jurídicas, todos, que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por la pandemia. De ahí que se busca dotar “al Gobierno nacional de la facultad de establecer las condiciones particulares de las líneas de crédito bajo consideraciones macroeconómicas y fiscales, además de las comerciales o financieras”.

Por lo tanto, cuando ese literal se refiere a operaciones autorizadas dirigidas a diversos sectores, que además son desarrollo del objeto y de las prioridades establecidas por el Comité de Garantías, es claro que se trata en todo caso de atribuciones que deben ceñirse al objeto de la labor del Comité y del manejo de los recursos, por lo que es evidente que se trata de operaciones siempre orientadas al apoyo en operaciones de crédito con sectores o

“personas naturales o jurídicas, que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica por la pandemia”.

Una perspectiva que también comparte el literal d) sobre el régimen de autorizaciones y el parágrafo 1º del artículo 1º del decreto objeto de análisis, ya que este último sostiene, por ejemplo, que las decisiones sobre la aprobación y otorgamiento de garantías, y de operaciones de reafianzamiento y demás operaciones adelantadas en desarrollo del objeto descrito en el Decreto Legislativo “deberán ser evaluadas de forma conjunta y en contexto con dicho objeto, como parte de una política integral de solventar las necesidades sociales y económicas derivadas de las situaciones derivadas (sic) o causadas por la pandemia del nuevo coronavirus COVID -19”.

En consecuencia, tanto desde un análisis sistemático, como finalista y exegético, la interpretación del Decreto 816 de 2020, no puede suponer que la discrecionalidad con la que cuenta el nuevo Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19 le permite actuar de manera ajena a la finalidad misma del Decreto y al desconocimiento de las precisas determinaciones que señalan los objetivos de su labor (art. 1 literal a y b del Decreto) cuando expresamente se trata de normas que determinan que la gestión del Comité y los recursos FNG están destinados “únicamente al fortalecimiento patrimonial del Fondo Nacional de Garantías S.A. -FNG, [con los que esta] entidad respaldará su participación como fiador o garante de toda clase de operaciones activas de las instituciones financieras u otras instituciones que realicen operaciones de crédito con personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica por la pandemia del nuevo coronavirus COVID -19”(literal b). Lo que no es óbice para que en aras de sus consideraciones macroeconómicas y fiscales, además de las comerciales o financieras, busque a partir de ello atender sectores puntuales de la economía, que también hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica derivados de la pandemia.

De lo que se colige que a pesar de la derogatoria acaecida en el DL 492, el artículo 1º literales, a, b, c, d y el parágrafo 1º del DL 816 confirman la misma orientación del decreto inicial frente a los recursos de fortalecimiento patrimonial del FNG y descartan así, las dudas que puedan existir sobre una posible falta de claridad con respecto a los destinatarios finales de tales recursos y al alcance de las normas enunciadas.

39. Por último, dado que en esta coyuntura el Gobierno Nacional ha expedido otros decretos relacionados con el Fondo Nacional de Garantías, en época de pandemia, vale la pena destacar los principales Decretos involucrados, así: (i) el Decreto reglamentario 466 de 2020 que modificó el Decreto 2555 de 2010 en relación con el Fondo Nacional de Garantías en temas de solvencia de capital, patrimonios técnicos y focalización de las garantías expedidas por el FNG. (ii) El Decreto Legislativo 581 de 2020, que en el artículo 2º autoriza al Fondo Nacional de Garantías a garantizar las obligaciones que adquieran las empresas de servicios públicos domiciliarios. (iii) El Decreto 637 de 2020 que declara el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el país y que da cuenta expresamente de la necesidad de fortalecer y reorganizar el Fondo Nacional de Garantías (FNG), con el fin de garantizar la continuidad del acceso al crédito de las personas naturales o jurídicas y (iv) el Decreto Legislativo 817 de 2020 que en su artículo 3º autoriza a que el FNG garantice la emisión de deuda que realicen las SAS dentro del “segundo mercado de valores”

Revisados entonces los diferentes elementos y alcances del Decreto 816 y su relación con el Decreto 492 de 2020, realizará la Sala, a continuación, el análisis constitucional que le corresponde.

Análisis de Constitucionalidad del Decreto 816 de 2020

Examen de Forma

40. El Decreto 816 de 2020 cumple con los requisitos formales exigidos para los decretos legislativos por la Constitución y la ley:

i. (i) Firma del Presidente de la República y de los ministros. El Decreto 816 de 2020 lleva efectivamente la firma del Primer mandatario y la de los 18 ministros del despacho.

() El decreto fue dictado en desarrollo del estado de excepción. El Decreto 816 de 2020 fue proferido con ocasión y en desarrollo del Decreto 637 de 2020 que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional.

(iii) Expedición del decreto dentro del término de vigencia de la emergencia. El Decreto 816 de 2020 fue expedido el 4 de junio de 2020, esto es, dentro de los 30 días calendario del estado de excepción, que fue declarado mediante el Decreto 637 de 2020, el 6 de mayo del

mismo año.

(iv) Motivación. El Decreto 816 de 2020 contiene una motivación extensa en sus considerandos, que da cuenta de las distintas razones que justifican las medidas que consagra. La Sala considera entonces que se cumple con la carga de motivación exigida.

(v) Ámbito de aplicación. Al cumplimiento de los requisitos anteriores, puede adicionarse el hecho de que el estado de excepción regido inicialmente por el Decreto 637 de 2020, fue declarado en todo el territorio nacional, lo que extiende el ámbito de aplicación del decreto de desarrollo también a nivel nacional.

41. En consideración a lo anterior, cumplidos los requisitos formales exigidos para que se predique la constitucionalidad del decreto de desarrollo, la Sala revisa la acreditación de los requisitos materiales de constitucionalidad.

Examen de fondo

Juicio de finalidad

42. El que las medidas adoptadas por el Legislador de excepción se encuentren destinadas de manera directa y específica a conjurar aquellos aspectos que suscitaron la emergencia económica, social o ecológica o a impedir la extensión de sus efectos, es lo que constituye el centro del juicio de finalidad.

El DL 816 de 2020 satisface ese criterio, dado que las medidas adoptadas están destinadas a conjurar algunos de los efectos de la emergencia económica declarada mediante el Decreto 637 de 2020. De hecho, la normativa trata de optimizar el uso del capital estatal invertido en el fortalecimiento patrimonial del FNG, no sólo mediante el ajuste del diseño institucional de toma de decisiones (al incluir elementos de análisis fiscal y macroeconómico en las evaluaciones, o con la creación del Comité), sino al recordar que el propósito fundamental de las garantías otorgadas por el Fondo y de los cambios que el decreto introduce al habilitar al Comité a diseñar las garantías que se ofrecerán en las líneas de crédito que se pretenden impulsar, están dirigidos a facilitar un mayor flujo financiero a los diferentes agentes económicos (empresas y personas naturales) que se han visto profundamente afectados por la emergencia sanitaria, para evitar precisamente la quiebra de las empresas y su

consecuente pérdida de empleos.

43. En ese sentido, es importante recordar que de acuerdo con el decreto que declaró el estado de emergencia económica, la duración del aislamiento preventivo obligatorio y la disminución significativa de la actividad económica han generado un crecimiento preocupante en la tasa de desempleo, un cierre total o parcial de las actividades de las pequeñas, medianas e incluso grandes empresas, y una reducción en la capacidad productiva del país de manera acelerada. Esta situación afecta las condiciones adecuadas para que las personas naturales y jurídicas puedan mantener el empleo y dinamizar la economía.

Esa realidad obliga a tomar medidas de rango legislativo que contribuyan a conjurar los efectos de la crisis económica, con el objeto de reducir el impacto negativo de estos hechos en el país. Bajo tal perspectiva, el Decreto 637 de 2020 planteó una serie de objetivos dirigidos a reducir los efectos negativos de la pandemia en la economía, que buscan precisamente ser resueltos a través de las medidas que despliega el Decreto 816 de 2020, de forma directa y específica. Para demostrar lo expuesto, la Sala presenta el siguiente cuadro comparativo:

Decreto 637 de 2020

Decreto 816 de 2020

Emergencia

Medidas

Los efectos negativos de la pandemia en la economía, relacionados con la limitación y falta de acceso al crédito, la quiebra empresarial o el desempleo, requieren de atención a través de medidas extraordinarias dirigidas a:

1. Fortalecer y reorganizar el Fondo Nacional de Garantías (FNG), con el fin de garantizar la continuidad del acceso al crédito de las personas naturales o jurídicas económicamente afectadas por la pandemia.

Se crea un marco especial de autorizaciones del Fondo Nacional de Garantías para coordinar el fortalecimiento patrimonial del Fondo, dar acceso al crédito a las personas naturales y jurídicas que hayan sufrido efectos económicos adversos por el COVID, -con los recursos transferidos en cumplimiento del Decreto 492 de 2020 -, y fortalecer la participación como fiador o garante de toda clase de operaciones. Además, se crea un organismo técnico especializado para diseñar, implementar, hacer seguimiento y control a tales recursos: el Comité de Garantías (Art. 1).

2. Generar eficiencia en el uso de los recursos públicos y atender los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento.

Se establece un régimen de autorizaciones que permite proponer una política general en materia de garantías por parte del FNG, dirigida a fijar montos máximos, sectores prioritarios, evaluaciones, etc., con el fin de solventar las necesidades sociales y económicas derivadas de los efectos de la pandemia. [Art. 1 y 3].

3. Buscar mecanismos legales adicionales para facilitar y agilizar los procesos de reorganización empresarial, que permitan la recuperación de las capacidades laborales, sociales, productivas y financieras de las empresas.

Artículo 1. Mecanismos legales de reorganización del FNG y recuperación del crédito.

Art. 2. Busca mejorar el proceso de toma de decisiones del FNG y asegurar que la entidad, cuente con la mayor cantidad de información disponible para realizar los análisis que correspondan, de una manera efectiva. Por eso determina los mecanismos para el manejo adecuado de los datos que se intercambien o compartan entre las entidades públicas que hagan parte del Comité de Garantías y el FNG en materia de información financiera, crediticia, etc., dado que será necesaria esa información para la evaluación de los riesgos que se consideren en las operaciones financieras que se adelanten.

El artículo 3 elimina la exigencia del visto bueno del Ministerio de Hacienda para la toma de

decisiones y favorece con la derogatoria, la extensión de la política a otros sectores económicos.

4. Propender por buscar instrumentos legales que permitan mayores líneas de acceso al crédito y endeudamiento.

Las garantías emitidas por el FNG tienen como propósito mitigar el riesgo percibido por los intermediarios financieros con lo que se facilita el acceso al crédito a sectores, personas naturales y jurídicas que han sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por los hechos que motivaron la emergencia económica, social y ecológica. En esa medida promueven el acceso al crédito y al endeudamiento.

44. La descripción anterior, da cuenta de que las medidas adoptadas por el DL 816 de 2020, están directa y específicamente encaminadas a conjurar los motivos de la perturbación en materia de acceso al crédito y a impedir la extensión de sus efectos, ante los graves impactos que la pandemia ha causado en la economía.

En ese sentido, la Sentencia C-172 de 2009, sostuvo que uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, en el sector financiero, era precisamente la democratización del crédito, ya que ello tiene que ver con el logro de una distribución equitativa de las oportunidades y de los beneficios del desarrollo. Lo anterior, en el entendido de que el crédito es una fuente, en principio, de promoción y crecimiento, aunque también lo puede ser, en las circunstancias actuales de pandemia, de la reactivación económica. En esos términos, la finalidad de generar una política que amplíe el acceso al crédito a partir del fortalecimiento del Fondo, y que determine además a los responsables de esa gestión (Comité de Garantías), resulta ser una medida directa y específica para conjurar aquellos aspectos que suscitaron la emergencia, al permitir el acceso a recursos crediticios a quienes fueron afectados económicamente por la crisis del COVID-19. Una realidad que más que ser ajena a la Carta, responde efectivamente a ella (art. 2).

En atención a lo expuesto, se concluye que los objetivos perseguidos por el DL 816 de 2020, están dirigidos entonces, de manera directa y específica -como ya se mencionó-, a mitigar los efectos de la emergencia económica, al ser preceptos encaminados a mejorar el proceso de fortalecimiento patrimonial y de toma de decisiones del FNG, cuyo objetivo último es el de favorecer el acceso al crédito a través de las garantías financiadas con los recursos a los que

hace referencia el DL 492 de 2020. Esto permite que la capitalización efectuada a este Fondo se traduzca en un apoyo para las empresas y personas naturales afectadas económicamente por las razones que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica y que las medidas tendientes al fortalecimiento y reorganización del FNG sean pertinentes para avanzar en la superación de los efectos económicos negativos derivados de la pandemia.

45. De suerte que, la Sala no comparte las apreciaciones del Centro de Estudios Fiscales de la Universidad Externado de Colombia, que sostienen que el Decreto 816 de 2020 no cumple con el juicio constitucional descrito, al no existir pruebas que evidencien que los recursos destinados, dirigidos a los empresarios y personas naturales afectadas por la pandemia, van a llegar efectivamente a dichos actores. Como se desprende de la lectura concreta de las normas involucradas, y de acuerdo con la valoración e interpretación previa de tales disposiciones en los términos ya considerados por esta Sala al revisar el alcance del Decreto 492 y su interacción con las disposiciones objeto de control, la presunta derogatoria de una parte del primer decreto, no generó automáticamente la desaparición de la destinación específica dispuesta por dicha normativa con respecto a los recursos producto del fortalecimiento del FNG. De conformidad con la reflexión previa, una interpretación adecuada de estas normas en armonía con lo dispuesto por el Decreto 816 de 2020 y su finalidad, exige que se considere que el énfasis textual que el artículo 1º del Decreto en mención consagra en sus diferentes literales y en el párrafo primero, disponga que el objeto del Comité y la destinación concreta de los recursos producto del fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías, están dirigidos puntualmente a generar y controlar “líneas de crédito creadas para personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica por la pandemia del nuevo coronavirus COVID -19 y que sean respaldadas con los recursos resultantes de las operaciones descritas en los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 492 de 2020 o con otros recursos destinados por la Nación para este mismo fin”. Ello se desprende del Decreto 816 de 2020 no sólo a partir de una interpretación finalista de sus preceptos, sino de manera expresa del artículo 1º, literales a) y b) del Decreto 816 que determinan directamente quienes son finalmente los receptores de la labor del Comité y de sus recursos. Como son normas que definen una orientación y un objetivo puntual, y establecen además los canales para lograr el propósito que dicen buscar, difícilmente puede la Sala descartar su contenido literal.

De este modo las inquietudes sobre el alcance e interpretación de estas normas se resuelven al considerar el objetivo último de la creación del Comité, expresamente definido en los preceptos descritos. Las dudas eventuales que surjan sobre la aplicación práctica de estas disposiciones extraordinarias, sin embargo, escapan al control constitucional. En ese sentido, no debe olvidarse que la Corte efectúa un control de validez de las disposiciones en abstracto, y no una evaluación sobre su aplicación práctica, ya que esa valoración depende de otro tipo de controles que el ordenamiento jurídico diseñó para el efecto, como pueden ser los relacionados con la verificación de la adecuada aplicación de las leyes por parte de los funcionarios obligados, por parte de organismos de control o la ciudadanía. No obstante, como de lo que se trata aquí es de reflexionar sobre el alcance y finalidad del Decreto 816 de 2020, no puede más que concluirse que de su mismo tenor literal se desprenden medidas directas y específicas que buscan conjurar aquellos aspectos que suscitaron la emergencia, al permitir, a través de la gestión que propone, el acceso a recursos crediticios a quienes fueron afectados económicamente por la crisis del COVID-19.

En suma, para la Corte, el Decreto 816 del 2020 supera el juicio de finalidad.

Juicios de conexidad material y motivación suficiente

46. El análisis que sigue, exige determinar (i) si existe un nexo causal entre las situaciones que originaron la declaratoria de emergencia -Decreto 637 de 2020-, y las medidas adoptadas en el DL 816 de 2020 (conexidad externa); (ii) si las justificaciones propuestas por el mismo decreto de desarrollo se relacionan directamente con las medidas en él consideradas (conexidad interna) y (iii) si la normativa fue motivada de manera suficiente para justificar las medidas adoptadas (juicio de motivación suficiente).

47. En cuanto a la conexidad externa, recuerda la Sala que, entre las justificaciones propuestas en la declaración de emergencia económica, se destacó la necesidad de: i) tomar medidas para sortear la mitigación en el comportamiento económico; y, ii) proponer nuevas medidas legislativas para evitar una destrucción masiva del empleo, o el cierre total de las empresas y el impacto negativo que ello tendría, para la economía del país.

El Decreto 637 de 2020 destacó la necesidad de “fortale[cer] y reorgani[zar] el Fondo Nacional de Garantías (FNG), con el fin de garantizar la continuidad del acceso al crédito de las personas naturales o jurídicas”. El artículo 3º, se estableció el deber del Gobierno de

adoptar, “mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa (...), todas aquellas adicionales, necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos (...)”.

En directa causalidad con las premisas mencionadas, el DL 816 de 2020 procedió al fortalecimiento y ampliación de funciones del FNG, al establecer: (i) el marco especial de autorizaciones de acceso a créditos dirigido a las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica con ocasión de la pandemia; (ii) la creación del Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19; y, (iii) las reglas necesarias para lograr tales objetivos, incluso para el manejo de datos.

48. En lo que respecta a la conexidad interna, el DL presentó como motivación para la creación del marco especial, las siguientes justificaciones:

“Que es preciso ajustar el mecanismo de coordinación previsto para la aprobación de las líneas de crédito garantizadas creadas dentro del marco del Decreto 492 del 28 de marzo de 2020, teniendo en consideración también las normas de creación y documentos corporativos del Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG, con el propósito de incluir en el análisis de estas garantías no solamente consideraciones comerciales y crediticias, sino también consideraciones fiscales y macroeconómicas relacionadas con el interés nacional.

Que es necesario que el Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG acceda a información histórica de originación (sic) de cartera en el sistema financiero y otra información necesaria para el análisis de los riesgos de las operaciones que realiza, en particular aquella relacionada con elementos inherentes a operaciones que no han sido tradicionalmente de su ámbito de aplicación, con el fin de desplegar en forma adecuada las diferentes líneas e instrumentos que se consideren necesarios para atender a los hogares y las empresas afectadas por los efectos adversos de la pandemia del nuevo Coronavirus COVID -19 y sus consecuencias.

Que se ha identificado la necesidad de dotar al Gobierno nacional de un mecanismo apropiado y especial para el direccionamiento y aprobación de las garantías a ser emitidas por el Fondo Nacional de Garantías S.A. – FNG con los recursos patrimoniales destinados al fortalecimiento de dicha entidad en el marco del Decreto 492 del 28 de marzo de 2020, que permita profundizar la función de coordinación y centralización de las estrategias de

aprovechamiento de dichos recursos con el propósito de continuar respaldando el restablecimiento de las relaciones crediticias de los hogares y las empresas colombianas, afectadas por los efectos adversos de la pandemia del nuevo Coronavirus COVID -19 y sus consecuencias.

Que dada la evolución negativa que se evidencia en casi la totalidad de los sectores productivos en el país, se hace necesario modificar parcialmente el Decreto Legislativo 492 del 28 de marzo de 2020 para ampliar los sectores a atender tales como comercio, servicios, industrial, agroindustrial y exportador, o a otros sectores o programas, o a personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica causados por la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19” (Negrillas fuera del original).

49. Tales motivaciones, ofrecen igualmente un nexo causal real entre las razones propuestas por el decreto en su parte motiva y aquellas posteriormente desarrolladas en los tres artículos subsiguientes de su parte resolutive, lo que acredita en principio, el cumplimiento de los juicios de conexidad enunciados. En efecto, las medidas adoptadas en el DL establecen la creación de un Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19, como el encargado del diseño, implementación, seguimiento y control de las líneas de crédito creadas para personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica por la crisis y establecen el intercambio de información financiera, respetando los principios de finalidad, seguridad, circulación restringida y confidencialidad.

50. Por último, y desde la misma óptica, se evidencia con fundamento en las razones previamente expuestas, que el Decreto 816 de 2020 fue suficientemente motivado y que son múltiples las razones que justifican las medidas.

51. Lo anterior permite concluir que el decreto objeto de estudio supera los juicios de conexidad material y de motivación suficiente, por las razones expuestas.

Juicio de necesidad

52. El juicio de necesidad busca establecer si las medidas propuestas por los decretos de desarrollo son indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, con el propósito de verificar fácticamente si ellas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, y para establecer si existen disposiciones en el

ordenamiento ordinario que logren los objetivos, sin necesidad de acudir a la normativa extraordinaria.

53. En lo que respecta a la necesidad fáctica, está claro que ante la declaratoria de una segunda emergencia económica por la intensificación de las problemáticas en materia de desempleo y de afectación de la economía, las medidas dirigidas a favorecer el crédito y movilizar el mercado financiero, que adopta este decreto, resultan necesarias y relevantes en esta coyuntura para evitar la profundización del impacto negativo del COVID-19 en la economía.

Además, en relación con la necesidad fáctica de las medidas dirigidas a fortalecer patrimonialmente al FNG y aumentar el crédito y la confianza económica a partir de su gestión, esta Corporación ya tuvo la oportunidad de pronunciarse y considerar que se ajustaban a la Constitución. En efecto, al evaluar la constitucionalidad del DL 492 de 2020, la Corte reconoció que, frente a la coyuntura producida por la pandemia, la estrategia gubernamental de fortalecimiento del acceso al crédito constituía una necesidad razonable que se ajusta a la Carta. Esos argumentos se reiteran en esta oportunidad, en tanto que la Sala considera que la definición del marco especial de autorizaciones del FNG para dar acceso al crédito con los recursos transferidos en desarrollo de lo dispuesto en dicho decreto, concretan la estrategia que la Corte consideró constitucionalmente admisible.

54. Así las cosas, ante una realidad de desempleo, de quiebra empresarial, de ralentización financiera y de insuficiencia de las medidas económicas ordinarias para activar plenamente la economía, es razonable valorar las apuestas dirigidas a fortalecer el crédito, a fin de no desestimarlas prima facie cuando algunos no deduzcan de forma inmediata su efectividad en materia de resultados finales (como casi lo propone el Centro de Estudios Fiscales del Externado), dado que los retos de esta coyuntura han puesto a prueba ampliamente la capacidad de respuesta del Estado ante la aparición de circunstancias excepcionales y únicas en materia económica a lo largo del año.

55. El artículo 2º de la normativa analizada establece la obligación de las entidades que integran el Comité de Garantías de suministrar al FNG información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países en los términos de las Leyes 1581 de 2012 y 1266 de 2008, respectivamente. Lo anterior con la finalidad de que esa entidad

cumpla con los objetivos que busca el DL. Por su parte, el FNG debe utilizar los datos y la información solo para los fines establecidos en el decreto y adoptar las medidas necesarias para garantizar su seguridad, circulación restringida y confidencialidad.

Previamente, la Corte ha avalado la constitucionalidad de normas con contenido similar a la estudiada en esta oportunidad y ha concluido que dicha medida puede adoptarse mediante decretos legislativos derivados de la emergencia económica porque, para evitar la extensión de los efectos de la crisis, puede tomar decisiones que busquen acceder a información veraz, pero si se preservan los derechos fundamentales de los involucrados con la misma, de ahí que el Presidente de la República no incurre en un error manifiesto en relación con la utilidad de estas previsiones. En efecto, como en este caso, se trata de un instrumento que permite hacer más eficiente y óptima la asignación y distribución de los recursos dispuestos para garantizar las obligaciones financieras de los agentes económicos afectados por la pandemia.

En tal sentido, la medida busca: i) la interacción de sistemas de información para mejorar la gestión pública y la asignación de garantías a los créditos; ii) la recolección y actualización de información de manera segura; iii) el uso de los datos está relacionado con el cumplimiento del objeto social del FNG; iv) la superación de barreras administrativas; y, finalmente, v) la entidad tiene el deber de garantizar su tratamiento, circulación restringida y confidencialidad, en observancia de lo dispuesto en las Leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012.

En suma, el control abstracto de la medida permite inferir que ella favorece el acceso de las personas perjudicadas por la pandemia a las líneas de crédito cuya implementación se propone y preserva su derecho al habeas data. La Sala considera en sana lógica, que se trata de acciones conducentes y necesarias para conjurar o limitar los efectos de los hechos que motivaron la declaración de emergencia, que se circunscriben básicamente a distintos aspectos de la crisis económica, incluida la limitación financiera.

56. En lo que se refiere a la necesidad jurídica, la Corte precisa lo siguiente:

(i) En la Sentencia C-172 de 2009 esta Corporación debió determinar si era necesario que el Presidente recurriera a decretos legislativos de desarrollo, para comprometer recursos del FNG, o si podía hacerlo en ejercicio de sus competencias ordinarias.

Luego de estudiar con detenimiento las características de este tipo de sociedades, la Corte

arribó a las siguientes conclusiones con respecto al FNG: (a) una consecuencia directa del hecho de que las normas de creación y regulación de las sociedades de economía mixta son las establecidas en la ley y los estatutos, es que las decisiones relativas al ejercicio del objeto social deben adoptarse de acuerdo con dichas reglas. Lo anterior implica que el Estado participa en la toma de decisiones de la sociedad descrita, en las condiciones previstas por la ley y los estatutos, independientemente del porcentaje de participación que el organismo u organismos estatales tengan, en la composición de la sociedad. (b) Las sociedades de economía mixta ostentan una estructura de autonomía administrativa que les permite gobernarse mediante procedimientos propios. (c) La presencia de la Nación en la composición accionaria implica que el representante de la Nación puede participar en la toma de las decisiones generales asignadas a la Asamblea General de Accionistas, y en las concretas atribuidas a la Junta Directiva, pero en ejercicio de su condición de accionista de la sociedad. (d) Esta forma de participación en los asuntos propios de la sociedad es manifestación del denominado control de tutela que el Gobierno ejerce sobre la sociedad de economía mixta, que no responde a un control en términos jerárquicos.

En consecuencia, según esta decisión, el Gobierno Nacional no tiene competencias ordinarias para tomar decisiones unilaterales relativas al funcionamiento de las sociedades de economía mixta, su organización interna, su función y sus recursos. Por lo que a “falta de competencias ordinarias” en tales casos, es viable que la legislación extraordinaria pueda realizar los cambios que se requieran, claramente en situaciones de emergencia. En virtud de la participación accionaria pública en esas empresas, algunos de esos cambios pueden hacerse eventualmente por vía de reforma de sus estatutos, pero dada “(...) su demora, son incompatibles con la urgencia que se predica de un estado de emergencia”.

(ii) En el mismo sentido, tampoco podría adoptarse el contenido normativo del Decreto 816 de 2020 por vía ordinaria, apelando al literal e) del artículo 241 del EOSF y a su reglamentación, en la medida en que como lo dispone esa norma, se refiere sólo a la administración de recursos y no al diseño de políticas, y en todo caso requiere de la autorización de la Junta Directiva.

Asimismo, el artículo 210 de la Carta Política indicó que solamente el Legislador puede autorizar o crear entidades descentralizadas por servicios del orden nacional. Bajo esa premisa es importante recordar, que de acuerdo con lo señalado en la Sentencia C-118 de

2018, precisamente:

“Las sociedades de economía mixta son una manifestación de la descentralización que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1º de la Carta Política, constituye un pilar de la organización del Estado Colombiano. Este principio “(...) consiste en la facultad que se otorga a entidades diferentes del Estado para gobernarse por sí mismas” y se presenta en diversas modalidades, a saber: territorial, por servicios, por colaboración y por estatuto personal.

La descentralización por servicios es la modalidad, a través de la cual, el Estado le concede a entidades no territoriales la competencia para ejercer actividades especializadas y que requieren un alto grado de tecnificación. Por regla general, esta medida se adelanta a través del otorgamiento de competencias a los establecimientos públicos, las sociedades de economía mixta, las corporaciones autónomas regionales, y las empresas industriales y comerciales del Estado”. (Subraya fuera del original).

En esos términos y en atención además a que, de acuerdo con la finalidad del Decreto 816 no sólo de crear un órgano al interior del FNG sino de orientar una política concreta en cuanto a la administración de los recursos obtenidos mediante el DL 492, lo cierto es los mecanismos ordinarios de la legislación para el efecto, no eran los conducentes para desarrollar los objetivos del Decreto. Lo que refuerza la necesidad de acudir a las vías extraordinarias previstas.

(iii) Junto con estas razones, algunos de los intervinientes en el proceso constitucional también consideraron jurídicamente necesario el decreto: (a) para darle legitimidad y eficacia a las valoraciones macroeconómicas y fiscales en el análisis de las garantías y no quedarse sólo en evaluaciones basadas en beneficios comerciales. (b) Para suprimir la instancia de decisión que se generó a partir del Decreto 492 de 2020 con la necesidad del voto del Ministro de Hacienda, a fin de no limitar innecesariamente la implementación oportuna de las garantías y para derogar los obstáculos de acceso a algunos sectores económicos propuestos. Y finalmente, (c) para hacer efectiva la estrategia del Gobierno de administrar y direccionar los mecanismos para optimizar el uso del capital de propiedad estatal que hace parte del patrimonio del FNG. Nótese que el DL crea un órgano autónomo dentro del FNG para asignarle funciones nuevas y retos importantes para contribuir a la superación de los efectos de la crisis generada por el COVID-19. La toma de decisiones de coordinación

previstas para el Comité, pero con los órganos tradicionales del Fondo, también implicaría, o bien la realización de asambleas generales de accionistas de forma permanente para todos los ajustes, o la modificación de los estatutos sociales para establecer límites al accionar de la Junta Directiva y los administradores. Todas razones que dan cuenta de la necesidad jurídica del Decreto 816 de 2020.

(iv) El Comité de Garantías del FNG fue creado e integrado por el artículo 7º de la Resolución 1065 del 29 de abril de 2020, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Por esa razón podría pensarse que el Gobierno Nacional estaba habilitado para crear el comité para enfrentar el COVID-19 también por acto administrativo, sin que fueran necesarias las facultades de excepción. Sin embargo, la Sala considera que, en adición a lo mencionado hasta el momento, el diseño sistemático de la estrategia propuesta, autoriza su regulación mediante decreto con fuerza de ley; pero además se considera que la creación legal de dicho comité es necesaria jurídicamente por los siguientes motivos:

a. (a) Se trata de una estrategia jurídica integral para atender la crisis y su regulación en un DL resulta favorable frente a otros objetivos constitucionalmente relevantes como son maximizar la coherencia del sistema, evitar la dispersión normativa, generar seguridad jurídica y lograr la divulgación en términos precisos para los ciudadanos destinatarios de las normas operativas. En este caso, el Gobierno diseñó una estrategia operativa para estimular el crédito a través del otorgamiento de garantías que realiza el FNG. Bajo ese entendido, creó un modelo de gerencia organizacional que modifica transitoriamente la dinámica administrativa del FNG dispuesta en la ley y el reglamento.

(b) Atribuye funciones de articulación, coordinación y reglamentación a distintos ministerios y entidades públicas que no estaban contempladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ni en otras regulaciones sobre la materia.

(c) El DL analizado es la expresión de una política pública integral para el manejo de los recursos públicos destinados a respaldar las obligaciones financieras contraídas por las MiPymes afectadas por la pandemia. En tal sentido, establece el Comité como órgano técnico de coordinación, seguimiento y evaluación del fortalecimiento patrimonial del FNG. A esa entidad también le corresponde: i) el diseño, la implementación, el seguimiento y el control de las líneas de crédito creadas para las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido los

efectos económicos de la pandemia y que sean respaldadas con los recursos destinados en el DL 492 de 2020; ii) trazar la política general del FNG y señalar las prioridades, los sectores o programas a atender como parte de dicha política; iii) definir las características de las garantías, de las operaciones de refinanciamiento y otros instrumentos, entre las que se encuentran porcentajes máximos, la tarifa de la comisión del FNG, el monto máximo de operaciones, entre otras; iv) fijar el valor de cualquier otro servicio que preste el FNG relacionado con las líneas de crédito; y, v) determinar que, una vez sean superados los hechos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia económica, con los recursos resultantes de las operaciones que provengan del DL 492 de 2020 y que fueron destinados al fortalecimiento patrimonial del FNG, esa entidad respalde su participación como fiador o garante de toda clase de operaciones activas.

Dicha actuación no es aislada, sino que está articulada con instituciones relacionadas con el sector financiero y la reactivación económica. En el diseño de la política concurren ministerios y otras entidades, mientras que su ejecución está a cargo del FNG. Justamente, a los órganos de administración de esa entidad les corresponde definir las demás características y parámetros de las garantías y otros instrumentos, en el marco de las autorizaciones otorgadas por el Comité. En particular, la Junta Directiva debe cumplir y hacer cumplir las decisiones que adopte el Comité.

Como puede observarse, el decreto analizado reguló una compleja operación de garantía crediticia, que comprende gestiones relacionadas con las líneas de crédito que serán respaldadas con los recursos del DL 492, el otorgamiento de las garantías administradas por el FNG, los criterios de focalización de beneficiarios y, el destino de los recursos resultantes de dichas operaciones una vez sean superados los motivos de la declaratoria de la emergencia económica contenidos en el DL 637 de 2020. Bajo tal entendido, si bien en dicha estrategia podrían concurrir aspectos susceptibles de ser regulados por vías ordinarias, la complejidad técnica, financiera y administrativa de la materia requería una regulación jurídica integral con fuerza material de ley, tal y como la analizada en esta oportunidad por la Corte.

(d) Adicionalmente, la necesidad de la medida se justifica en que la administración, el diseño, la implementación y el control de políticas públicas que buscan reactivar el consumo crediticio en el escenario de una profunda crisis económica, a través del respaldo con

recursos públicos a las obligaciones financieras de las MiPymes afectadas con la pandemia, debe estar rodeada de específicas garantías de seguridad jurídica. En efecto, esta Corte ha reiterado de forma pacífica y uniforme que el sistema financiero comprende una actividad económica que compromete el interés público, la confianza y la estabilidad macroeconómica del país. Lo anterior, porque es un escenario en el que se manejan, aprovechan e invierten recursos captados del público, lo que configura una actividad básica y trascendental para el desarrollo económico, al ser el principal mecanismo de administración del ahorro público y de financiación de la inversión pública y privada. Se trata de una actividad fundada en un pacto intangible de confianza, de ahí que los usuarios esperen, de una parte, que las obligaciones serán rutinariamente satisfechas; y de otra, que exista una regulación adecuada que cimente la convicción pública de que las entidades que hacen parte del sistema están vigiladas técnica y profesionalmente. Sobre este aspecto, la Corte ha precisado:

“Esa confianza ha de ser permanente, continua, y totalmente extendida para que el sistema funcione. La historia económica global reciente demuestra que este no es un planteamiento meramente teórico: en el momento en que se rompe la confianza, el sistema financiero se paraliza, y con él la economía que de él depende. Las personas empiezan a desconfiar del sistema, y de su capacidad de cumplir la promesa contenida en cada una de los millones de transacciones diarias que dentro de él se realizan. El mantenimiento de esa confianza pública es el objetivo principal de la intervención del estado en este tipo de actividades.”

(e) Finalmente, el Gobierno no podía diseñar las líneas de crédito y las garantías para su otorgamiento con base en sus facultades ordinarias. En efecto, el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución habilita al Presidente de la República para intervenir en la actividad financiera y cualquier otra que implique el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos provenientes del ahorro de terceros. No obstante, dicha función debe ejercerla de acuerdo con la ley. Este Tribunal en Sentencia C-021 de 1994, señaló que el Gobierno carece de competencia para:

“ (...) para formular o participar en la formulación de la política de crédito del país, esto es, en la selección concreta de los instrumentos que permitan dirigir la aplicación de recursos e identificar los sectores económicos destinatarios de los correspondientes beneficios, a efecto de promover las actividades que, a juicio de las autoridades, sea conveniente incentivar e impulsar, de manera que no se puede asimilar, ni siquiera en parte, la facultad reguladora

del crédito, que es función propia del Banco de la República, con la potestad de intervención del Gobierno que le asigna la Carta Política para el ordenamiento y control de las actividades a que alude el numeral 25 del Artículo 189 y demás disposiciones que se han mencionado. Resulta obvio considerar, que el gobierno debe tener en cuenta, en su rol de interventor, las directrices consignadas en las leyes sobre moneda (C.P. art. 150-13), políticas monetaria, cambiaria y crediticia (C.P. arts. 150-22 y 372), así como los objetivos y metas de la política económica general, cuando ello incide de alguna manera en el manejo de las referidas competencias.”

v) De otra parte, sobre el escrutinio de necesidad jurídica del artículo 2º, la Sala concluye que la medida sobre el intercambio de información supera el juicio enunciado. En efecto, el ordenamiento jurídico ordinario no cuenta con previsiones legales suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional y se trata de materias que tienen reserva de ley y, por lo tanto, no pueden ser reguladas vía reglamento. En particular, no prevé la obligación de intercambio de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de otros países entre los integrantes del Comité de Garantías y el FNG, para cumplir con el propósito del DL analizado. Para la Sala, se trata de una previsión que redundaría en beneficios para los destinatarios de las medidas en términos de eficiencia, optimización de los recursos, celeridad, control expedito, disminución de trámites o instancias, entre otros. Por lo tanto, con base en que el objetivo se cumple con la medida, aquella supera el juicio.

57. Conforme a lo expuesto, la Sala considera que el Decreto 816 de 2020 cumple con el juicio de necesidad fáctica y jurídica.

Juicio de proporcionalidad

58. Las medidas adoptadas por el Decreto 816 de 2020, resultan ser necesarias, idóneas y conducentes para facilitar el acceso al crédito de ciertos sectores de la población afectados con la pandemia, con el fin de activar paulatinamente la economía y apoyar financieramente a esos sectores particularmente afectados. En efecto, las medidas consagradas en la legislación de excepción contenida en este decreto dotan al Comité de Garantías de herramientas y competencias para diseñar e implementar las líneas de crédito propuestas, lo cual está inmerso en la política pública adoptada por el Gobierno para democratizar el crédito, de tal forma que se permite establecer las tasas de interés para las líneas de crédito

que diseña e implementa con estricta observancia de los márgenes generales definidos por el Banco de la República.

En efecto, el artículo 371 de la Carta consagra que el Banco de la República tiene como función regular el crédito. En tal sentido, la Junta Directiva del Banco Central es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia conforme a las funciones que le asigne la ley. Bajo esa perspectiva, el literal e) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992 indica que es función de la Junta Directiva:

“(...) Señalar en situaciones excepcionales y por períodos que sumados en el año no excedan de ciento veinte (120) días, las tasas máximas de interés remuneratorio que los establecimientos de crédito pueden cobrar o pagar a su clientela sobre todas las operaciones activas y pasivas, sin inducir tasas reales negativas. Las tasas máximas de interés que pueden convenirse en las operaciones en moneda extranjera continuarán sujetas a las determinaciones de la Junta Directiva. Estas tasas podrán ser diferentes en atención a aspectos tales como la clase de operación, el destino de los fondos y el lugar de su aplicación. Los establecimientos de crédito que cobren tasas de interés en exceso de las señaladas por la Junta Directiva estarán sujetos a las sanciones administrativas que establezca la Junta en forma general para estos casos.”

Este Tribunal ha entendido que dichas funciones se ejercen de la siguiente manera:

“Según el artículo 372 de la Constitución, la Junta Directiva, como órgano que tiene a cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco de la República, es la autoridad encargada de “regular” la moneda, los cambios internacionales y el crédito.

Lo anterior significa, que en las materias aludidas, el Banco, por intermedio de su Junta, expide los ordenamientos o reglas de acuerdo con los cuales se manejan en lo sucesivo las actividades monetarias, cambiarias y crediticias (...)

Las “regulaciones” de que trata el artículo 371, son, en principio, normas de carácter general, y su formulación, en lo que atañe con el manejo monetario y crediticio, constituye una atribución exclusiva de la Junta Directiva del Banco, porque la Carta no autorizó compartir tales facultades, ni con el Presidente, ni con ninguna otra autoridad u organismo del Estado. Tanto es así, que ni el artículo 189 (atribuciones del Presidente de la República),

ni en las disposiciones que regulan las funciones de la Banca Central (Arts. 371 a 373), se establecen otros niveles de competencia en las materias indicadas.” (Énfasis agregado)

Conforme a lo expuesto, la medida no resulta desproporcionada. Las funciones del Comité de Garantías están encaminadas al diseño, la implementación, el seguimiento y el control de las líneas de crédito que serán garantizadas con los recursos provenientes del DL 492 y que administra el FNG. En ejercicio de tales facultades tiene un margen de maniobra específico para establecer las condiciones de la obligación, incluidas tasas de interés diferenciales, que responden a los objetivos del DL y a las necesidades de quienes requieren acceder a los créditos. Esta gestión se cumple en el marco de la regulación general expedida por la Junta Directiva del Banco de la República. En otras palabras, se trata de una medida que cumple finalidades constitucionales que no están prohibidas y que, por el contrario, son importantes e imperiosas, como es la reactivación económica a través del fomento del crédito; son instrumentos idóneos porque permiten la implementación de una política pública integral para garantizar las obligaciones financieras de las MiPymes; y finalmente, es proporcionada en sentido estricto, porque no desconoce otros principios constitucionales, en particular, los relacionados con la intervención económica exclusiva en cabeza del Banco de la República y su función de regular la actividad crediticia del país. En tal sentido, el Comité ejerce sus competencias en el estricto marco regulatorio establecido por el Banco Central. En tal perspectiva, no desconoce las funciones de la Junta Directiva del Banco de la República porque, la Sala insiste, su labor se limita a diseñar, implementar, seguir y controlar las líneas de crédito que serán respaldadas por los recursos del FNG destinados en el DL 492. Esta situación, de ninguna manera implica definir la política crediticia del país, sus instrumentos y la regulación general. Bajo este entendido, las medidas analizadas son razonables y proporcionadas.

En ese sentido el Decreto 816 de 2020, más allá de impactar derechos ciudadanos o restringirlos, busca contribuir positivamente con las expectativas constitucionales de democratización del crédito, en momentos en los que la economía está contraída por la situación ligada a la pandemia.

59. No obstante, un interviniente sostiene que las autorizaciones para la implementación de las líneas de crédito otorgadas al Comité del FNG, con cargo a los recursos derivados del Decreto 492 de 2020, así como el respaldo ofrecido a su participación como garantes de

operaciones activas que involucran personas económicamente vulnerables, resultan ser concesiones desproporcionadas en favor del Gobierno, que le otorgan a esas autoridades, atribuciones excesivas en el manejo de recursos económicos y en la toma de decisiones sin “ningún tipo de priorización legal” .

60. En contraposición a estas observaciones, la Sala considera que las medidas propuestas por el Decreto 816 de 2020, si bien no son regladas al detalle y, en algunos aspectos, cabe el ejercicio discrecional, se trata de competencias que responden a la necesaria flexibilidad que deben tener los responsables de tomar decisiones en materia financiera, por la dinámica cambiante del mercado, por ello no se consideran desproporcionadas. En efecto:

i. (i) El artículo 1º del Decreto 816 de 2020 fija directrices para la actuación de los funcionarios encargados de la delimitación de la política a seguir en materia de implementación en el FNG de las garantías y de las líneas de crédito para enfrentar el COVID-19 y el seguimiento al fortalecimiento patrimonial de ese Fondo, lo que supone, de por sí, que se trata de un proceso parcialmente reglado mediante ley. Ahora bien, el hecho de que algunas facultades sean discrecionales en ese proceso, no significa que se trate de actuaciones arbitrarias, en la medida en que existe un marco de regulación en cada etapa y las actuaciones están sometidas al control y vigilancia del Estado. El Comité, además, está conformado por varios miembros, por lo que la toma de decisiones en la política descrita, involucra a un número plural de funcionarios. Los recursos económicos derivados del DL 492 de 2020, también son reglados en la medida en que hay un propósito específico para su apropiación y utilización. Bajo tales parámetros, no se presenta la ausencia de proporcionalidad alegada.

() Por otra parte, el Decreto 816 de 2020 respeta la organización existente en el FNG y acepta la autonomía de la nueva gestión, por lo que, no se desconocen las competencias del FNG, ni sus competencias. Sin embargo, la Sala aclara que por tratarse de una entidad cuya creación y definición de competencias es legal, si el Legislador lo considera, dentro de su libertad de configuración normativa, bien podría modificar su funcionamiento.

() El DL 816 de 2020 contempla igualmente que el FNG debe cumplir con las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se mantiene la supervisión y vigilancia sobre su gestión a cargo de los órganos de control del Estado. En ese sentido, aunque se

flexibilizan algunas posturas en cuanto a los objetivos a considerar para adjudicar garantías, (conforme a la política de acceso al crédito que el mismo Comité debe materializar), el control y vigilancia sobre las actuaciones de los funcionarios siguen operando conforme a la ley. Ello supone que las decisiones adoptadas por estos organismos especializados, debe soportarse y acreditarse como una expresión de la discrecionalidad y no la arbitrariedad administrativa. En estos casos, la flexibilización no implica negligencia o descuido en la toma de decisiones, ni tampoco una entrega desproporcionada de competencias y recursos parte del Legislador de excepción, sin mayor control, porque como se expuso, la vigilancia es de la esencia de la actividad financiera.

(iv) Finalmente, también es importante en este debate precisar que el manejo que se le da a los datos personales protegidos en el artículo 2º del Decreto 816 de 2020 es proporcional. En efecto, el instrumento respeta la naturaleza de esos datos, limita su uso a los asuntos financieros y de riesgo que se requieran para dar cumplimiento al objeto económico perseguido por el Comité y, finalmente, redirecciona al FNG la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, circulación, restricción y confidencialidad de tales datos.

En consecuencia, se trata de datos personales que: (a) pasan del Comité a la entidad financiera en virtud de la labor de implementación, seguimiento y control de las líneas de crédito creadas y de la actividad como garante de operaciones activas que tiene ese órgano técnico. (b) Son datos que están ligados al análisis del riesgo que se debe evaluar como parte de la labor financiera que le compete al FNG dado que esa es su naturaleza, como lo dispone el mismo artículo en mención y el EOSF. (c) Se trata, además, de los datos a los que alude la Ley Estatutaria 1581 de 2012 así como la Ley 1266 de 2008; lo que pone en evidencia que debe dárseles el manejo legal exigido, tal y como lo considera el mismo inciso 2º del artículo 2º del decreto objeto de control, al reconocer que frente a ellos se deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad del dato, su circulación restringida y su confidencialidad. Con todo, en el caso de los datos financieros, esa entrega se puede dar sin el consentimiento del titular; lo que no significa un descuido en el manejo del dato, sino su garantía de seguridad, confidencialidad y circulación restringida. Y (d) finalmente, la norma consagra un límite en su utilización, para precisar en qué condiciones se pueden usar y qué exigencias hay sobre ellos.

61. Así las cosas y con fundamento en que el Comité está conformado, en principio, por funcionarios públicos, y que muchos de sus miembros dependen de la confirmación reglamentaria de su designación, es importante reiterar que en virtud del artículo 2º del Decreto 816 de 2020, el manejo de los datos y de la información a la que alude, le corresponde al FNG como principal obligado. Esta claridad, protege el derecho al habeas data y asegura un adecuado manejo de la información en el proceso, sin que exista incertidumbre sobre a quién compete asegurar el cuidado y actualización de los datos.

62. Por lo expuesto, se concluye que existe proporcionalidad en el manejo de esta información, la forma de acceder a los datos y la medida propuesta por el decreto legislativo en mención, que se acoge a los términos de ley y designa a los responsables de su cuidado - FNG-, no sin antes limitar su uso a la realización efectiva de análisis financiero en materia de valoración del riesgo.

63. La Sala concluye que el Decreto 816 de 2020 cumple con el juicio de proporcionalidad en los términos descritos.

Juicio de no contradicción específica

64. Las medidas adoptadas por el Decreto 816 de 2020 no contrarían la Constitución o los tratados internacionales; y no desconocen el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el estado de emergencia económica. A continuación, la Sala precisa los argumentos que sustentan la superación del mencionado escrutinio:

64.1. La estrategia jurídica adoptada en el DL analizado expresa la facultad de intervención del Estado en la economía y el mandato constitucional de la democratización del crédito. En efecto, la regulación integral adoptada por el Gobierno Nacional responde a la obligación de intervención económica del Estado, específicamente en el sector financiero. Cumple con la finalidad de corregir fallas del mercado ocasionadas por la pandemia y garantiza la democratización del crédito para las MiPymes que han resultado afectadas con la emergencia, comoquiera que facilita el acceso al crédito de personas que, en condiciones normales de valoración del riesgo, no podrían conseguirlo. La Corte ha precisado que la Constitución estableció que la dirección general de la economía le corresponde al Estado con plenas garantías de la iniciativa privada y la actividad económica libre.

El sector financiero, como se advirtió previamente, está basado en la confianza y es una actividad básica para el desarrollo económico, particularmente porque materializa el ahorro y es la fuente de financiación por antonomasia de la inversión pública y privada. De ahí que la democratización del crédito sea un objetivo constitucional importante y un derecho de los consumidores. Es una garantía que materializa la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.

Conforme a lo expuesto, para la Sala es evidente que las medidas analizadas son instrumentos que materializan mandatos de la Carta sobre intervención económica del Estado en el sector financiero. Aquellos buscan, mediante una estrategia integral que abarca las líneas de crédito y las garantías de las obligaciones, materializar la democratización de crédito de las MiPymes que han resultado afectadas por los efectos económicos derivados de la pandemia. De esta suerte, los instrumentos no desconocen postulados superiores, por el contrario, los efectivizan.

64.2. Son instrumentos que pretenden proteger la empresa y el empleo. Estos postulados cumplen una función constitucionalmente relevante en la sociedad relacionada con el bienestar, el desarrollo económico y la dignidad humana. En tal perspectiva, este Tribunal ha establecido que la libertad económica está consagrada en el artículo 333 de la Carta y ha sido entendida como la facultad de toda persona para realizar actividades de carácter económico, con la finalidad de crear, mantener o incrementar su patrimonio.

Para la Corte, el modelo de Estado adoptado por el la Carta no tiene un contenido neutro en relación con el ámbito económico. En tal sentido, la relación entre el poder estatal y el mercado está mediada por: i) la protección de la libertad y la libre iniciativa privada, las cuales no tienen carácter absoluto, en atención a que su ejercicio debe armonizarse con la función social de la empresa, el interés general, la libre competencia, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (artículo 333); y, ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la economía, con la finalidad de garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, el uso adecuado de los recursos naturales y del suelo, la producción, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, la racionalización de la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la

distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano, así como la promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo económico.

Bajo esta perspectiva, el modelo definido por la Constitución de 1991 para el Estado colombiano es incompatible con un esquema de liberalismo económico clásico, que proscribe la intervención estatal, así como con formas de economía autoritaria centradas en el Estado como único agente relevante del mercado. Por el contrario, la Constitución adoptó un modelo de economía social de mercado que reconoce y protege a la empresa y a la iniciativa privada por ser el principal motor de la economía.

El marco de referencia descrito permite comprender el contenido y alcance de los derechos y libertades de los agentes económicos que participan en el mercado. En tal sentido, la libertad de empresa ha sido entendida desde un criterio amplio como “(...) [U]na facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”.

También ha sido comprendida como libre iniciativa privada, materializada en la posibilidad de toda persona de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica de acuerdo con el modelo económico y organización institucional. Adicionalmente, esta Corporación ha indicado que la libertad de empresa materializa la facultad de participación en el mercado a través de actividades empresariales destinadas a la oferta de bienes y servicios. Este Tribunal ha definido dicha garantía como:

“(...) aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”.

De otra parte, el Estado también está obligado a intervenir en la economía para dar pleno

empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, accedan al conjunto de bienes y servicios básicos. Uno de los mecanismos para garantizarlo es la protección de la empresa, como unidad productiva, motor de desarrollo social y económico y, además, generador de empleo.

Bajo ese contexto, la Sala considera que las medidas analizadas contribuyen de manera idónea a la consecución de estos objetivos constitucionales. De una parte, garantiza el acceso al crédito mediante el respaldo público de las obligaciones contraídas por las personas naturales y jurídicas afectadas por la crisis económica; y de otra, la inyección de capital a las empresas, derivada del crédito, evita la quiebra y, por el contrario, reactiva la actividad productiva y protege el empleo.

64.3. Previamente, la Sala advirtió que las medidas adoptadas por el Presidente en relación con el intercambio de información y el manejo de los datos por parte del FNG, respetaban el marco de la protección constitucional y estatutaria del derecho de habeas data. Bajo ese entendido, los instrumentos se ajustan a lo previsto por la normativa y la jurisprudencia sobre el manejo de la información en programas financieros y el derecho al habeas data. En tal sentido, los precedentes recientes se refieren a esos límites, pero también a la posibilidad que tienen las autoridades para acceder a información reservada para contener los efectos de la pandemia (Sentencias C-150 de 2020 y C-174 de 2020 ambas con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez).

64.4. De otra parte, la Sala reitera que las medidas adoptadas en relación con las competencias del nuevo Comité de Garantías sobre las líneas de crédito no afectan las funciones del Banco de la República. En efecto, la Corte reafirma que el ejercicio de las facultades del Comité para el diseño, la implementación, el seguimiento y el control de las líneas de crédito creadas para los afectados con la emergencia generada por el COVID-19, debe hacerse dentro del margen de la regulación financiera y crediticia existente. Dichas atribuciones pueden contemplar la posibilidad de establecer tasas de interés diferenciadas, pero que, en todo caso, deben fijarse con estricta observancia del marco regulatorio general expedido por la Junta Directiva del Banco Central. De ninguna manera, la norma habilitó al Comité para asumir funciones de regulación crediticia que son exclusivas de la Junta del Banco de la República, en especial, la de señalar las tasas máximas de interés remuneratorio en los términos del literal e) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992.

64.5. Los asuntos regulados en el DL corresponden a materias económicas sobre las que el Legislador tiene amplia libertad de configuración normativa. En efecto, conforme a los numerales 19 y 21 del artículo 150 de la Carta, le corresponde al Congreso dictar normas generales sobre la regulación de la actividad financiera y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; y, además, expedir las leyes de intervención económica previstas en el artículo 334 superior. Para la Sala, las medidas analizadas no contienen, en principio, materias ajenas a las competencias del Legislador ordinario, y en la medida en que están dirigidas a buscar mecanismos para superar la crisis al apreciar las circunstancias existentes de restricción económica derivadas de la pandemia y proponer respuestas a la situación, tampoco del extraordinario. En ese sentido, el ejercicio de dichas facultades por parte del Presidente de la República desarrollada en estos términos, se ajusta a los preceptos de la Carta mencionados previamente.

64.6. La Sala llama especialmente la atención sobre el apartado del párrafo 1º del artículo 1º del DL analizado, que establece la posibilidad legal para el Comité de “(...) efectuar operaciones aun cuando al momento de su realización se esperen resultados financieros adversos o que tengan rendimientos iguales a cero o negativos”. Para la Corte, esta expresión es constitucional, por las siguientes razones:

a. a. La emergencia derivada de la pandemia, ha generado un fuerte ciclo recesivo en la economía. Las medidas sanitarias para contener el contagio del virus, sumado al sentimiento de pesimismo y zozobra de los individuos, han ocasionado cambios en el comportamiento de los agentes económicos, traducido en un fuerte impacto tanto en la demanda como en la oferta de bienes y servicios. Esta situación afecta la productividad y el empleo. Bajo este panorama el país se enfrenta a un momento económico complejo, caracterizado por fluctuaciones irregulares e impredecibles, con graves impactos financieros y sociales.

b. Tal situación exige la intervención del Estado en la economía para estabilizar el ciclo y, en este caso, para proteger la empresa, el empleo y restablecer la senda productiva del país. En tal medida, el esfuerzo público se realiza justamente en escenarios financieros que no son favorables en la actualidad, debido al innegable efecto real de la pandemia sobre ciertos sectores, en especial, para las MiPymes. Por tal razón, se requieren mecanismos de ayuda financiera que permitan reactivar económicamente el mercado de bienes y servicios.

Bajo ese entendido, la medida responde a la realidad de muchos empresarios que justamente no han podido acceder a fuentes de financiación a través de las vías ordinarias, por tener proyecciones financieras adversas o rendimientos negativos. En ese sentido, el instrumento de valoración del apartado referido permite el acceso al crédito aun cuando la situación económica del beneficiario no presente un balance positivo, pero que, después de la intervención estatal, pueda producir efectos económicos y de bienestar social favorables en el mediano y largo plazo.

c. La Sala considera que es posible que el Estado respalde créditos de sectores vulnerables cuyo riesgo sea alto y que, en las actuales condiciones, no tienen la posibilidad de acceder al financiamiento bancario. En estos casos, se impone el deber de solidaridad y la materialización de la igualdad en el acceso a mecanismos del crédito. De ahí, la necesidad de que el Estado intervenga directamente y respalde las obligaciones financieras, aun si aquellas, como es lógico por el ciclo económico actual, tengan proyecciones de resultados adversos y rendimientos negativos.

d. Este modelo de intervención económica no es ajeno en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, en situación de normalidad económica, el literal g) del artículo 3º de la Ley 1473 de 2011, define el gasto contracíclico como aquel gasto temporal que contribuye a que la economía retorne a su senda de crecimiento de largo plazo, en las condiciones establecidas en el artículo 6º ejusdem.

e. En el caso estudiado por la Corte, la valoración que debe hacer el Comité para el otorgamiento de las garantías no está limitada a la verificación de rendimientos financieros. Por el contrario, el parágrafo 1º del artículo 1º exige una evaluación conjunta y en contexto de una política integral que tiene como objetivo solventar las necesidades sociales y económicas causadas por la pandemia del COVID-19. Si bien, en algunos casos, el Estado tendrá que responder con recursos públicos por las obligaciones de los beneficiarios, dicha falta de rendimiento se compensa con la rentabilidad social generada por la medida, particularmente en términos de bienestar, protección de la empresa y del empleo.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Decreto 816 de 2020 supera el juicio de no contradicción específica.

juicio de incompatibilidad

Ausencia de arbitrariedad e intangibilidad

66. Tal y como se mencionó en los párrafos precedentes, el DL 816 de 2020 no contiene medidas que puedan afectar derechos fundamentales y, mucho menos, derechos que tengan la condición de intangibles. De igual manera, tampoco se ven afectadas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

67. En ese orden, el decreto legislativo tampoco contiene medidas que conlleven una alteración del normal funcionamiento de las Ramas del Poder Público, o que impliquen una modificación o suspensión de las funciones jurisdiccionales de acusación y juzgamiento o que desmejoren o limiten los derechos fundamentales.

El inciso final del artículo 215 de la Constitución señala que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”. El Decreto 816 de 2020, en ese sentido, no desmejora tampoco los derechos constitucionales ni las garantías de los trabajadores en Colombia.

68. En particular, frente a las disposiciones que involucran el derecho de habeas data y el manejo de datos financieros, ya se explicó cómo las medidas propuestas por el decreto no vulneran postulados superiores, sino que por el contrario se encuentran en el marco de las disposiciones constitucionales y de leyes estatutarias que amparan este derecho, y expresamente hacen referencia a la necesidad de cumplir con los principios bajo los que se desarrolla este derecho, como son la seguridad, circulación restringida y confidencialidad

No discriminación

69. Las medidas adoptadas en el decreto legislativo en mención, no imponen una discriminación injustificada, ni tratos diferenciales por razón de la raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de ningún tipo. Por el contrario, las garantías otorgadas por el FNG buscan cubrir a los diferentes sectores de la población que se han visto afectados por la pandemia.

Análisis del párrafo 2º del artículo 1º del Decreto 816 de 2020 y de otras disposiciones específicas

70. En particular, respecto del párrafo 2º del artículo 1º del Decreto 816 de 2020, el Centro

de Estudios Fiscales de la Universidad Externado de Colombia sostiene que es inconstitucional porque su finalidad y objetivo trasciende los hechos mismos que dieron origen a la emergencia económica. Se trata entonces de una disposición que simplemente no cumple con los juicios de finalidad, conexidad y necesidad, ya que no es una medida encaminada a conjurar las causas de la perturbación o a impedir la extensión o agravación de los efectos de la emergencia; ni hay un vínculo entre los motivos de la emergencia y la medida en concreto, porque finalmente tampoco hay una necesidad fáctica, para que esa medida exista.

En detalle esa norma autoriza que, una vez “superados los hechos que motivaron la emergencia económica”, el Comité de Garantía pueda dar una destinación diferente a los recursos restantes aportados al FNG en virtud del DL 492 de 2020, con el fin de respaldar con ellos su participación como fiador o garante en toda clase de operaciones activas de las instituciones financieras u otras instituciones que realicen operaciones de crédito. También autoriza a ese organismo a delegar en la asamblea de accionistas, la junta directiva u otro órgano de administración del FNG, cualquiera de las funciones asignadas al Comité, en virtud del DL 816 de 2020.

71. En otras palabras, el párrafo prepara las condiciones para que una vez superados los hechos que dieron lugar a la emergencia económica, se decida la destinación de los dineros recabados para apoyar la consolidación de las líneas de crédito objeto de la labor del Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19, y se puedan delegar esas funciones autónomas a un órgano de dirección del FNG.

72. La Sala no comparte los argumentos expuestos por el interviniente, por las siguientes razones:

72.1. Es una norma que concreta el requisito de transitoriedad de la medida adoptada en el marco de la emergencia económica. Bajo ese entendido, determina las condiciones para que el Comité cese su operación una vez se superen las circunstancias que dieron lugar al estado de excepción.

72.2. Nótese que con dicho capital, se propone el respaldo de la emisión de créditos garantizados por esta entidad dentro del periodo de existencia de sus atribuciones, por lo que se trata de una determinación conexa y necesaria para amparar también la gestión que

ha sido previamente adelantada por la entidad, al momento de terminación de las competencias asignadas por el Decreto, con el fin de promover la seguridad jurídica.

La medida, en consecuencia, no legisla más allá de la superación de los hechos que motivaron la emergencia, porque no autoriza la continuidad de las competencias asignadas, sino que simplemente asegura el cese de operaciones y el cierre de la actividad reglada por el Decreto, sin vacíos de regulación, ya que la norma ofrece un seguro para evitar que se afecte la confianza en el FNG, en el caso de aquellas garantías que se concedan en la cercanía del vencimiento de las atribuciones por superación de los hechos, y se comprometa con ello, el objetivo final del Decreto 816 de 2020.

En particular, se trata del soporte a la misma operación realizada por la entidad, frente a los créditos ya emitidos y garantizados por ella, por lo que no consagra en modo alguno competencias ulteriores como la asignación de nuevas garantías o determinación de nuevos créditos, como puede creerse prima facie de su lectura literal, pues la expresión inicial del párrafo sólo intenta hacer determinable el momento del cese de las competencias del DL 816 de 2020, ante la ambigüedad existente derivada de las características mismas de la pandemia.

Lo anterior, asegura entonces la conexidad de la disposición con el interés de superar las consecuencias negativas de la emergencia derivadas de la pandemia en materia económica, ya que mantiene la confianza frente a la acción del FNG en materia crediticia incluso en cercanía a la superación de los hechos, y en general, asegura que las reglas existentes en el proceso de reactivación económica que se busca, mantengan su beneficio hasta el último momento, incluso frente a las garantías otorgadas cerca al fin de las funciones correspondientes.

72.3. Se trata entonces, de una disposición instrumental que disipa la incertidumbre y genera seguridad jurídica al menos sobre tres aspectos: (i) el futuro del Comité creado para diseñar y dirigir la política pública integral de otorgamiento de garantías para las obligaciones financieras de los afectados por la pandemia; y (ii) el tratamiento de los recursos sobrantes por la finalización de las condiciones que dieron lugar a la emergencia económica. En este último caso, busca evitar que los recursos públicos destinados para los fines del DL 492 queden sin disposición específica y se dificulte su control posterior. La transferencia de los

recursos sobrantes al FNG determina la finalización del funcionamiento del Comité por haber agotado su objeto. (iii) Permite además delegar las atribuciones del Decreto a los órganos de administración del FNG para que en aras de esa seguridad jurídica que se busca, cualquier asunto pendiente, pueda ser sorteado y finiquitado por tales organismos para el cierre final de las atribuciones dispuestas por el Decreto 816 de 2020, reforzando de cualquier modo, la transitoriedad de las funciones asignadas.

De acuerdo con lo expuesto, se trata de un precepto que cumple con los juicios de finalidad, conexidad, motivación y necesidad jurídica. En efecto, la medida define la temporalidad de la gestión del Comité y la disposición final de los recursos sobrantes una vez sean superadas las circunstancias que dieron lugar a la emergencia económica, con el propósito de respaldar las garantías ya concedidas y asegurar así la confianza en la gestión de reactivación económica que se espera del Decreto. Estos aspectos cumplen con los objetivos que orientan la declaratoria del estado de excepción, además guardan una estrecha relación con las motivaciones del DL y con aquellas que sustentan la emergencia económica. Además, la motivación fue suficiente, en el entendido de que se requieren normas instrumentales que permitan el tránsito hacia la institucionalidad ordinaria una vez desaparezcan las causas de la emergencia económica, cuando estas buscan soportar toda la gestión precedente del FNG, establecida en virtud de las normas extraordinarias. Finalmente, estas disposiciones regulan aspectos que tienen reserva legal, en especial, porque se refieren a la creación de un Comité que resulta ser central en el funcionamiento de una política pública integral y a la disposición de recursos públicos. En tal sentido, el Gobierno no podría realizar estos ajustes institucionales y presupuestarios con base en sus facultades ordinarias.

72.3. En relación con el juicio de no contradicción, la Sala precisa que la finalidad de la norma es garantizar la naturaleza temporal del Comité en el marco de la política pública de garantía de obligaciones financieras de los afectados por la pandemia. También, establece instrumentos para el tránsito a la institucionalidad ordinaria, particularmente, en los ajustes presupuestarios que garanticen la continuidad operativa del FNG en tiempos de normalidad. Estos aspectos hacen parte de la libertad de configuración del legislador de excepción para diseñar las estrategias necesarias para superar la crisis y no son inconstitucionales. No obstante, la Sala observa que la identificación del momento exacto en que dicha situación opera es ambiguo e indeterminado, debido a que la norma se refiere indistintamente a la superación de los hechos que dieron origen a la declaratoria de la emergencia económica.

En la Sentencia C-171 de 2020, la Corte reiteró que uno de los principios que debe observarse en los estados de excepción es la temporalidad, como quiera que los decretos de desarrollo de una emergencia económica deben destinarse “exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos” (inciso 3º del artículo 215 superior). En tal sentido, dijo que algunas medidas pueden tener “...una duración limitada, de acuerdo con la naturaleza de los hechos que dieron lugar a la declaratoria correspondiente [de ahí que] se afecta este principio cuando el estado de excepción adquiere carácter indefinido”. De igual manera, dicha sentencia recordó que, en sentencias C-467 de 2017, C-179 de 1994, C- 218 de 2011 y C -226 de 2011, la Corte también dejó en claro que “la vigencia del principio de temporalidad no es incompatible con el carácter permanente de las normas adoptadas al amparo de la emergencia (...) con excepción de aquellas de carácter tributario, las cuales perderán ejecutoria al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso las adopte como legislación ordinaria”. En consecuencia, la jurisprudencia constitucional ha entendido que este requisito de la temporalidad debe evaluarse en atención a la naturaleza de cada medida y de las necesidades que tienen los órganos políticos de adoptar decisiones suficientes y eficientes para conjurar la crisis que las genera, de ahí que el juez constitucional no puede establecer una regla inmodificable que se aplique por igual a todas las medidas decretadas en estado de emergencia económica, social y ecológica. Es claro que las medidas que no se agotan por su propia dinámica ni aquellas que no tienen un término de duración claramente establecido en el decreto legislativo, pueden permanecer en el ordenamiento jurídico si se destinan exclusivamente a conjurar la crisis o a evitar la extensión de sus efectos, lo cual no siempre tiene términos precisos.

Ahora bien, el DL analizado estableció la temporalidad del Comité y el tránsito presupuestal de los recursos sobrantes al FNG a la superación de los hechos que motivaron la emergencia económica, social y ecológica declarada por el DL 637 de 2020 (parágrafo 2º del artículo 1º). Tal contenido, a juicio de la Sala, podría entenderse como un término incierto e indefinido porque permitiría comprender su duración dentro de un escenario de compleja incertidumbre en atención a las particularidades de la pandemia que generaron la crisis. Así, si se entiende que los hechos que motivaron la emergencia están relacionados con el impacto en el empleo, o con el riesgo de contagio, o con el ciclo económico que debe enfrentar el país, es claro que la duración de las medidas podría resultar intemporal. Pese a ello, es cierto que las medidas adoptadas en el Decreto 816 de 2020 para dar acceso al crédito están destinadas “exclusivamente a conjurar la crisis” y, por tratarse de recursos limitados, tienen vocación

temporal, como pasa a explicarse:

Para la Corte, la interpretación sistemática de la expresión “Una vez superados los hechos que motivaron la emergencia Económica, Social y Ecológica declarada por el por el (sic) Decreto 637 de 2020”, contenida en el parágrafo 2º del artículo 1º, y del inciso primero del artículo 1º, permite inferir que las medidas adoptadas en el decreto objeto de estudio no tienen vocación de permanencia y están limitadas en el tiempo, en razón del agotamiento de su propio contenido. En efecto, debemos recordar que el DL 816 de 2020 define el marco especial de autorizaciones del FNG para dar acceso al crédito con los recursos transferidos en cumplimiento del Decreto 492 de 2020. Los recursos a que hace referencia esa disposición son los dispuestos en su artículo 3º, los cuales corresponden a:

a. 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.

En la providencia que avaló la constitucionalidad del origen de los recursos dispuestos para el fortalecimiento patrimonial del FNG, la Corte no encontró problema constitucional alguno relacionado con el cumplimiento del requisito de temporalidad de la medida. Salta a la vista que la financiación del fondo para enfrentar los nuevos retos generados por la pandemia, mediante el traslado de recursos con cuantías determinadas o determinables, constituye un límite material y temporal para el cumplimiento de las medidas adoptadas en el decreto objeto de estudio. Sin duda, agotados los recursos transferidos en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 492 de 2020, tanto el marco especial de autorizaciones del FNG para dar acceso al crédito, como el funcionamiento del nuevo Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19, deberán desaparecer por agotamiento de sus competencias.

De todas maneras, si los recursos transferidos fueron suficientes para garantizar operaciones de crédito de personas naturales y jurídicas que sufrieron efectos adversos en su actividad económica por la pandemia, se entienden superados los hechos que motivaron la emergencia económica, en este asunto concreto. Por esa razón, la Corte concluye que la expresión normativa acusada se ajusta al artículo 215 constitucional.

72.4. La medida supera los juicios ausencia de arbitrariedad, intangibilidad y no discriminación, pues no suspende normas ordinarias, no afecta garantías ni derechos intangibles y no establece tratamientos normativos que entrañen segregación, fundada en sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o cualquier otra categoría sospechosa. Tampoco impone tratos diferentes injustificados.

73. De otra parte, la Sala considera necesario pronunciarse específicamente sobre la expresión “Los miembros de la junta directiva no serán responsables por las decisiones que tome el comité de garantías”, contenida en el segundo inciso del literal ii, contenido en el literal d) del artículo 1º del DL 816 de 2020.

En efecto, se trata de un precepto que deslinda la responsabilidad de cada uno de los administradores involucrados, en las áreas de su competencia, en la medida en que el Comité de Garantías claramente responde por las decisiones que tome en el desempeño de su labor, en los términos de lo signado en el DL 816 y demás disposiciones relacionadas con las atribuciones que le fueron conferidas (art. 1), y la Junta Directiva del FNG hace lo propio, frente a las responsabilidades que se derivan de sus deberes y de la toma de decisiones en el desempeño de sus obligaciones, en concordancia con las disposiciones que continúan vigentes, en los términos ya mencionados.

De hecho, dado que en el FNG existen, a partir de este Decreto, dos órganos directivos diversos e independientes -el Comité de Garantías y la Junta Directiva-, con atribuciones funcionales diferentes, resulta razonable la intensión del legislador extraordinario de delimitar la responsabilidad de cada uno de ellos. En especial, si se tiene en cuenta que el Decreto 816 en su artículo 1º literal a), le confiere al Comité de Garantías un carácter autónomo al interior del FNG, y paralelamente, le otorga a la Junta Directiva del FNG el deber de cumplir y hacer cumplir las decisiones que adopte el Comité. En ese orden de ideas, el Decreto optó por delimitar la responsabilidad de la Junta, para asegurar la independencia del

Comité y armonizar las funciones de ambos órganos.

Bajo este entendimiento, la disposición que se destaca no libera de responsabilidad a los miembros de la Junta Directiva en lo que tiene que ver con su propias actuaciones y omisiones, sino que concreta tanto la responsabilidad directa de los miembros de la Junta, esto es la prohibición de responder por actos ajenos, como el principio de culpabilidad en el derecho sancionador, garantías derivadas de los artículos 1º, 28 y 29 superiores. Paralelamente, focaliza en el Comité la responsabilidad por las determinaciones que sean resultado del cumplimiento de sus atribuciones derivadas del Decreto 816 de 2020.

Sobre esa base es importante recordar, en cualquier caso, que conforme a lo dicho en la Sentencia C-118 de 2018, las sociedades de economía mixta a pesar de su autonomía jurídica están vinculadas a la Rama Ejecutiva, y las personas que prestan sus servicios en tales sociedades, son, en principio, servidores públicos. Ello supone que estas entidades, responsables en cualquier caso de cumplir la ley: (i) son objeto del control fiscal, que se adelanta por la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo previsto en el artículo 267 superior; (ii) están sujetas a control político, el cual es ejercido por el Congreso de la República, según el artículo 208 de la Constitución Política; (iii) la integración de sus órganos directivos se somete al régimen de inhabilidades previsto en los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta; (iv) se rigen por las reglas de la ley orgánica del presupuesto; y (vi) deben observar las normas de contabilidad oficial. Además, la jurisprudencia constitucional ha destacado que si bien las sociedades de economía mixta están revestidas de algunas de las características de los entes comerciales, no son particulares, ya que manejan recursos públicos, hacen parte de la estructura de la Administración Pública y están vinculadas al sector descentralizado por servicios. Lo que supone precisamente, de acuerdo con la Sentencia C-722 de 2007, que a pesar de que se trate de sociedades en las que, en principio, “han de coexistir, de una parte, el interés general inherente a la vinculación de recursos públicos en la conformación del respectivo capital social y, de otra parte, la garantía de la plena vigencia de la libertad económica, la libre competencia y, en general, de los intereses privados propios de la actividad empresarial de los particulares”, se les aplican plenamente a ellas y a sus directivos, la exigencia de observar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 superior y el deber de propugnar por la realización del interés general.

En este caso, la Sala no encuentra entonces, reproche alguno contra esa disposición porque su alcance normativo no ofrece interpretaciones que sean contrarias a la Constitución. Sin embargo, reitera que se trata de una cláusula que no establece condiciones de inmunidad o de irresponsabilidad, sino que su contenido reafirma la inexistencia de la responsabilidad objetiva en el derecho sancionador y el principio de responsabilidad por el acto propio.

Como la naturaleza de este órgano es de carácter técnico, por expresa disposición del artículo 1-a del Decreto, el precepto asegura la participación de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y Comercio, Industria y Turismo en la conformación del Comité, pero deja como obligación del Ministerio de Hacienda, la integración de los demás miembros técnicos de ese equipo.

En términos pragmáticos, las dinámicas y volatilidad de los mercados y las propuestas macroeconómicas de diversa índole que se piensan introducir al debate, dan cuenta de que se trata de una facultad que responde perfectamente a la necesidad de contar con un personal especializado de diferente perfil en la toma de decisiones que asegure de la mejor manera, en su diseño e implementación, la efectividad de la política adoptada. Desde esta perspectiva, se trata entonces de una función que va varios pasos adelante de las disyuntivas técnicas que se puedan presentar en momentos de desaceleración económica, ya que permite dar respuesta a exigencias y necesidades cambiantes.

Desde una perspectiva jurídica, es el Legislador, en virtud de sus competencias asignadas en el artículo 150-7 de la Carta, a quien le corresponde determinar la estructura de la administración nacional y en ese sentido puede crear o autorizar, como ya se mencionó, la constitución de sociedades de economía mixta. En este caso, en consecuencia, fue el Legislador extraordinario a quien le correspondió la creación de un órgano especializado y autónomo al interior del FNG para cumplir con las determinaciones del decreto y asegurar la configuración e integración del Comité correspondiente. Una atribución que se ajusta entonces a las disposiciones constitucionales vigentes, no sólo porque es una competencia que nace de un acto con fuerza material de ley, sino porque en la determinación de la medida, el Legislador extraordinario tuvo en cuenta sus propias competencias constitucionales, en tanto que al gobierno, en virtud del artículo 189-13 inciso 2º, se le permiten “nombrar y remover libremente a sus gentes”.

Así las cosas, la competencia asignada al Ministerio de Hacienda, que nace de un acto con fuerza material de ley y del reconocimiento de una facultad constitucional conferida al gobierno, resulta para la Sala además, razonable, dado que se refiere a potestades ligadas a entidades directamente vinculadas a los sectores que van a ser los destinatarios de las medidas que se van a aplicar, y que por ese hecho son quienes pueden determinar la pertinencia de los demás miembros técnicos en el Comité, conforme a las necesidades del debate. Bajo esa premisa, en tanto que el FNG es una entidad que a pesar de su autonomía se encuentra bajo la tutela del Ministerio de Hacienda, parece claro que sea ese Ministerio, de manera funcional, el encargado de articular a los expertos que deben configurar el Comité para el avance en la política descrita. Además, es una atribución que le permite darle movilidad a las exigencias técnicas del Comité, según los requerimientos que se deriven de los cambios existentes en el escenario financiero y económico actual.

No se trata en modo alguno de una facultad enteramente discrecional, que pueda desempeñarse de manera arbitraria, porque sólo encuentra su justificación en función a las necesidades técnicas propuestas por el mismo Decreto y demás normas legales ligadas con el atributo de garante que desempeña el FNG en materia crediticia, así como con los artículos 208 y 209 de la Carta y la Ley 489 de 1998, en lo que corresponde a la organización y operatividad de tales entidades.

Es más, para corroborar ese hecho y dar cuenta del carácter técnico del organismo en mención y de las limitaciones que orientan la designación, la Resolución 1065 del 29 de abril de 2020, modificada por la No 1232 de 2020 estableció como integrantes del Comité en mención a los siguientes funcionarios: el Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien lo presidirá, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado, el Viceministro Técnico de Hacienda y Crédito Público, el Viceministro General de Hacienda y Crédito Público, el Director de la Dirección General de Política Macroeconómica, el Director de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, el Director de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional, el Director de la Dirección General de Participaciones Estatales y el Director de la Unidad Administrativa Especial Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera.

En este sentido, como lo ha mencionado la jurisprudencia, “[l]o arbitrario expresa el capricho o voluntad individual, contraria a la razón, de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley”. Sin

embargo, ello no se desprende de las atribuciones establecidas por el Decreto 816 de 2020 en cabeza del Ministerio de Hacienda en este caso, ya que se encuentran ligadas a la ley, limitadas por un fin y un propósito específico en materia de política económica y crediticia, orientadas a partir de la especialidad y el carácter técnico de quienes deben ser miembros del Comité conforme a su objeto, y ligadas o precisadas mediante una resolución, que en cualquier caso, tiene control judicial. Criterios que llevan a la Corte a considerar que se trata de funciones acordes con la Carta.

75. Finalmente, esta Sala concluye que el artículo 3º que se refiere a la vigencia del Decreto, no presenta problema constitucional alguno.

Por ende, una vez realizado el escrutinio general anterior y revisada las medidas consagradas en DL 816 de 2020 a la luz de los distintos juicios que conducen a determinar su validez, la Sala concluye que el Decreto en mención, debe ser declarado exequible.

Conclusiones

76. El Decreto 816 de 2020 estableció un marco regulatorio especial y preferente, para dar acceso y generar líneas de crédito a través del FNG, a personas naturales y jurídicas que sufrieran afectaciones económicas por causa de la pandemia, con recursos transferidos a esa entidad, en cumplimiento del DL 492 de 2020. Para el efecto, creó un órgano técnico denominado el Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19 cuyo propósito es avanzar en la coordinación, seguimiento y evaluación del fortalecimiento patrimonial del FNG y ser el encargado del diseño, implementación, seguimiento y control de las líneas de crédito habilitadas para los afectados económicamente por la pandemia. El artículo 1º del decreto describió el objeto de las medidas, las operaciones avanzadas permitidas y el régimen de autorizaciones. El párrafo 1º de esa norma, consagró los lineamientos sobre la toma de decisiones en materia de aprobación y otorgamiento de garantías. El segundo párrafo estableció directrices sobre la destinación de algunos recursos con posterioridad a la superación de los hechos que motivaron la emergencia. El artículo 2 reguló premisas sobre el manejo de los datos financieros necesarios para considerar los riesgos de las operaciones celebradas. Finalmente, el artículo 3º se derogó algunos apartes normativos que limitaban las líneas de crédito a ciertos sectores de la economía.

77. La mayoría de los intervinientes, incluido el Ministerio Público, avalaron la constitucionalidad del decreto, tanto desde una perspectiva formal como material. Sin embargo, el Centro de Estudios Fiscales de la Universidad Externado de Colombia solicitó su declaratoria de inexequibilidad porque a su juicio el decreto no cumplía con los juicios de conexidad, finalidad, necesidad, proporcionalidad y motivación suficiente.

78. Desde el punto de vista formal, la Corte concluyó que el decreto cumple con esas exigencias porque: (i) cuenta con la firma del Presidente y de sus Ministros; (ii) fue proferido con ocasión y en desarrollo del decreto que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional; (iii) fue expedido dentro del término de vigencia del estado de emergencia decretado; (iv) la normativa en estudio contiene motivación suficiente en sus considerandos y, (v) como el estado de excepción fue declarado en todo el territorio nacional, el decreto también tiene un ámbito de aplicación nacional.

79. Desde el punto de vista material, la Corte concluyó que el Decreto 816 de 2020 cumple con los juicios por las siguientes razones:

(i) En cuanto al juicio de finalidad, la normativa objeto de estudio satisface ese criterio, dado que las medidas están destinadas a conjurar algunos aspectos de la emergencia económica declarada mediante el Decreto 637 de 2020 y a impedir la extensión de sus efectos. El decreto trata de optimizar el uso del capital estatal invertido en el fortalecimiento patrimonial del Fondo Nacional de Garantías, no sólo mediante el ajuste del diseño institucional en la toma de decisiones, sino al recordar que el propósito fundamental de las garantías otorgadas por el Fondo y de los cambios que el decreto introduce al habilitar el diseño de líneas de crédito, es facilitar un mayor flujo financiero a los diferentes agentes económicos (empresas y personas naturales) que se han visto profundamente afectados por la emergencia.

(ii) Sobre la conexidad externa, la Corte sostuvo que en la declaración de emergencia económica se destacó la necesidad de tomar medidas para enfrentar los graves riesgos que se presentan sobre la permanencia de las empresas, la continuidad de los empleos y la volatilidad del comportamiento económico, de ahí la urgencia de proponer nuevas reglas legislativas para evitar una destrucción masiva del empleo y formas de evitar el impacto negativo que ello tendría para la economía del país. Como propuesta, a esta situación, se destacó en el Decreto 637 de 2020, la necesidad de fortalecer y reorganizar el Fondo

Nacional de Garantías (FNG), con el fin de garantizar la continuidad del acceso al crédito de las personas naturales o jurídicas”, para lo cual se adoptarían decretos legislativos para concretar esas medidas.

En directa causalidad con las premisas mencionadas, el Decreto 816 de 2020 reorganizó el FNG, al establecer: (i) el marco especial de autorizaciones de acceso a créditos dirigido a las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido efectos adversos en su actividad económica con ocasión de la pandemia; (ii) la creación del Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19 y (iii) definir las reglas necesarias para lograr tales objetivos, incluido el manejo de datos.

En lo que respecta a la conexidad interna, el DL presentó motivaciones que ofrecen un nexo causal entre las razones de su parte motiva y aquellas posteriormente desarrolladas en los tres artículos de su parte resolutive.

(iii) Frente al Juicio de necesidad, la Corte consideró que ese juicio también se cumple, en tanto que las medidas adoptadas para favorecer el crédito y movilizar el mercado financiero, resultan necesarias y relevantes en esta coyuntura, para evitar la profundización del impacto negativo del COVID en la economía.

En este caso, la necesidad fáctica del Decreto 816 de 2020 se consideró aún más apremiante, en la medida en que parte de la estrategia del Gobierno para fortalecer patrimonialmente al FNG y aumentar el crédito y la confianza a partir de su gestión, ya había sido avalada por esta Corporación al aceptar la constitucionalidad del DL 492 de 2020, y quedaba pendiente, precisamente, aquel aspecto ligado a la creación del organismo que liderará el fortalecimiento patrimonial del fondo y la implementación de las líneas de crédito, regulada por el Decreto 816 de 2020 objeto de evaluación.

En lo que respecta a la necesidad jurídica, la Corte llegó a la conclusión de que el Gobierno Nacional no tiene competencias ordinarias para tomar decisiones unilaterales relativas al funcionamiento de las sociedades de economía mixta, su organización interna, su función y sus recursos. Por lo que a “falta de competencias ordinarias” era necesario que la legislación de excepción materialice los cambios que se requerían para fortalecer el FNG.

Sobre el intercambio de información entre las entidades (artículo 2º), la Corte consideró que

cumplió con la necesidad fáctica y jurídica. La primera, de una parte porque la atribución de una nueva responsabilidad al FNG exige robustecer su fuente de información para tomar decisiones y evitar o minimizar riesgos que puedan afectar su operación y, de otra parte, porque era importante dejar claro que en ese manejo de información a cargo del FNG es fundamental preservar los principios que desarrollan y protegen el derecho al habeas data. También se cumplió con el requisito de necesidad jurídica ante la inexistencia de regulación ordinaria que permite el tráfico de datos con destino al FNG para que cumpla con los objetivos del DL y el requerimiento de interacción entre sistemas de información que mejoren y optimicen la gestión pública en este aspecto. De igual manera, cumplió con este escrutinio porque es una materia con reserva de ley que no puede ser regulada por reglamento.

(iv) En lo concerniente al juicio de proporcionalidad, la Corte encontró que el decreto en estudio, más allá de impactar derechos ciudadanos o restringirlos, busca contribuir positivamente con las expectativas constitucionales de democratización del crédito, en momentos en los que la economía se encuentra bastante contraída por la situación ligada a la pandemia.

Además, ante las críticas de falta de proporcionalidad en la liberalidad de las funciones asignadas al Comité, la Sala concluyó que: (a) el hecho de que algunas facultades sean discrecionales en el proceso, no significa que se trate de actuaciones arbitrarias, en la medida en que existe un marco de regulación en cada etapa y las actuaciones están sometidas al control y vigilancia del Estado. El Comité, está conformado por varios miembros, por lo que la toma de decisiones en la política descrita, involucra a un número plural de funcionarios. Bajo tales parámetros, no es cierta la falta de proporcionalidad en las atribuciones dadas al Comité para el desarrollo de la política enunciada. (b) Por otra parte, las normas del Decreto 816 de 2020, no alteran el funcionamiento del FNG ni el andamiaje institucional y normativo existente, para la toma de decisiones. El decreto preserva la organización existente en el FNG y acepta la autonomía de la nueva gestión, por lo que tampoco “invade” al FNG, ni sus competencias, de manera desproporcional, como lo afirmaba el Centro de Estudios Fiscales. (c) La normativa bajo control contempla que el FNG debe cumplir las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y mantener la supervisión y vigilancia que sobre su gestión realizan distintos órganos del Estado. En ese sentido, aunque se flexibilizan algunas posturas en cuanto a los objetivos a considerar para adjudicar garantías (conforme a la política de acceso al crédito que el mismo Comité debe

materializar), el control y vigilancia sobre las actuaciones de los funcionarios operan conforme a la ley.

(d) De igual forma, las funciones del Comité en relación con las líneas de crédito que garantizará el FNG no desconocen las atribuciones de la Junta Directiva del Banco de la República en materia de regulación del crédito. En efecto, el Comité únicamente se encargará del diseño, la implementación, el seguimiento y el control de las líneas de crédito garantizadas. Si en tal ejercicio resulta necesario establecer tasas de crédito diferenciales, aquella actuación se realiza en el estricto marco regulatorio general establecido por el Banco Central. Bajo ese entendido, la Sala concluyó que la medida es razonable y proporcionada.

(e) Finalmente, también es importante en este debate precisar, que es proporcional, el manejo que se le da, a los datos personales protegidos en el artículo 2º del Decreto 816 de 2020, porque se trata de datos personales que: (a) pasan del Comité a la entidad financiera en virtud de la labor de implementación, seguimiento y control de las líneas de crédito creadas y de la actividad como garante de operaciones activas que tiene ese órgano técnico. (b) Son datos que están ligados al análisis del riesgo que se debe evaluar como parte de la labor financiera que le compete al FNG dado que esa es su naturaleza, como lo admite el mismo artículo en mención y el EOSF. (c) Se trata, además, de los datos a los que alude la Ley Estatutaria 1581 de 2012 así como la Ley 1266 de 2008; lo que pone en evidencia que debe dársele a los mismos el manejo que exija el Legislador, tal y como lo considera el mismo inciso 2º del artículo 2º del decreto objeto de control, al reconocer que frente a ellos se deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad del dato, su circulación restringida y su confidencialidad. Con todo, en el caso de los datos financieros, esa entrega se puede dar sin el consentimiento del titular; lo que no significa un descuido en el manejo del dato, sino su garantía en los mismos términos del inciso 2º del artículo 2º del Decreto 816 de 2020, ya mencionado. Y (d) finalmente, la norma consagra un límite en su utilización, para precisar en qué condiciones se pueden usar y qué exigencias hay sobre ellos.

v. (v) En relación con los juicios de no contradicción específica, incompatibilidad arbitrariedad, intangibilidad y no discriminación, la Sala concluyó que las medidas adoptadas por el Decreto 816 de 2020 no contrarían la Constitución o los tratados internacionales; y no desconocen el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el estado de emergencia

económica. El DL no suspende leyes ni expresa su incompatibilidad con el correspondiente estado de excepción, no contiene medidas que puedan afectar derechos fundamentales y, mucho menos, postulados que tengan la condición de intangibles, por lo que tampoco afecta este juicio. De igual manera, no se ven afectadas las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos, ni contiene medidas que conlleven a una alteración del normal funcionamiento de las Ramas del Poder Público, o que impliquen una modificación o suspensión de las funciones jurisdiccionales de acusación y juzgamiento o que desmejoren o limiten los derechos fundamentales. Por el contrario, se trató de instrumentos que: i) materializan la intervención del Estado en la economía y la democratización del crédito; ii) protegen la empresa y el empleo; iii) corresponden a materias económicas sobre las que el Legislador tiene amplia libertad de configuración normativa; y, iv) configuran una política de intervención contracíclica desarrollada en escenarios financieros que actualmente son adversos pero que generan rentabilidad social en términos de solidaridad y de igualdad.

En este escenario, la Sala reiteró que las medidas no desconocen las facultades constitucionales de la Junta Directiva del Banco de la República, en particular, porque las actuaciones del Comité deben realizarse en el estricto marco regulatorio general de la Banca Central.

En particular, frente a las disposiciones que involucran el derecho de habeas data y el manejo de datos financieros, las medidas propuestas por el decreto no vulneran postulados superiores, sino que por el contrario se encuentran en el marco de las disposiciones constitucionales que amparan este derecho, y expresamente hacen referencia a la necesidad de cumplir con los principios bajo los que se desarrolla este derecho, como son la seguridad, circulación restringida y confidencialidad.

Finalmente, las medidas adoptadas en el decreto legislativo en mención, no imponen una discriminación injustificada, ni tratos diferenciales por razón de la raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de ningún tipo.

Estas razones le permiten a la Corte concluir que el Decreto Legislativo 816 de 2020, cumplió satisfactoriamente con las exigencias constitucionales necesarias para acreditar su exequibilidad, por lo que así será declarado.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el Decreto Legislativo 816 de 2020 “Por el cual se establecen normas relacionadas con la administración del Fondo Nacional de Garantías S.A. —FNG, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020”.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese en la página web de la Corte y archívese el expediente.

Presidente

Con salvamento de voto

RICHARD S. RAMIREZ GRISALES

Magistrado (E)

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

Magistrado (E)

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL DE LA MAGISTRADA CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-406/20

REF.: Expediente RE-343.

Revisión de constitucionalidad del Decreto 816 de 2020, “Por el cual se establecen normas relacionadas con la administración del Fondo Nacional de Garantías S.A. —FNG, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020”.

Magistrada Sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, salvo parcialmente mi voto en el asunto de la referencia, por las razones que se exponen a continuación:

Considero que el párrafo 2 del artículo 1 del Decreto Legislativo 816 de 2020 no superaba el juicio de finalidad. Este párrafo preceptúa expresamente que “una vez superados los hechos que motivaron la emergencia”, el Comité de Garantías podrá determinar que con los recursos sobrantes, dirigidos al fortalecimiento patrimonial del FNG, esta entidad respalde su participación como fiador o garante de toda clase de operaciones.

A mi juicio, es claro que una consecuencia lógica de la superación de los hechos que motivaron la emergencia es la desaparición del Comité de Garantías. Lo anterior, esencialmente, por el agotamiento de su objeto. En consecuencia, dada su ausencia física y jurídica para ese momento, tal Comité no podría determinar la destinación de los recursos sobrantes. Esto sería, por tanto, competencia exclusiva de la Junta Directiva del FNG. Además, esa determinación es ajena a la naturaleza y a las funciones del Comité, las cuales deben estar estrechamente vinculadas al estado de excepción.

De otro lado, es evidente que la destinación de los recursos sobrantes dirigidos al fortalecimiento patrimonial del FNG, con posterioridad a la emergencia no tiene ninguna relación con esta. Esto, porque una decisión de esas características no está directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión o agravación de sus efectos.

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

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA C-406/20

Con el debido respeto por las decisiones de la Corte presento las razones que en esta oportunidad me condujeron a salvar parcialmente el voto en la sentencia de la referencia.

En ella se declaró exequible la totalidad del Decreto Legislativo 816 de 2020, relacionado con la administración del Fondo Nacional de Garantías en el marco del estado de emergencia. Si bien compartí esta decisión me aparté de lo considerado sobre el parágrafo 2 del artículo 1º, cuya exequibilidad la mayoría de la Sala justificó en que: i) es una norma que concreta el requisito de transitoriedad en el marco de la emergencia; ii) define la temporalidad de la gestión del comité y la disposición final de los recursos sobrantes, para respaldar garantías concedidas y asegurar la confianza en la gestión de reactivación económica; iii) no legisla más allá de la superación de los hechos que motivaron la emergencia al asegurar el cese de operaciones y cierre de la actividad reglada; y iv) se trata de una disposición instrumental que disipa la incertidumbre y genera seguridad jurídica.

Ante esta determinación, como lo expuse en el debate ante Sala Plena, consideré que no se cumplían los juicios de finalidad y de conexidad, como paso a recabar.

No se supera el juicio de finalidad por cuanto la medida legislativa adoptada no está directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos. En mi criterio una consecuencia lógica y jurídica de la previsión inicial contenida en el parágrafo 2 del artículo 1º de haber superado los hechos que motivaron la emergencia declarada por el Decreto 637 de 2020, está dada en el retorno a la normalidad institucional y, con ello, la desaparición del Comité de Garantías para enfrentar el COVID-19 (lit. a art. 1º), al haber agotado su objeto y el sentido de las funciones asignadas (competencias).

Esta medida carece realmente del fundamento de transitoriedad de la gestión que ha sido otorgada en el marco de la emergencia económica, toda vez que mantiene o perpetúa la continuidad de las competencias asignadas al Comité para que decida la destinación de los dineros recabados en orden a apoyar la consolidación de las líneas de crédito y que se puedan delegar esas funciones en un órgano de dirección del Fondo Nacional de Garantías, cuando ello correspondería a su Junta Directiva al haberse superado los hechos que motivaron la declaratoria de emergencia.

Tampoco se cumple el juicio de conexidad material ya que la destinación de los recursos resultantes de las operaciones descritas (arts. 3º y 4º, DL 492/20) destinados al fortalecimiento patrimonial del Fondo, con posterioridad a la emergencia económica, social y

ecológica, no tiene relación con las causas de la crisis y el impedir la extensión de sus efectos (externa).

Se exceden los hechos que dieron origen a la emergencia económica al no haber un vínculo estrecho entre la medida desarrollada y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, esto es, la necesidad de contener exclusivamente la grave crisis derivada de la pandemia del COVID-19.

Justamente en la aclaración de voto a la Sentencia C-200 de 2020, que estudió el DL 492 de 2020 al cual se remite el Decreto 816 examinado, ya advertía algunas dudas razonables sobre la superación de algunos de los juicios materiales respecto de varios artículos -carácter estructural y conexidad material- y al hecho innegable que el decreto que se examinaba establecía una serie de medidas que concretaban aspiraciones gubernamentales previas a las causas y los efectos de la situación de emergencia ocasionada por el COVID-19.

Por tanto, como expresión de la coherencia que debe caracterizar la actuación de un juez constitucional, estimo que en esta oportunidad procedía mi disenso respecto al parágrafo 2 del artículo 1º del Decreto Legislativo 816 de 2020, que ha debido ser declarado inexecutable.

Uno de los principios que se debe observar en los estados de excepción es que las medidas tendrán efecto mientras persistan los hechos que generaron la emergencia. Así las cosas, no es factible entender la permanencia de estas después de la culminación de la emergencia sanitaria al no estar presentes las circunstancias que dieron origen a la excepción, para evitar el abuso en su ejercicio.

De esta manera, dejo expresadas las razones que me llevaron en esta oportunidad a apartarme parcialmente de la decisión mayoritaria de la Sala Plena.

Fecha ut supra.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado