

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE MODIFICA EL PROGRAMA DE APOYO AL EMPLEO FORMAL PAEF-Exequibilidad parcial y condicionada

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

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE MODIFICA EL PROGRAMA DE APOYO AL EMPLEO FORMAL PAEF-Contenido y alcance

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

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

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio material

El examen material de constitucionalidad de los decretos de desarrollo debe llevarse a cabo a partir de diez (10) juicios: (i) finalidad, (ii) conexidad, (iii) motivación suficiente, (iv) arbitrariedad e intangibilidad, (v) no contradicción específica, (vi) incompatibilidad, (vii) necesidad, (viii) proporcionalidad y, (ix) no discriminación.

PRECEDENTE EN DECRETOS LEGISLATIVOS-Pertinencia para resolver problema jurídico

(...) el Decreto Legislativo 677 de 2020 está compuesto por dos grupos de disposiciones: primero, aquellas que reproducen el contenido de los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 8º y 11º del Decreto Legislativo 639 de 2020 y segundo, aquellas que introducen modificaciones a algunos apartes normativos de estos artículos. En la sentencia C-458 de 2020 la Corte Constitucional realizó el análisis de constitucionalidad del Decreto Legislativo 639 de 2020 y, en concreto, de las disposiciones de los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 8º y 11º que el Decreto Legislativo 677 de 2020 reproduce. La Sala Plena considera que (i) la sentencia C-458 de 2020 es un precedente aplicable para la valoración de la constitucionalidad de las

disposiciones del primer grupo; (ii) no existe ninguna razón para apartarse de esta decisión; y (iii) por lo tanto, no es necesario realizar un nuevo análisis de constitucionalidad de este grupo de disposiciones. Por lo tanto, la Sala Plena declarará la exequibilidad, exequibilidad condicionada e inexecutable de los apartes normativos de los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 8º y 11º del Decreto 639 de 2020 que el Decreto sub examine reprodujo, en los mismos términos de la sentencia C-458 de 2020. Por esta misma razón, circunscribirá el examen material del Decreto Legislativo 677 de 2020 únicamente a la valoración de constitucionalidad de aquellas disposiciones que introducen modificaciones al Decreto Legislativo 639 de 2020, y a responder a los nuevos cuestionamientos de constitucionalidad planteados por los intervinientes en el presente proceso.

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

El artículo 10 de la LEEE prevé el juicio de finalidad, según el cual toda medida contenida en los decretos legislativos de desarrollo debe estar directa y específicamente encaminada a enervar las causas de la perturbación o impedir la extensión o agravación de sus efectos.

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

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

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

En el juicio de motivación suficiente, la Corte determina si el Decreto contiene consideraciones y el Presidente ha presentado razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas. La motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que existen tres niveles de intensidad del juicio de motivación suficiente que se determinan según el contenido de las medidas objeto de análisis. Primero, el juicio de intensidad estricta, que se aplica para las medidas que limitan derechos constitucionales, que exige al Gobierno Nacional la explicación detallada de las razones que justifican tal limitación. Segundo, el juicio de intensidad intermedia, aplicable cuando “la medida adoptada no limita derechos”, se satisface si el Gobierno Nacional “expresa al menos un motivo que la justifique”. Tercero, el juicio de intensidad leve, para aquellas medidas meramente instrumentales y operativas, exige simplemente que el Gobierno enuncie los fundamentos constitucionales o legales que sustentan la adopción de las medidas.

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

El juicio de ausencia de arbitrariedad exige que la Corte compruebe que el decreto legislativo no contenga medidas que violen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA

ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de intangibilidad

(...) el juicio de intangibilidad exige que los decretos de desarrollo de la emergencia no desconozcan aquellos derechos que a la luz de los artículos 93 y 214 de la Constitución tienen el carácter de “intocables” o “intangibles” y, por ello, no pueden ser restringidos, siquiera, durante un estado de excepción.

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

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

PRECEDENTE JUDICIAL-Aplicación

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

El juicio de incompatibilidad está previsto por el artículo 12 de la LEEE. Por medio de este

examen la Corte debe valorar que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción.

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

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

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

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

El juicio de no discriminación tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE. Este juicio exige que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no vulneren el derecho a la igualdad, es decir, no entrañen segregación alguna fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas, y no impongan tratos diferentes injustificados.

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Etapas

JUICIO INTERMEDIO DE IGUALDAD-Aplicación

Expediente: RE-311

Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 677 de 2020, “[p]or el cual se modifica el Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020 y se disponen medidas sobre el Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 de 2020”.

Magistrado ponente (e):

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES

Bogotá D. C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veinte (2020).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el numeral 7 del artículo 241 y el párrafo del artículo 215 de la Constitución Política, y cumplidos los trámites contemplados en el Decreto Ley 2067 de 1991, profiere la siguiente,

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la facultad prevista por el artículo 215 de la Constitución, el Gobierno Nacional profirió el Decreto Legislativo 637 de 2020, mediante el cual declaró el “Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional”.

1. Mediante comunicación del 20 de mayo de 2020, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República remitió a esta Corte copia auténtica del Decreto Legislativo 677 de 2020, “[p]or el cual se modifica el Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020 y se disponen medidas sobre el Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 de 2020”.

1. En la sesión ordinaria de la Sala Plena del 22 de mayo de 2020, la revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 677 de 2020 fue asignada por sorteo al magistrado Carlos Bernal Pulido y el expediente fue remitido por la Secretaría de la Corte Constitucional al citado despacho el 26 de mayo de 2020.

1. Mediante auto del 29 de mayo de 2020, el magistrado sustanciador resolvió (i) avocar conocimiento del asunto; (ii) requerir a la Secretaría Jurídica de la Presidencia, y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que remitieran las pruebas necesarias para el control de constitucionalidad. En particular, la Corte les solicitó responder a un cuestionario relativo al contenido de cada uno de los artículos del Decreto Legislativo; (iii) convocar a diferentes entidades, asociaciones e instituciones universitarias para que se pronunciaron acerca de la constitucionalidad del Decreto objeto de estudio; y (iv) vencido el término para la fijación en lista, correr traslado al Procurador General de la Nación, por el término de diez (10) días, para que rindiera el concepto de rigor, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 del Decreto 2067 de 1991.

1. Por la renuncia al cargo del magistrado titular Carlos Bernal Pulido, el presente proceso fue asumido por el suscrito magistrado (e).

1. Decreto objeto del control de constitucionalidad

1. Corresponde a la Corte revisar el Decreto Legislativo 677 de 2020. A continuación, se transcribe su contenido conforme a su publicación en el Diario Oficial 51.319 de 19 de mayo de 2020:

“DECRETO 677 DE 2020

(Mayo 19)

Por el cual se modifica el Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020 y se disponen medidas sobre el Programa de Apoyo al Empleo Formal- PAEF, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 de 2020

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

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

CONSIDERANDO

(...)

DECRETA:

Artículo 1. Modifíquese el artículo 2 del Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020, el cual quedará así:

«Artículo 2. Beneficiarios del Programa de apoyo al empleo formal – PAEF. Podrán ser beneficiarios del PAEF las personas jurídicas, personas naturales, consorcios y uniones temporales que cumplan con los siguientes requisitos:

1. Hayan sido constituidos antes del 1° de enero de 2020.
2. Cuenten con una inscripción en el registro mercantil. En todo caso, esta inscripción deberá haber sido realizada o renovada por lo menos en el año 2019.
3. Demuestren la necesidad del aporte estatal al que se refiere el artículo 1 del presente

Decreto Legislativo, certificando una disminución del veinte por ciento (20%) o más en sus ingresos.

4. No hayan recibido el aporte de que trata el presente Decreto Legislativo en tres ocasiones.

5. No hayan estado obligadas, en los términos del artículo 8 del presente Decreto Legislativo, a restituir el aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal-PAEF.

Parágrafo 1. Las entidades sin ánimo de lucro no deberán cumplir con el requisito establecido en el numeral 2 de este artículo. En su lugar, deberán aportar copia del Registro Único Tributario. En todo caso, sólo podrán ser beneficiarios del Programa las entidades sin ánimo de lucro que estén obligadas a presentar declaración de renta o en su defecto declaración de ingresos y patrimonio, así como información exógena en medios magnéticos por el año gravable 2019.

Parágrafo 2. Los beneficiarios deberán contar con un producto de depósito en una entidad financiera. Para efectos de este Programa se entenderán como entidades financieras aquellas entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o por la Superintendencia de Economía Solidaria, que tengan autorizado el ofrecimiento de productos de depósito.

Parágrafo 3. No podrán ser beneficiarios del Programa de apoyo al empleo formal PAEF las entidades cuya participación de la Nación y/o sus entidades descentralizadas sea mayor al 50% de su capital.

Parágrafo 4. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público determinará el método de cálculo de la disminución en ingresos de que trata el numeral tercero de este artículo.

Parágrafo 5. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, dentro de las labores de fiscalización que adelante durante los tres años siguientes a la finalización del Programa, podrá verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto Legislativo para acceder al mismo. Para efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente artículo, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- deberá remitir a la UGPP la

información que sea necesaria para realizar dicha validación.

Parágrafo 6. En el caso de personas naturales, para efectos del cumplimiento del requisito establecido en el numeral 1 del presente artículo, se tomará como referencia la fecha de inscripción en el registro mercantil.

Parágrafo 7. No podrán acceder a este Programa las personas naturales que se encuentren en cualquiera de las siguientes condiciones:

1. Tengan menos de tres (3) empleados reportados en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) correspondiente al período de cotización del mes de febrero de 2020 a cargo de dicha persona natural, entendiéndose por empleados aquellos descritos en el parágrafo 2 del artículo 3 del presente Decreto Legislativo.

2. Sean Personas Expuestas Políticamente (PEP) o sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil de Personas Expuestas Políticamente (PEP).

Parágrafo 8. Los consorcios y las uniones temporales no deben cumplir con el requisito establecido en el numeral 2 de este artículo, en su lugar, deberán aportar copia del Registro Único Tributario.

En todo caso, las personas naturales o jurídicas que conformen consorcios y uniones temporales no podrán postularse al Programa con los trabajadores que se hayan tenido en cuenta en la postulación de dicho consorcio o unión temporal. De igual manera, los consorcios y uniones temporales no podrán postularse al Programa con los trabajadores que se hayan tenido en cuenta en la postulación de las personas naturales o jurídicas que conformen dichos consorcios y uniones temporales.

Parágrafo 9. Para efectos de la verificación de la identidad y calidad de quienes suscriban los documentos, las Cámaras de Comercio deberán permitir a la UGPP y a las entidades financieras la interoperabilidad y el acceso a los sistemas de información que contienen estos datos.»

Artículo 2. Modifíquese el artículo 3 del Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020, el cual quedará así:

«Artículo 3. Cuantía del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal – PAEF. La cuantía del aporte estatal que recibirán los beneficiarios del Programa de Apoyo al Empleo Formal – PAEF corresponderá al número de empleados multiplicado por hasta el cuarenta por ciento (40%) del valor del salario mínimo legal mensual vigente.

Parágrafo 1. Para efectos de este Decreto Legislativo, se entenderá que el número de empleados corresponde al número de empleados reportados en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) correspondiente al periodo de cotización del mes inmediatamente anterior al de la postulación a cargo de dicho beneficiario.

En cualquier caso, los empleados que serán considerados en este cálculo deberán corresponder, al menos, en un ochenta por ciento (80%) a los trabajadores reportados en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) correspondiente al periodo de cotización del mes de febrero de 2020 a cargo de dicho beneficiario. En ningún caso el número de empleados que se tenga en cuenta para determinar la cuantía del aporte estatal podrá ser superior al número de trabajadores reportados en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) correspondiente al periodo de cotización del mes de febrero de 2020 a cargo de dicho beneficiario.

Parágrafo 2. Para efectos del presente Programa, se entenderán por empleados los trabajadores dependientes por los cuales el beneficiario haya cotizado, el mes completo, al sistema general de seguridad social en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), con un ingreso base de cotización de al menos un salario mínimo mensual legal vigente, y a los cuales, en el mes inmediatamente anterior al de postulación, no se les haya aplicado la novedad de suspensión temporal de contrato de trabajo o de licencia no remunerada (SLN).

Para efectos de la verificación de los trabajadores correspondientes al periodo de cotización del mes de febrero de 2020 de que trata el inciso segundo del parágrafo 1 de este artículo, bastará con que hayan sido incluidos en la Planilla PILA correspondiente sin tener en cuenta los criterios establecidos en el primer inciso de este parágrafo. No obstante, sólo serán tenidas en cuenta las planillas presentadas antes del 9 de mayo de 2020.

Parágrafo 3. Para el cálculo del aporte de que trata el presente artículo, cada empleado sólo podrá ser contabilizado una vez. En los casos de que exista multiplicidad de empleadores de un mismo trabajador, se otorgará el aporte al primero que, producto de la respectiva

postulación, verifique la UGPP.»

Artículo 3. Modifíquese el artículo 4 del Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020, el cual quedará así:

«Artículo 4. Procedimiento de postulación para la obtención del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal -PAEF. Las personas jurídicas, personas naturales, consorcios y uniones temporales que cumplan con los requisitos del artículo 2 del presente Decreto Legislativo deberán presentar, ante la entidad financiera en la que tengan un producto de depósito, los siguientes documentos:

1. Solicitud firmada por el representante legal o por la persona natural empleadora, en la cual se manifiesta la intención de ser beneficiario del Programa de apoyo al empleo formal -PAEF.

2.1 La disminución de ingresos, en los términos del numeral 3 del artículo 2 de este Decreto Legislativo; y

2.2 Que los empleados sobre los cuales se recibirá el aporte efectivamente recibieron el salario correspondiente al mes inmediatamente anterior; o,

2.3 Que sin perjuicio de lo establecido en el numeral anterior, se pagarán, a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción de los recursos, las obligaciones laborales adeudadas. Esta posibilidad de certificación y destinación solo será procedente por una única vez para pagar la nómina del mes de abril con la postulación respectiva del mes de mayo de 2020.

El cumplimiento del procedimiento descrito en el presente artículo permitirá la obtención de un aporte estatal mensual. El aporte estatal podrá ser solicitado hasta por tres ocasiones. De ser así, el beneficiario deberá cumplir, en cada caso, con el procedimiento descrito en el presente artículo.

Las entidades financieras deberán recibir los documentos de que trata este artículo, verificando que los mismos se encuentran completos y comprobando la identidad y calidad de quien realiza la postulación al Programa.

Las entidades financieras que reciban los documentos de postulación al Programa de apoyo al empleo formal -PAEF, deberán informar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP de la recepción de los mismos. La UGPP deberá llevar un registro consolidado de los beneficiarios, los trabajadores respectivos y el número de empleos que se protegen a través del presente programa y verificará que el beneficiario no se ha postulado para el mismo aporte mensual ante otras entidades financieras.

Parágrafo 1. El acto de postularse implica la aceptación, por parte del beneficiario, de las condiciones bajo las cuales se otorga el aporte estatal de que trata este Decreto Legislativo. La simple postulación no implica el derecho a recibir el aporte estatal del PAEF.

Parágrafo 2. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecerá el proceso y las condiciones a las que deberán sujetarse las entidades financieras involucradas, la UGPP y en general todos los actores que participen en este Programa. Esto incluye, entre otros, los periodos y plazos máximos para el cumplimiento de los requisitos y el pago de los aportes, en los términos del presente Decreto Legislativo. Así mismo, la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Economía Solidaria supervisarán que las entidades financieras cumplan con lo establecido en el presente Decreto Legislativo y los actos administrativos que lo reglamenten. Para el efecto, podrán utilizar las facultades previstas en el marco legal correspondiente.

Parágrafo 3. Aquellas personas que reciban uno o más aportes estatales de los que trata el presente Decreto Legislativo, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin y no lo informen a la autoridad competente, o las reciban de forma fraudulenta, o los destinen a fines diferentes a los aquí establecidos, incurrirán en las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a las que hubiere lugar. Para los efectos de la responsabilidad penal, en todo caso, se entenderá que los documentos presentados para la postulación al Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF, así como los recursos del aporte estatal que reciban los beneficiarios, son de naturaleza pública. La configuración de estos supuestos no conlleva responsabilidad para quienes participen en la implementación de este programa.

En caso de verificarse el incumplimiento de uno de los requisitos con ocasión de los procesos de fiscalización de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones

Parafiscales de la Protección Social - UGPP, ésta deberá adelantar el proceso de cobro coactivo en contra de aquellos beneficiarios que reciban uno o más aportes estatales de forma improcedente. Para lo cual se aplicará el procedimiento y sanciones establecido en el Estatuto Tributario para las devoluciones improcedentes.

Parágrafo 4. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- podrá determinar la información a solicitar a los potenciales beneficiarios mediante un formulario estandarizado que reúna los documentos aquí establecidos o que sea adicional a los mismos, el cual deberá ser diligenciado por los potenciales beneficiarios al momento de su postulación. Dicho formulario será puesto a disposición de los potenciales beneficiarios a través de las entidades financieras.

Parágrafo 5. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- establecerá la forma a través de la cual se dará el intercambio de información con las entidades financieras.»

Artículo 4. Modifíquese el artículo 5 del Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020, el cual quedará así:

«Artículo 5. Temporalidad del Programa de apoyo al empleo formal - PAEF. El Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF estará vigente por los meses de mayo, junio y julio de 2020. Los beneficiarios sólo podrán solicitar, por una vez mensualmente, el aporte estatal del que trata este programa hasta por un máximo de tres veces.»

Artículo 5. Modifíquese el artículo 8 del Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020, el cual quedará así:

«Artículo 8. Obligación de restitución del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal-PAEF. Sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, el aporte estatal de que trata este Decreto Legislativo deberá ser restituido al Estado por parte del beneficiario cuando:

1. Habiendo recibido el aporte, se evidencie que al momento de la postulación, no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 2 de este Decreto Legislativo.
2. Se compruebe que existió falsedad en los documentos presentados para acreditar los

requisitos establecidos para la asignación del aporte estatal del Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF. Para estos efectos, bastará comunicación de la entidad que expide dichos documentos contradiciendo el contenido de los mismos.

3. En los términos del numeral 2.3. del artículo 4 de este Decreto Legislativo, el beneficiario se haya comprometido al pago de salarios adeudados de abril y no haya cumplido con dicho compromiso.

Parágrafo. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecerá, a través de resolución, el proceso de restitución del aporte estatal del Programa de Apoyo al Empleo Formal – PAEF. Para el efecto, el Gobierno nacional podrá suscribir convenios y modificar los vigentes con las entidades financieras y otros operadores para garantizar dicha restitución.»

Artículo 6. Modifíquese el artículo 11 del Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020, el cual quedará así:

«Artículo 11. Inembargabilidad de los recursos. Durante los treinta (30) días calendario siguientes a la entrega de los recursos en la cuenta de depósito del beneficiario, los recursos correspondientes al aporte estatal del PAEF serán inembargables y no podrán abonarse a ningún tipo de obligación del beneficiario con la entidad financiera a través de la cual se disperse el aporte. No obstante, en cualquier momento, se podrán aplicar los descuentos previamente autorizados por el beneficiario a terceros.

Parágrafo. No obstante lo establecido en este artículo, respecto de los beneficiarios del Programa que igualmente tengan la calidad de deudores de líneas de crédito para nómina garantizadas del Fondo Nacional de Garantías, cuando la suma total de recursos recibida por estos beneficiarios en el mismo mes, por concepto de los créditos garantizados y el aporte estatal del PAEF, supere el valor total de las obligaciones laborales a cargo de dicho beneficiario, estos deberán abonar a dicho crédito un valor equivalente al del aporte estatal del PAEF recibido.»

Artículo 7. Vigencia y modificaciones. El presente Decreto Legislativo rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente el Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020.

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., al 19 de mayo de 2020”.

1. Pruebas

1. El 8 de junio de 2020, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República presentó informe de pruebas en cumplimiento del auto del 29 de mayo de 2020. Este informe compila las respuestas remitidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (en adelante MHCP), el Ministerio del Trabajo, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (en adelante, UGPP), la Unidad Administrativa Especial de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante, DIAN), la Superintendencia Financiera de Colombia (en adelante, SFC2) y el Fondo Nacional de Garantías (en adelante, FNG), a las preguntas que el magistrado sustanciador formuló en el citado auto. El contenido de este escrito se presentará en el examen de constitucionalidad material del Decreto Legislativo sub examine.

1. Intervenciones

1. Durante el trámite del presente asunto se presentaron quince (15) intervenciones. Cinco (5) intervinientes defendieron la exequibilidad total del Decreto Legislativo, dos (2) pidieron el condicionamiento de algunos artículos, seis (6) solicitaron declarar la inconstitucionalidad de algunos apartes, y dos (2) presentaron intervenciones extemporáneas³. A continuación, la Corte presenta una síntesis de las intervenciones y solicitudes presentadas.

1. Solicitudes de exequibilidad⁴. Cinco (5) intervinientes argumentan que el Decreto 677 de 2020 satisface las exigencias formales y materiales que los decretos de desarrollo deben cumplir de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia constitucional. Lo anterior, con

fundamento en los siguientes argumentos.

1. El Decreto satisface la exigencia de finalidad, porque busca asignar subsidios a la nómina para preservar el empleo formal⁵ y, en esa medida, “cumple con las finalidades señaladas en el Decreto 637 de 2020 de protección del mercado de trabajo concretamente con la necesidad de tomar nuevas medidas legislativas para evitar una destrucción masiva del empleo, el cierre total de las empresas y el impacto negativo que ello conlleva en la economía del país”⁶.

1. El Decreto cumple con la exigencia de conexidad material externa e interna. En efecto, (i) “en la parte motiva del Decreto Legislativo 677 del 19 de mayo de 2020 se consignan argumentos que tienen relación directa con las medidas adoptadas”⁷; y (ii) el Decreto sub examine desarrolla el Decreto 637 de 2020 “en aras de mantener y proteger el empleo [con el objeto de], entre otras, el establecimiento de nuevos turnos de trabajo, la adopción de medidas que permitan contribuir al Estado en el financiamiento y pago de parte de las obligaciones laborales a cargo de los empleadores”⁸.

1. El Decreto satisface el juicio de motivación suficiente, porque en su parte motiva se expusieron las razones que justificaron modificar el Decreto 639 de 2020. En particular, el Gobierno expuso las razones por las cuales el Decreto 677 de 2020 (i) extendió el beneficio económico de pago de un porcentaje de la nómina a las personas naturales, consorcios y uniones temporales; (ii) modificó los requisitos de acceso al programa y de responsabilidad objetiva; (iii) fortaleció los mecanismos de fiscalización; (iv) amplió su cobertura, al permitir no solo el depósito en los productos de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sino también a productos de entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria; e (v) integró el funcionamiento del programa de apoyo al empleo formal con el programa de crédito de nómina a cargo del Fondo Nacional de Garantías⁹.

1. El Decreto cumple con los juicios de necesidad e incompatibilidad. En el ordenamiento jurídico no existen mecanismos ordinarios para atender oportunamente el pago de salarios sin sacrificar los estándares que requiere el Gobierno nacional para efectuar un proceso de control y fiscalización de los aportes estatales suministrados¹⁰. Además, el Decreto no modifica, deroga o suspende una ley diferente al Decreto Legislativo 639 de 2020¹¹.

1. El Decreto satisface el juicio de proporcionalidad. Las medidas excepcionales son idóneas y necesarias pues contribuyen a cumplir y preservar principios constitucionales y postulados esenciales del Estado Social de Derecho, tales como el respeto de la dignidad humana en el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general¹² y el mínimo vital¹³.

1. El Decreto satisface los juicios de no contradicción específica, ausencia de arbitrariedad, e intangibilidad. Las medidas de excepción previstas en el Decreto Legislativo no limitan, afectan o suspenden derechos humanos o libertades fundamentales¹⁴. Tampoco alteran el normal funcionamiento de las ramas del poder público.

1. El Decreto satisface el juicio de no discriminación, porque no impone una discriminación injustificada por motivos de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar u opinión política o filosófica¹⁵. El PAEF está dirigido a los empleadores con mínimo 3 trabajadores, con el objeto de (i) focalizar los recursos limitados con los que cuenta el Estado en el marco de la emergencia y (ii) dirigir estos recursos a las empresas más antiguas, dado que el número de trabajadores está asociado con la antigüedad y permanencia en el empleo. De otro lado, las Personas Expuestas Políticamente (en adelante PEP) y sus familiares más cercanos fueron excluidos como beneficiarios, en tanto son personas consideradas de alto riesgo debido a sus funciones públicas y, por lo tanto, suponen un riesgo de indebida focalización de los recursos en la asignación de los aportes estatales. Adicionalmente, el programa busca ser justo y equitativo con las personas de los sectores más vulnerables por lo que se justifica la exclusión de los funcionarios públicos de altos cargos¹⁶.

1. Solicitudes de exequibilidad condicionada¹⁷. Dos (2) intervinientes solicitaron a la Corte declarar la exequibilidad condicionada de los numerales 1º a 5º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020 y el numeral 1º del párrafo 7º del artículo 1º del Decreto 639 de 2020, en los términos en los que estos fueron modificados por el Decreto sub examine.

1. Los numerales 1º al 5º del artículo 2 del Decreto 639 de 2020, modificados por el artículo 1º del Decreto sub examine, no incorporan criterios de diferenciación razonables e idóneos para el otorgamiento del beneficio. El Decreto debió haber priorizado la entrega del aporte a las Mypimes y a los “sectores de alojamiento y restaurantes, comercio al por menor de bienes y servicios no básicos, construcción y transporte”, los cuales son “los más afectados a causa del aislamiento obligatorio”¹⁸. Por ello, la Corte debe declarar la exequibilidad condicionada de estas disposiciones, bajo el entendido que para la asignación de los recursos del PAEF “se deberán tener en cuenta criterios diferenciales para que la medida sea razonable e idónea”¹⁹ y, en particular, sea destinada a los sectores más vulnerables.

1. El numeral 1º del párrafo 7 del artículo 2º del Decreto 639 de 2020, modificado por el artículo 1º del Decreto 677 de 2020, excluye a los trabajadores del servicio doméstico injustificadamente. El interviniente argumenta que alrededor de 750.000 trabajadoras y trabajadores del servicio doméstico quedaron excluidos del PAEF, lo que vulnera el principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución²⁰. En este sentido, la Corte debe declarar la exequibilidad condicionada de esta disposición bajo el entendido de que incluya como beneficiarios a estos trabajadores, de conformidad con el Convenio 189 de la OIT ratificado por la Ley 1595 de 2012.

1. Solicitudes de inexecuibilidad parcial²¹. Seis (6) intervinientes solicitaron a la Corte declarar la inexecuibilidad de algunos apartes normativos del Decreto Legislativo por las razones que a continuación se exponen.

1. El requisito de acceso al PAEF consistente en estar inscrito en el registro mercantil es inconstitucional. Esta exigencia no guarda una relación causal con la crisis que dio lugar a la declaratoria de emergencia y la mitigación de sus efectos. Además, desconoce el principio de igualdad, porque excluye injustificadamente a (i) las personas jurídicas constituidas en 2020 quienes posiblemente se han visto más afectadas por la emergencia económica y (ii) los pequeños comerciantes que no cuentan con registro mercantil²². Por lo tanto, la Corte debe declarar la inconstitucionalidad del numeral 2º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020, modificado por el artículo 1º del Decreto sub examine.

1. El Decreto excluye injustificadamente a los pequeños empleadores y los trabajadores independientes como beneficiarios del aporte. El Gobierno excluyó, sin justificación, a (i) los pequeños empleadores y microempresas con 1 o 2 trabajadores los cuales pueden ser sujetos altamente vulnerables²³, y (ii) los trabajadores independientes que viven de su propia fuerza laboral sin un vínculo laboral de dependencia y subordinación regido por el Código Sustantivo del Trabajo²⁴. Por lo tanto, la Corte debe declarar la inexecutable del artículo 2º del Decreto 639 de 2020, modificado por el artículo 1º del Decreto sub examine.

1. El Decreto excluye injustificadamente a las PEP como beneficiarios del aporte. Esta exclusión no guarda relación directa ni específica con la crisis generada por la pandemia, carece de motivación suficiente y comporta un tratamiento discriminatorio. Lo anterior, porque desconoce que este tipo de personas, ya sean funcionarios o exfuncionarios²⁵, pueden ser empleadores cuyos ingresos también se han visto afectados por la coyuntura económica²⁶. Por lo tanto, la Corte debe declarar la inexecutable del numeral 2º del párrafo 7º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020, modificado por el artículo 1º del Decreto sub examine.

1. El Decreto limitó injustificadamente el acceso al beneficio para aquellos empleadores que contraten personal con posterioridad al 29 de febrero de 2020. Por lo tanto, la Corte debe declarar la inexecutable del párrafo 1º del artículo 2º, que modifica el artículo 3º del Decreto 639 de 2020. De otro lado, argumentan que el párrafo 2º no cumple con la finalidad de mitigar los efectos nocivos de la emergencia económica al “sancionar” a los empleadores y trabajadores que hicieron uso de las figuras de suspensión del contrato de trabajo y de licencia no remunerada para alivianar su flujo de caja²⁸.

1. El artículo 5º del Decreto 677 de 2020, que modifica el numeral 2º del artículo 8º del Decreto 639 de 2020, es parcialmente inexecutable. En particular, la expresión “[p]ara estos efectos, bastará comunicación de la entidad que expide dichos documentos contradiciendo el contenido de los mismos”, desconoce la garantía del debido proceso en toda actuación judicial y administrativa, pues (i) otorga a la UGPP la facultad de catalogar un documento como falso; y (ii) desconoce el artículo 244 del Código General del Proceso²⁹.

1. El artículo 6º del Decreto 677 de 2020, por medio del cual se modificó el artículo 11º del Decreto 639 de 2020, es inexecutable. De un lado, la expresión “[n]o obstante, en cualquier momento, se podrán aplicar los descuentos previamente autorizados por el beneficiario a terceros” (inciso 1º del artículo 11º del Decreto 639 de 2020) es inconstitucional, porque no satisface los juicios de conexidad material y finalidad, así como la exigencia de motivación suficiente. En efecto, este aparte desnaturaliza la finalidad del PAEF al permitir que el auxilio económico estatal se destine, con autorización del trabajador, a cubrir créditos contraídos por este³⁰. De otro lado, el párrafo del artículo 11º del Decreto 639 de 2020, modificado por el artículo 2º del Decreto sub examine, no supera los juicios de conexidad interna y de finalidad. Esto, porque si el objeto del programa es entregar dinero a los particulares afectados por la situación del empleo formal en el país, la priorización del pago de las deudas que sean soportadas por el FNG no tiene relación con el objeto del aporte. Tampoco supera el juicio de no contradicción específica, por cuanto desconoce el artículo 355 de la Constitución Política³¹ que impide al legislador extraordinario crear gastos no justificados.

1. Concepto del Procurador General de la Nación

1. El 13 de julio de 2020, el Procurador General de la Nación sostuvo que, en términos generales, la creación del PAEF y las modificaciones al funcionamiento y operación del programa que el Decreto 677 de 2020 instituye, cumplen con las exigencias materiales de constitucionalidad. Sin embargo, solicitó a la Corte declarar la inexecutable o executable condicionada de algunos apartes normativos de los artículos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º. A continuación, se resumen sus argumentos y solicitudes.

1. La exclusión como beneficiarios del PAEF de las personas naturales y jurídicas que no cuentan con registro mercantil no supera el juicio de no discriminación. La norma consagra un trato desigual entre las personas naturales y jurídicas inscritas en el registro mercantil y aquellas que por ley no tienen la obligación de inscribirse en dicho registro³². En criterio del Procurador, estos sujetos son comparables dado que ambos pueden ser afectados por la pandemia y tienen la capacidad de generar empleo o ser empleadores. Sin embargo, la disposición excluye el reconocimiento del aporte monetario a las personas naturales y jurídicas sin registro mercantil, por el solo hecho de no contar con este, lo cual carece de justificación. En este sentido, solicita declarar la executable condicionada del artículo 1º del Decreto 677 de 2020, por medio del cual se modificó el numeral 2º y el párrafo 6º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020, bajo el entendido de que la persona natural o jurídica que legalmente no esté obligada a inscribirse en el registro mercantil podrá ser beneficiario del subsidio del PAEF presentando la tarjeta profesional, matrícula o licencia para ejercer la respectiva profesión liberal, o la licencia que autoriza el funcionamiento de la institución en la que se adelanta la actividad no sujeta a registro.

1. La exclusión de los empleadores con menos de 3 trabajadores como beneficiarios del PAEF no supera el juicio de no discriminación. Este grupo de empleadores también se vio afectado con la crisis generada por la pandemia³³ y, por esto, no existe ninguna justificación para excluirlos del programa. De esta forma, la Corte debe declarar la inexecutable del artículo

1° del Decreto 677 de 2020, por medio del cual se modificó el numeral 1° del párrafo 7° del artículo 2° del Decreto 639 de 2020.

1. El mecanismo fijado para el cálculo del monto del aporte carece de motivación suficiente. El Decreto permite a los sujetos involucrados en el pago del auxilio, “reconocer a los beneficiarios del PAEF aportes monetarios calculados con porcentajes inferiores al 40% del smlmv, sin establecer un parámetro objetivo para ello”. Por lo tanto, solicita que el artículo 2° del Decreto 677 de 2020, por medio del cual se modificó el inciso 1° del artículo 3 del Decreto 639 de 2020, sea declarado exequible bajo el entendido que “la asignación del aporte monetario otorgado por el PAEF, por una suma inferior a la calculada con base en el 40% del smlmv, debe responder a la voluntad del solicitante o a una decisión motivada de la Administración”³⁴.

1. La exclusión de responsabilidad de los servidores públicos que el Decreto instituye vulnera los artículos 121 y 123 de la Constitución. Argumenta que el artículo 3° del Decreto 677 de 2020, por medio del cual se modificó el párrafo 3° del artículo 4° del Decreto 639 de 2020, “se podría interpretar como una exclusión de responsabilidad de los servidores públicos que intervengan en la implementación del Programa, sin que el decreto justifique o motive tal disposición”³⁵. En estos términos, solicita declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “[l]a configuración de estos supuestos no conlleva responsabilidad para quienes participen en la implementación de este programa”, contenida en el párrafo 3° del artículo 4° del Decreto Legislativo 639 de 2020, modificado por el artículo 3° del Decreto Legislativo 677 de 2020, “en el entendido que no constituye una cláusula de inmunidad o de irresponsabilidad para los servidores públicos, sino que alude a la necesidad de que la valoración de la conducta se atenga a los estándares de dolo o culpa grave y que para ello es preciso tener en cuenta las condiciones de apremio y urgencia en las que se enmarcan las transferencias”³⁶.

1. El Decreto no establece salvaguardas al debido proceso de los beneficiarios en los casos

de restitución del aporte. La aplicación de las causales establecidas para la restitución, como la determinación del respectivo proceso, “implica la observancia de los principios y derechos constitucionales en concreto, de las exigencias asociadas al debido proceso de los beneficiarios”³⁷. La Corte debe declarar la exequibilidad condicionada del artículo 5º del Decreto 677 de 2020, por medio del cual se modificó el artículo 8 del Decreto 639 de 2020, en el entendido de que lo allí previsto “se deberá interpretar de manera armónica con los principios y derechos constitucionales y, en concreto, con las exigencias asociadas al debido proceso de los beneficiarios” ³⁸.

1. La limitación temporal de la condición de inembargabilidad y la posibilidad de efectuar descuentos autorizados por el emperador a terceros es inexecutable. El Gobierno no expuso las razones que justificaban modificar la inembargabilidad de los aportes y, con ello, “la inmodificabilidad de la destinación de los recursos del PAEF” ³⁹. Además, la posibilidad de efectuar descuentos autorizados por el empleador con cargo a los recursos del PAEF constituye una habilitación “para desmejorar los derechos de los trabajadores, en contravía del objeto mismo del programa”⁴⁰. Por lo tanto, la Corte debe declarar inexecutable la modificación al primer inciso del artículo 11º del Decreto 639 de 2020, introducida por el artículo 6º del Decreto sub examine.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso con fundamento en los artículos 215 y 241.7 de la Constitución, 55 de la Ley 137 de 1994 (Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, en adelante LEEE), y, 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991.

1. Problema jurídico y metodología de la decisión

1. Le Corresponde a la Corte determinar si el Decreto Legislativo 677 de 2020 cumple con los requisitos formales y materiales previstos por la Constitución Política, la LEEE y la jurisprudencia constitucional.

1. Para resolver este problema, la Sala Plena seguirá la siguiente metodología: (i) describirá el contenido del Decreto 639 de 2020 mediante el cual el Gobierno Nacional creó el Programa de Apoyo al Empleo Formal (PAEF). Asimismo, resumirá la sentencia C-458 de 2020 mediante la cual la Corte Constitucional realizó el control automático de constitucionalidad de este decreto; (ii) sintetizará el contenido del Decreto sub examine y, en particular, de las modificaciones que este implementó al Decreto 639 de 2020; y (iii) realizará el examen formal y material de constitucionalidad del Decreto 677 de 2020.

1. El Decreto 639 de 2020 y la Sentencia C-458 de 2020

1. Mediante el Decreto 637 de 2020 el Presidente de la República decretó el “Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional”⁴¹. Esta declaratoria tuvo como fundamento la “crisis económica y social derivada de la pandemia del nuevo coronavirus Covid-19, que super[ó] los acontecimientos y efectos previstos mediante el Decreto 417 de 2020”. En desarrollo de esta, y con el objeto de atender el incremento del desempleo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 639 de 2020 “[p]or el cual se crea el Programa de Apoyo al Empleo Formal (PAEF)”. Mediante la creación del PAEF, el Gobierno autorizó la entrega de un “apoyo a la nómina para garantizar a los trabajadores una capacidad para cubrir los gastos necesarios para su sostenimiento y de su familia”. Asimismo, definió quienes serían los sujetos beneficiarios y los requisitos que estos debían cumplir para acceder al programa (art. 2º), la cuantía y método de cálculo del aporte (arts. 3º y 6º), el proceso de postulación y los mecanismos de fiscalización sobre el uso de los recursos (art. 4º), las reglas de inembargabilidad y restitución (arts. 8º y 11º) y la

temporalidad del programa (art. 5º).

1. En la sentencia C-458 de 2020 la Corte Constitucional realizó el estudio de constitucionalidad del Decreto 639 de 2020. La Sala Plena concluyó que, en términos generales, el Decreto Legislativo era constitucional dado que cumplía con las exigencias formales y materiales que los decretos de desarrollo debían cumplir de acuerdo con la Constitución, la LEEE y la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, consideró que algunos apartes normativos del artículo 2º ibídem no superaban el juicio de no discriminación y/o proporcionalidad y, por lo tanto, resolvió declarar su inexequibilidad o exequibilidad condicionada, tal y como se muestra en la siguiente tabla:

Decisiones de inexequibilidad y exequibilidad condicionada

de la sentencia C-458 de 2020

Aparte normativo

Fundamento de la inexequibilidad

Numeral 1º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020

El numeral 1º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020 preveía que solo podían ser beneficiarios del aporte las personas jurídicas que “[h]ayan sido constituidas antes del 1 de enero de 2020”. La Corte consideró que la fijación del 1 de enero de 2020 como fecha de corte para efectos de delimitar al grupo de sujetos beneficiarios del aporte vulneraba el derecho a la igualdad de los empleadores constituidos con posterioridad a esta fecha. Por lo tanto, decidió declarar EXEQUIBLE esta disposición en el entendido que se refería a las personas jurídicas constituidas antes del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, declarado mediante el Decreto 637 de 2020⁴².

Numeral 2º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020

El numeral 2º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020 disponía que solo podían ser

beneficiarios del aporte las personas jurídicas que “cuenten con un registro mercantil que haya sido renovado por lo menos en el año 2019”. La Corte concluyó que la exclusión de aquellas personas que no estuvieran obligadas a inscribirse en el registro mercantil como beneficiarias del aporte carecía de justificación constitucional y vulneraba el derecho a la igualdad. Por lo tanto, resolvió declarar EXEQUIBLE el numeral 2º del artículo 2º, bajo el entendido de que la persona que careciera de la obligación de inscribirse en el registro mercantil podía demostrar su calidad de empleador mediante la Planilla Integrada PILA.

Parágrafo 1º del artículo 2º del Decreto 339 de 2020.

La Corte advirtió que la exclusión como beneficiarias del aporte de las ESAL del régimen tributario ordinario carecía de justificación constitucional. Esto, porque estas (i) se habían visto afectadas por la pandemia y, en concreto, “presentaban dificultades para pagar la nómina”; y (ii) tenían la calidad de empleadoras. En estos términos, concluyó que era forzoso incluir a las ESAL que no pertenecían al régimen tributario especial como beneficiarias del aporte y, por lo tanto, resolvió declarar INEXEQUIBLE el segmento “en el que conste que el postulante es contribuyente del Régimen Tributario Especial”, contenido en el parágrafo 1º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020.

Parágrafo 2º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020

El parágrafo 2º prescribía que los beneficiarios del aporte debían “contar con un producto de depósito en una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia”. La Sala Plena consideró que esta disposición implicaba la exclusión de todos aquellos empleadores afectados por la pandemia que no contaran con una cuenta bancaria vigilada por la Superintendencia Financiera, lo cual carecía de justificación constitucional. De este modo, resolvió declarar EXEQUIBLE el parágrafo 2º de ese artículo, bajo el entendido de que además incluía a los productos de depósito de las entidades vigiladas por parte de la Superintendencia de Economía Solidaria.

1. Justificación, contenido y alcance del Decreto Legislativo 677 de 2020

1. El 19 de mayo de 2020, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 677 de 2020 “[p]or el cual se modifica el Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020 y se disponen medidas sobre el Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 de 2020”, norma objeto de control de constitucionalidad automático en la presente sentencia.

1. El Decreto 677 de 2020 consta de 7 artículos que modifican o adicionan algunas disposiciones del Decreto de creación del PAEF (Decreto 639 de 2020). Estas modificaciones tienen por finalidad (i) ampliar el grupo de beneficiarios del programa y (ii) adoptar algunos ajustes al proceso de postulación, método de cálculo del aporte, temporalidad y régimen de inembargabilidad. Lo anterior, con el objeto de proteger los recursos públicos y lograr una mayor eficiencia y transparencia en la ejecución del programa. A continuación, la Corte describe el alcance de cada una de estas modificaciones.

a. Artículo 1º – modificaciones a los sujetos beneficiarios y requisitos de acceso al programa (artículo 2º del Decreto 639 de 2020)

1. El artículo 1º del Decreto Legislativo sub examine introduce modificaciones al artículo 2º del Decreto 639 de 2020. En el siguiente cuadro, se presenta una comparación del contenido normativo de las disposiciones de ambos decretos y se resaltan los cambios relevantes:

Modificaciones al artículo 2º del Decreto 639 de 2020

Artículo 2 del Decreto 639 de 2020

Artículo 1º del Decreto 677 de 2020

“Artículo 2. Beneficiarios del Programa de apoyo al empleo formal – PAEF. Podrán ser beneficiarios del PAEF las personas jurídicas que cumplan con los siguientes requisitos”.

(...)

2. Cuenten con un registro mercantil que haya sido renovado por lo menos en el año 2019. Esto requisito únicamente aplica para las personas jurídicas constituidas en los años 2018 y anteriores”.

“Artículo 2. Beneficiarios del Programa de apoyo al empleo formal-PAEF. Podrán ser beneficiarios del PAEF las personas jurídicas, personas naturales, consorcios y uniones temporales que cumplan con los siguientes requisitos:

(...)

2. Cuenten con una inscripción en el registro mercantil. En todo caso, esta inscripción deberá haber sido realizada o renovada por lo menos en el año 2019”

“Parágrafo 1. Las entidades sin ánimo de lucro no están obligadas a cumplir con el requisito establecido en el numeral 2 de este artículo. En su lugar, deberán aportar copia del Registro Único Tributario en el que conste que el postulante es contribuyente del Régimen Tributario Especial”.

“Parágrafo 1. Las entidades sin ánimo de lucro no deberán cumplir con el requisito establecido en el numeral 2 de este artículo. En su lugar, deberán aportar copia del Registro Único Tributario. En todo caso, sólo podrán ser beneficiarios del Programa las entidades sin ánimo de lucro que estén obligadas a presentar declaración de renta o en su defecto declaración de ingresos y patrimonio, así como información exógena en medios magnéticos por el año gravable 2019”.

“Parágrafo 2. Los beneficiarios deberán contar con un producto de depósito en una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.”

“Parágrafo 2. Los beneficiarios deberán contar con un producto de depósito en una entidad financiera. Para efectos de este Programa se entenderán como entidades financieras aquellas entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o por la Superintendencia de Economía Solidaria, que tengan autorizado el ofrecimiento de productos de depósito”

“Parágrafo 5. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, dentro de las labores de fiscalización que adelante durante la vigencia 2021, podrá verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto Legislativo para acceder al Programa. Para efectos de verificar el cumplimiento del requisito establecido en el numeral 3 de este artículo la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN deberá remitir a la UGPP la información que sea necesaria para realizar dicha validación”.

“Parágrafo 5. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, dentro de las labores de fiscalización que adelante durante los tres años siguientes a la finalización del Programa, podrá verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto Legislativo para acceder al mismo. Para efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente artículo, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-deberá remitir a la UGPP la información que sea necesaria para realizar dicha validación.

1. El artículo 1º del Decreto sub examine introduce tres modificaciones al artículo 2º del Decreto 639 de 2020. Primero, amplía el grupo de beneficiarios pues incluye, además de las personas jurídicas, a las personas naturales y a los consorcios y uniones temporales.

1. Tercero, incorpora algunas condiciones de acceso al programa aplicables a los sujetos beneficiarios en atención a su naturaleza. En relación con los requisitos exigidos a las personas jurídicas, dispone que estas deben “contar con una inscripción en el registro mercantil”. Prevé que solo podrán postularse las entidades sin ánimo de lucro (en adelante ESAL) que “estén obligadas a presentar declaración de renta o en su defecto declaración de ingresos y patrimonio, así como información exógena en medios magnéticos por el año gravable 2019” (parágrafo 1º). Respecto de los requisitos aplicables a las uniones temporales y consorcios prescribe que estos deberán cumplir, en términos generales⁴³, con los requisitos previstos en el artículo 2º del Decreto 639 de 2020. Además, precisa que deben

aportar copia del Registro Único Tributario; y solo podrán postularse con los mismos trabajadores una sola vez, es decir, no podrán presentar a los mismos trabajadores como personas naturales o jurídicas que conformen otros consorcios o uniones temporales (parágrafo 8º).

1. Respecto de las personas naturales, de un lado, prevé que deberán cumplir con los requisitos previstos en el artículo 2º del Decreto 639 de 2020. Precisa que solo podrán ser beneficiarias del PAEF aquellas que se hayan inscrito en el registro mercantil antes del 1º de enero de 2020⁴⁴ (parágrafo 6º). De otro, el parágrafo 7º dispone que no “podrán acceder a este Programa las personas naturales” que (i) tengan menos de tres (3) empleados reportados en el PILA correspondiente al período de cotización del mes de febrero de 2020 a cargo de dicho empleador (parágrafo 7º, num. 1); y (ii) sean PEP o sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil de estos sujetos (parágrafo 7º, num. 2).

a. Artículo 2º – modificaciones al método de cálculo para el monto del aporte (artículo 3º del Decreto 639 de 2020)

1. El artículo 2º del Decreto sub examine introduce modificaciones al artículo 3º del Decreto 639 de 2020 que prescribía la cuantía del aporte y su método de cálculo. En el siguiente cuadro, se presenta una comparación del contenido normativo de las disposiciones de ambos decretos y se resaltan los cambios relevantes:

Modificaciones al artículo 3º del Decreto 639 de 2020

Artículo 3 del Decreto 639 de 2020

Artículo 2 del Decreto 677 de 2020

“Parágrafo 1. Para efectos de este Decreto, se entenderá que el número de empleados corresponde al menor valor entre: (i) el número de empleados reportados en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) correspondiente al periodo de cotización del mes de febrero de 2020 a cargo de dicho beneficiario, o (ii) el número al que hace referencia el numeral 3.1. del artículo 4 de este Decreto Legislativo, esto es, el número de trabajadores que el beneficiario manifiesta planea proteger y para los cuales requiere el aporte estatal del Programa de Apoyo al Empleo Formal – PAEF por el mes correspondiente”.

“Parágrafo 1. Para efectos de este Decreto Legislativo, se entenderá que el número de empleados corresponde al número de empleados reportados en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) correspondiente al periodo de cotización del mes inmediatamente anterior al de la postulación a cargo de dicho beneficiario.

En cualquier caso, los empleados que serán considerados en este cálculo deberán corresponder, al menos, en un ochenta por ciento (80%) a los trabajadores reportados en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) correspondiente al periodo de cotización del mes de febrero de 2020 a cargo de dicho beneficiario”.

No tiene más párrafos.

“Parágrafo 3. Para el cálculo del aporte de que trata el presente artículo, cada empleado sólo podrá ser contabilizado una vez. En los casos de que exista multiplicidad de empleadores de un mismo trabajador, se otorgará el aporte al primero que, producto de la respectiva postulación, verifique la UGPP”.

1. El artículo 2º del Decreto sub examine reitera que la cuantía del aporte estatal “corresponderá al número de empleados multiplicado por hasta el 40% del valor del salario mínimo legal mensual vigente”. Sin embargo, implementa tres modificaciones a la forma en que el monto del aporte debe calcularse. De un lado, (i) precisa que el número de empleados deberá ser el reportado en el PILA “del mes inmediatamente anterior a la postulación” (parágrafo 1º), y no el del mes de febrero de 2020, como lo establecía el Decreto 639 de

2020.

1. Además, (ii) reduce el número de empleados que deberá ser tenido en cuenta para cálculo del aporte. El Decreto 639 de 2020 establecía que para el cálculo debía tenerse en cuenta el 100% de los empleados. El artículo 2º del Decreto 677 de 2020, por su parte, instituye que en este cálculo deberá considerarse “al menos, (...) un ochenta por ciento (80%) de los reportados” en el mes de febrero y aclara que en ningún caso el número de empleados podrá ser superior a los reportados en el PILA, correspondientes al periodo de cotización de febrero de 2020 (parágrafo 1º inc. 2). Finalmente, (iii) adiciona el parágrafo 3º con el objeto de precisar que para efectos del cálculo del aporte cada trabajador será computado una sola vez. En los casos de multiplicidad de empleadores por un mismo trabajador se pagará el subsidio al que primero realice la solicitud.

a. Artículo 3º – modificaciones al proceso de postulación (art. 4º del Decreto 639 de 2020)

1. El artículo 3º del Decreto sub examine introduce modificaciones al proceso de postulación al aporte que estaba previsto en el artículo 4 del Decreto 639 de 2020.

Modificaciones al artículo 4º del Decreto 639 de 2020

Artículo 4 del Decreto 639 de 2020

Artículo 3 del Decreto 677 de 2020

“Artículo 4. Procedimiento de postulación para la obtención del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal- PAEF. Las personas jurídicas que cumplan con los requisitos del artículo 2 del presente Decreto Legislativo deberán presentar, ante la entidad financiera en la

que tengan un producto de depósito, los siguientes documentos:

1. Solicitud firmada por el representante legal de la empresa, en la cual se manifiesta la intención de ser beneficiario del Programa de apoyo al empleo formal- PAEF.

2. Certificado de existencia y representación legal, en el cual conste el nombre y documento del representante legal que suscribe la comunicación del numeral primero de este artículo.

3. Certificación, firmada por el representante legal y el revisor fiscal, o por contador público en los casos en los que la empresa no esté obligada a tener revisor fiscal, en la que se certifique:

3.1. El número de empleos formales que se mantendrán en el mes correspondiente a través del aporte estatal objeto de este programa.

3.2. La disminución de ingresos, en los términos del numeral 3 del artículo 2 de este Decreto Legislativo.

(...)

Las entidades financieras que reciban los documentos de postulación al Programa de apoyo

al empleo formal – PAEF, deberán informar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP de la recepción de los mismos. La UGPP deberá llevar un registro consolidado de los beneficiarios y el número de empleos que se protegen a través del presente programa y verificará que el beneficiario no se ha postulado para el mismo aporte mensual ante otras entidades bancarias.

“Artículo 4. Procedimiento de postulación para la obtención del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal -PAEF. Las personas jurídicas, personas naturales, consorcios y uniones temporales que cumplan con los requisitos del artículo 2 del presente Decreto Legislativo deberán presentar, ante la entidad financiera en la que tengan un producto de depósito, los siguientes documentos:

1. Solicitud firmada por el representante legal o por la persona natural empleadora, en la cual se manifiesta la intención de ser beneficiario del Programa de apoyo al empleo formal - PAEF.

2. Certificación firmada por (i) el representante legal o la persona natural empleadora y (ii) el revisor fiscal o contador público en los casos en los que la empresa no esté obligada a tener revisor fiscal, en la que se certifique:

- 2.1 La disminución de ingresos, en los términos del numeral 3 del artículo 2 de este Decreto Legislativo; y

- 2.2 Que los empleados sobre los cuales se recibirá el aporte efectivamente recibieron el salario correspondiente al mes inmediatamente anterior; o,

- 2.3 Que sin perjuicio de lo establecido en el numeral anterior, se pagarán, a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción de los recursos, las obligaciones laborales adeudadas. Esta posibilidad de certificación y destinación solo será procedente por una única vez para pagar la nómina del mes de abril con la postulación respectiva del mes de mayo de 2020.

Las entidades financieras que reciban los documentos de postulación al Programa de apoyo al empleo formal -PAEF, deberán informar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP de la recepción de los

mismos. La UGPP deberá llevar un registro consolidado de los beneficiarios, los trabajadores respectivos y el número de empleos que se protegen a través del presente programa y verificará que el beneficiario no se ha postulado para el mismo aporte mensual ante otras entidades financieras.

“Parágrafo 2. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecerá el proceso y las condiciones a las que deberán sujetarse las entidades financieras involucradas, la UGPP y en general todos los actores que participen en este Programa. Esto incluye, entre otros, los periodos y plazos máximos para el cumplimiento de los requisitos y el pago de los aportes, en los términos del presente Decreto Legislativo. Así mismo, la Superintendencia Financiera de Colombia supervisará que las entidades financieras cumplan con lo establecido en el presente Decreto Legislativo y los actos administrativos que lo reglamenten. Para el efecto, podrá utilizar las facultades previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.

“Parágrafo 2. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecerá el proceso y las condiciones a las que deberán sujetarse las entidades financieras involucradas, la UGPP y en general todos los actores que participen en este Programa. Esto incluye, entre otros, los periodos y plazos máximos para el cumplimiento de los requisitos y el pago de los aportes, en los términos del presente Decreto Legislativo. Así mismo, la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Economía Solidaria supervisarán que las entidades financieras cumplan con lo establecido en el presente Decreto Legislativo y los actos administrativos que lo reglamenten. Para el efecto, podrán utilizar las facultades previstas en el marco legal correspondiente”:

“Parágrafo 3. Aquellas personas que reciban uno o más aportes estatales de los que trata el presente Decreto Legislativo, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin y no lo informen a la autoridad competente, o las reciban de forma fraudulenta, o los destinen a fines diferentes a los aquí establecidos, incurrirán en las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a las que hubiere lugar. Para los efectos de la responsabilidad penal, en todo caso, se entenderá que los documentos presentados para la postulación al Programa de Apoyo al Empleo Formal – PAEF, así como los recursos del aporte estatal que reciban los beneficiarios, son de naturaleza pública”.

Parágrafo 3. Aquellas personas que reciban uno o más aportes estatales de los que trata el presente Decreto Legislativo, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin y no lo informen a la autoridad competente, o las reciban de forma fraudulenta,

o los destinen a fines diferentes a los aquí establecidos, incurrirán en las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a las que hubiere lugar. Para los efectos de la responsabilidad penal, en todo caso, se entenderá que los documentos presentados para la postulación al Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF, así como los recursos del aporte estatal que reciban los beneficiarios, son de naturaleza pública. La configuración de estos supuestos no conlleva responsabilidad para quienes participen en la implementación de este programa”.

1. El artículo 3º del Decreto sub examine introduce 6 modificaciones al proceso de postulación. Primero, precisa que las personas naturales, las uniones temporales y los consorcios deberán presentar, en términos generales⁴⁵, los mismos documentos que las personas jurídicas.

1. Segundo, modifica el contenido de algunos de los documentos que deben ser presentados. Al respecto, (i) aclara que la solicitud de aplicación al programa también podrá ser suscrita por “la persona natural empleadora” (numeral 1º). Asimismo, (ii) modifica el contenido de la certificación otorgada por el revisor fiscal o contador que exigía el numeral 3º del artículo 4º del Decreto 639 de 2020. En particular, elimina el requisito que estaba previsto en el numeral 1º del artículo 4º original, que exigía que dicha certificación diera cuenta del “número de empleos formales que se mantendrán en el mes correspondiente a través del aporte estatal”. En su lugar, exige que en el certificado debe constar que los empleados que se pretende proteger (a) recibieron el sueldo del mes anterior; o (b) sin perjuicio de lo anterior, que las obligaciones laborales adeudadas se pagarán a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción del beneficio estatal⁴⁶.

1. Tercero, adiciona información al registro que debe llevar la UGPP. El Decreto 639 de 2020 únicamente exigía que la UGPP llevara el registro de los beneficiarios del programa y el número de empleos. El artículo 3º del Decreto sub examine exige que, además de esta información, la UGPP registre la identificación “de los trabajadores respectivos” sobre los que se concede el beneficio.

1. Cuarto, amplía las entidades que tienen a cargo la supervisión de las entidades financieras que participan en el proceso de postulación. El artículo 4º establecía que estas entidades serían supervisadas, únicamente, por la Superintendencia Financiera. El Decreto 677 de 2020 establece que estas entidades también serán vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria (parágrafo 2º).

1. Sexto, por último, elimina el parágrafo 5º del Decreto 639 de 2020 el cual imponía requisitos adicionales a los beneficiarios que solicitaran el aporte de que trata este Decreto Legislativo por segunda o tercera vez. En su lugar, establece que en estos eventos deberá cumplirse con el mismo procedimiento descrito en el Decreto 677 de 2020.

a. Artículo 4º – modificaciones al art. 5º del Decreto 639 de 2020

1. El artículo 4º del Decreto sub examine reitera que el PAEF estará vigente por los meses de mayo, junio y julio de 2020 y que los beneficiarios “sólo podrán solicitar, por una vez mensualmente, el aporte estatal del que trata este programa hasta por un máximo de tres veces”. Sin embargo, elimina el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 639 de 2020. Este inciso preveía que los beneficiarios del PAEF que, a su vez, tuviesen la condición de deudores de líneas de crédito para nómina garantizadas del Fondo Nacional de Garantías, podían solicitar el aporte “hasta agosto de 2020”. Esta posibilidad fue remplazada por un

mecanismo que permite armonizar estos dos programas, previsto en el artículo 6º.

Modificaciones al Artículo 5º del Decreto 639 de 2020

Artículo 5 del Decreto 639 de 2020

Artículo 4 del Decreto 677 de 2020

“Artículo 5. Temporalidad del Programa de apoyo al empleo formal – PAEF. El Programa de Apoyo al Empleo Formal – PAEF estará vigente por los meses de mayo, junio y julio de 2020. Los beneficiarios sólo podrán solicitar, por una vez mensualmente, el aporte estatal del que trata este programa hasta por un máximo de tres veces.

De manera excepcional, los beneficiarios del programa que igualmente tengan la calidad de deudores de líneas de crédito para nómina garantizadas del Fondo Nacional de Garantías, en la medida en que accedieron a los créditos garantizados en el marco de la emergencia, podrán solicitar el aporte estatal, por un máximo de tres veces, hasta agosto de 2020. En cualquier caso, la suma total de recursos recibida por estos beneficiarios, por concepto de los créditos garantizados y el aporte estatal del PAEF, no podrá superar el valor total de las obligaciones laborales a cargo de dicho beneficiario”.

“Artículo 5. Temporalidad del Programa de apoyo al empleo formal -PAEF. El Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF estará vigente por los meses de mayo, junio y julio de 2020. Los beneficiarios sólo podrán solicitar, por una vez mensualmente, el aporte estatal del que trata este programa hasta por un máximo de tres veces”.

a. Artículo 5º – modificaciones a la obligación de restitución del aporte (art. 8º del Decreto 639 de 2020)

1. El artículo 5º modifica el artículo 8º del Decreto 639 de 2020, el cual preveía las causales que daban lugar a la restitución del aporte.

Modificaciones al artículo 8º del Decreto 639 de 2020

Artículo 8 del Decreto 639 de 2020

Artículo 5 del Decreto 677 de 2020

“Artículo 8. Obligación de restitución del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal- PAEF. Sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, el aporte estatal de que trata este Decreto Legislativo deberá ser restituido al Estado por parte del beneficiario cuando:

1. El mismo no haya sido utilizado para el pago de los salarios de los trabajadores que corresponden al número de empleados, en los términos del párrafo 1 del artículo 3 de este Decreto Legislativo.
2. Habiendo recibido el aporte, se evidencie que al momento de la postulación, no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 2 de este Decreto Legislativo.
3. Se compruebe que existió falsedad en los documentos presentados para acreditar los requisitos establecidos para la asignación del aporte estatal del Programa de Apoyo al Empleo Formal- PAEF. Para estos efectos, bastará comunicación de la entidad originaria de dichos documentos contradiciendo el contenido de los mismos.
4. El beneficiario manifieste que el aporte recibido fue superior al efectivamente utilizado para el pago de salarios de sus trabajadores del respectivo mes. Únicamente en el caso propuesto en este numeral, la restitución del aporte corresponderá a la diferencia entre lo recibido y lo efectivamente desembolsado para el cumplimiento del objeto de este Decreto Legislativo. La entidad financiera, a través de la cual se realizó el reintegro de este aporte, deberá certificar la restitución de dichos recursos.

“Artículo 8. Obligación de restitución del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo

formal-PAEF. Sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, el aporte estatal de que trata este Decreto Legislativo deberá ser restituido al Estado por parte del beneficiario cuando:

1. Habiendo recibido el aporte, se evidencie que al momento de la postulación, no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 2 de este Decreto Legislativo.

2. Se compruebe que existió falsedad en los documentos presentados para acreditar los requisitos establecidos para la asignación del aporte estatal del Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF. Para estos efectos, bastará comunicación de la entidad que expide dichos documentos contradiciendo el contenido de los mismos.

3. En los términos del numeral 2.3. del artículo 4 de este Decreto Legislativo, el beneficiario se haya comprometido al pago de salarios adeudados de abril y no haya cumplido con dicho compromiso.

1. En atención a las modificaciones al artículo 4º del Decreto 639 de 2020, el artículo 5º del Decreto 677 de 2020 elimina las causales que exigían (i) la restitución total del aporte cuando estos no eran utilizados para el pago de los salarios de los trabajadores; y (ii) la restitución parcial cuando el aporte era superior al efectivamente utilizado para pagar los salarios. En estos términos, las nuevas causales para la restitución del aporte son las siguientes: (i) cuando se evidencie que al momento de la postulación el beneficiario no cumplía con los requisitos establecidos; (ii) cuando se compruebe que existió falsedad en los documentos presentados; y (iii) cuando el beneficiario se haya comprometido al pago de salarios adeudados de abril y no haya cumplido con dicho compromiso.

a. Artículo 6º – modificaciones a la restricción de inembargabilidad y compensación del aporte con la línea de crédito del FNG (art. 11º del Decreto 639 de 2020)

1. El artículo 6º del Decreto sub examine modifica el artículo 11º del Decreto 639 de 2020 el cual establecía reglas de inembargabilidad y destinación de los aportes del PAEF.

Modificaciones al artículo 11º del Decreto 639 de 2020

Artículo 11 del Decreto 639 de 2020

Artículo 6 del Decreto 677 de 2020

“Artículo 11. Inembargabilidad e inmodificabilidad de la destinación de los recursos. Los recursos correspondientes al aporte estatal del PAEF serán inembargables y deberán destinarse, única y exclusivamente, al pago de los salarios de los empleos formales del beneficiario. En este sentido, los mismos no podrán abonarse a ningún tipo de obligación del beneficiario con la entidad financiera a través de la cual se disperse el aporte. No obstante, el beneficiario podrá adelantar, en el marco del pago de nómina, los descuentos previamente autorizados por sus trabajadores”.

“Artículo 11. Inembargabilidad de los recursos. Durante los treinta (30) días calendario siguientes a la entrega de los recursos en la cuenta de depósito del beneficiario, los recursos correspondientes al aporte estatal del PAEF serán inembargables y no podrán abonarse a ningún tipo de obligación del beneficiario con la entidad financiera a través de la cual se disperse el aporte. No obstante, en cualquier momento, se podrán aplicar los descuentos previamente autorizados por el beneficiario a terceros.

Parágrafo. No obstante lo establecido en este artículo, respecto de los beneficiarios del Programa que igualmente tengan la calidad de deudores de líneas de crédito para nómina garantizadas del Fondo Nacional de Garantías, cuando la suma total de recursos recibida por estos beneficiarios en el mismo mes, por concepto de los créditos garantizados y el aporte estatal del PAEF, supere el valor total de las obligaciones laborales a cargo de dicho

beneficiario, estos deberán abonar a dicho crédito un valor equivalente al del aporte estatal del PAEF recibido”.

1. El artículo 6º instituye dos modificaciones a las reglas de inembargabilidad y destinación de los recursos descritas. Primero, dispone que los recursos del PAEF serán inembargables y “no podrán abonarse a ningún tipo de obligación del beneficiario con la entidad financiera a través de la cual se disperse el aporte”, únicamente durante “los treinta (30) días calendario siguientes a la entrega de los recursos en la cuenta de depósito del beneficiario”.

1. Segundo, establece una regla especial para los beneficiarios del PAEF que también tengan la calidad de deudores de líneas de crédito para nómina garantizadas del Fondo Nacional de Garantías. Al respecto, prescribe que cuando la suma total de recursos recibida por estos beneficiarios en el mismo mes, por concepto de los créditos garantizados y el aporte estatal, supere el valor total de las obligaciones laborales a cargo de dicho beneficiario, “estos deberán abonar a dicho crédito un valor equivalente al del aporte estatal del PAEF recibido”.

1. Por último, el artículo 7º dispone que el Decreto Legislativo rige a partir del 19 de mayo de 2020 y modifica en lo pertinente al Decreto Legislativo 639 de 2020.

1. El siguiente cuadro sintetiza las medidas del Decreto 677 de 2020:

Medidas del Decreto 677 de 2020 (modificaciones al Decreto 639 de 2020)

Art. 1º

Modificaciones a los sujetos beneficiarios y requisitos de acceso al programa (art. 2º del

Decreto 639 de 2020). El artículo 1º del Decreto sub examine:

1. Amplía el grupo de beneficiarios. Incluye a los personas naturales, uniones temporales y consorcios.

2. Modifica requisitos generales de acceso al programa. En particular (i) se entenderán como entidades financieras, no solo aquellas vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sino también aquellas vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria; (ii) extiende la función de fiscalización de la UGPP del año 2021 hasta los siguientes 3 años, contados a partir de la finalización del programa; y (iii) atribuye a la UGPP competencia para verificar la identidad y calidad de los postulantes al programa.

3. Modifica requisitos específicos de acceso, en atención a la naturaleza del beneficiario.

i. Personas jurídicas: (a) todas las personas jurídicas deben estar inscritas en el registro mercantil para acceder al programa; (b) solo pueden postularse las ESAL obligadas a declarar renta, ingresos y patrimonio o información exógena.

ii. Uniones temporales y consorcios: (a) deberán aportar copia del Registro Único Tributario y (b) solo pueden postularse con los mismos trabajadores una sola vez.

iii. Personas naturales: (a) solo puede ser beneficiarias las personas naturales que se hayan inscrito en el registro mercantil antes del 1º de enero de 2020; (b) no pueden acceder al PAEF quienes tengan menos de tres (3) empleados reportados en el PILA correspondiente al período de cotización del mes de febrero de 2020, a cargo de dicha persona natural; o (c) sean personas PEP o sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil de estos.

Art. 2º

Modificaciones al monto del aporte y método de cálculo (art. 3º del Decreto 639 de 2020).

1. Número de empleados: el número de trabajadores deberá ser el reportado en el PILA del mes inmediatamente anterior a la postulación.

3. Cómputo del aporte: cada trabajador será computado una sola vez. En los casos de multiplicidad de empleadores por un mismo trabajador se pagará el subsidio al primero que realice la solicitud.

Art. 3º

Modificaciones al proceso de postulación (art. 4º del Decreto 639 de 2020).

1. Requisitos para nuevos beneficiarios: las personas naturales, las uniones temporales y los consorcios deberán presentar, en términos generales, los mismos documentos que las personas jurídicas en el proceso de postulación.

2. Documentos que deben ser presentados: (i) prevé que la solicitud de aplicación al programa también podrá ser suscrita por “la persona natural empleadora”; (ii) exige que en el certificado del revisor fiscal o contador conste que los empleados que se pretende proteger (a) recibieron el sueldo del mes anterior; o (b) sin perjuicio de lo anterior, que las obligaciones laborales adeudadas se pagarán, a más tardar, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción del beneficio estatal.

3. Registro de la UGPP: la UGPP debe llevar registro de (i) los beneficiarios del programa; (ii) el número de empleos; y (iii) la identificación “de los trabajadores respectivos” sobre los que se concede el beneficio.

4. Vigilancia de las entidades financieras: las entidades financieras que participan en el proceso de postulación serán supervisadas por la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Economía Solidaria.

5. Eximente de responsabilidad: la configuración de supuestos de fraude o indebida destinación del aporte “no conlleva responsabilidad para quienes participen en la implementación de este programa”.

Art. 4º

Elimina el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 639 de 2020. Los beneficiarios del PAEF,

que a su vez tengan la condición de deudores de líneas de crédito para nómina garantizadas del Fondo Nacional de Garantías, solo pueden solicitar el aporte hasta julio de 2020.

Art. 5º

Modifica las causales que dan lugar a la restitución del aporte (art. 8º del Decreto 639 de 2020). En particular, elimina las causales que exigían (i) la restitución total de los recursos cuando estos no eran utilizados para el pago de los salarios de los trabajadores; y (ii) la restitución parcial cuando el aporte era superior al efectivamente utilizado para pagar los salarios.

Art. 6º

Modifica parcialmente las reglas de inembargabilidad del aporte (art. 11º del Decreto 639 de 2020). En particular:

1. Modifica el plazo de la protección de inembargabilidad. Los recursos del PAEF serán inembargables únicamente durante “los treinta (30) días calendario siguientes a la entrega de los recursos en la cuenta de depósito del beneficiario”.
2. Prevé una regla especial para beneficiarios del PAEF que también tengan la calidad de deudores de líneas de crédito para nómina garantizadas del FNG. Cuando la suma total de recursos recibida por estos beneficiarios en el mismo mes, por concepto de los créditos garantizados y el aporte estatal, supere el valor total de las obligaciones laborales a cargo de dicho beneficiario, “estos deberán abonar a dicho crédito un valor equivalente al del aporte estatal del PAEF recibido”.

Art. 7º

El Decreto Legislativo rige a partir del 19 de mayo de 2020 y modifica en lo pertinente al Decreto Legislativo 639 de 2020.

5. Control constitucional del Decreto Legislativo 677 de 2020

1. Los estados de excepción pretenden, en el marco de la Constitución Política, responder a situaciones graves y anormales que no pueden ser enfrentadas por el Estado con el ejercicio de sus competencias ordinarias. En todo caso, una característica propia del Estado constitucional democrático es que los estados de excepción no pueden ser absolutos ni arbitrarios. El ordenamiento superior prevé una serie de requisitos que deben cumplir tanto los decretos legislativos que declaran el estado de excepción, como aquellos que prevén las medidas legales extraordinarias para conjurar la crisis. Tales requisitos son analizados por la Corte para verificar la compatibilidad de tales decretos con la Constitución. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que el control constitucional de los decretos expedidos al amparo del estado de emergencia tiene dos facetas: una formal y otra material. Se trata de un detallado escrutinio que tiene por objeto asegurar que todos los límites previstos para el ejercicio de las facultades de excepción sean debidamente respetados por el Gobierno Nacional⁴⁷.

1. A continuación, la Corte realizará el examen formal y material del Decreto 677 de 2020.

a. Examen formal del Decreto Legislativo 677 de 2020

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

1. El Decreto Legislativo 677 de 2020 cumple con todos los requisitos formales de constitucionalidad. La Sala constata que el Decreto (i) fue suscrito por el Presidente y todos

los representantes de cada uno de los ministerios, sin hallarse alguno ausente o incapacitado para firmar el Decreto objeto de estudio⁴⁸; (ii) fue proferido durante la vigencia y en desarrollo del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado mediante el Decreto 637 de 2020, porque (a) fue expedido el 19 de mayo de 2020, esto es, dentro de los 30 días siguientes a dicha declaratoria del estado de emergencia; y (b) tal y, como lo establece su encabezado, fue dictado con el objeto de adoptar “medidas sobre el Programa de Apoyo al Empleo Formal-PAEF, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 de 2020” (subrayado fuera del texto); y (iii) está formalmente motivado en cuanto los considerandos dan cuenta de las razones que justifican cada una de las medidas ordenadas en la parte resolutive. Finalmente, (iv) el requisito referido a la determinación del ámbito territorial no es aplicable al caso concreto, por cuanto el decreto que declaró el Estado Emergencia Económica, Social y Ecológica no fijó un determinado ámbito de aplicación, sino que sus efectos se extienden a todo el territorio nacional, como ocurre con las medidas que adopta el actual decreto.

a. Examen material del Decreto Legislativo 677 de 2020

1. El examen material de constitucionalidad de los decretos de desarrollo debe llevarse a cabo a partir de diez (10) juicios: (i) finalidad, (ii) conexidad, (iii) motivación suficiente, (iv) arbitrariedad e intangibilidad, (v) no contradicción específica, (vi) incompatibilidad, (vii) necesidad, (viii) proporcionalidad y, (ix) no discriminación.

1. Como se expuso en la sección II.4 supra, el Decreto Legislativo 677 de 2020 está compuesto por dos grupos de disposiciones: primero, aquellas que reproducen el contenido de los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 8º y 11º del Decreto Legislativo 639 de 2020 y segundo, aquellas que introducen modificaciones a algunos apartes normativos de estos artículos. En la sentencia C-458 de 2020 la Corte Constitucional realizó el análisis de constitucionalidad del Decreto Legislativo 639 de 2020 y, en concreto, de las disposiciones de los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 8º y 11º que el Decreto Legislativo 677 de 2020 reproduce. La Sala Plena considera

que (i) la sentencia C-458 de 2020 es un precedente aplicable para la valoración de la constitucionalidad de las disposiciones del primer grupo; (ii) no existe ninguna razón para apartarse de esta decisión; y (iii) por lo tanto, no es necesario realizar un nuevo análisis de constitucionalidad de este grupo de disposiciones. Por lo tanto, la Sala Plena declarará la exequibilidad, exequibilidad condicionada e inexequibilidad de los apartes normativos de los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 8º y 11º del Decreto 639 de 2020 que el Decreto sub examine reprodujo, en los mismos términos de la sentencia C-458 de 2020. Por esta misma razón, circunscribirá el examen material del Decreto Legislativo 677 de 2020 únicamente a la valoración de constitucionalidad de aquellas disposiciones que introducen modificaciones al Decreto Legislativo 639 de 2020, y a responder a los nuevos cuestionamientos de constitucionalidad planteados por los intervinientes en el presente proceso.

(i) Juicio de finalidad

1. El artículo 10 de la LEEE⁴⁹ prevé el juicio de finalidad⁵⁰, según el cual toda medida contenida en los decretos legislativos de desarrollo debe estar directa y específicamente encaminada a enervar las causas de la perturbación o impedir la extensión o agravación de sus efectos.

1. El Decreto 677 de 2020 satisface el juicio de finalidad, porque las medidas que adopta están directa y específicamente encaminadas a conjurar una de las causas que dio lugar a declarar la emergencia económica mediante el Decreto 637 de 2020: el incremento extraordinario del desempleo. En efecto, la creación del PAEF mediante el Decreto 639 de 2020 tuvo como objeto autorizar al Gobierno nacional la entrega de un “aporte estatal monetario a los empleadores”⁵¹ para (i) “contribuir a sufragar los gastos de la nómina”⁵² y, con ello, (ii) “conservar las plazas de empleo existentes sin sacrificar la sostenibilidad y viabilidad financiera de las empresas que con este pagaran los salarios de sus trabajadores”⁵³.

1. El Decreto sub examine instituye modificaciones a aspectos instrumentales y operativos del PAEF que buscan ampliar el grupo de beneficiarios del programa (art. 1º) y adoptar algunos ajustes al proceso de postulación (art. 2º), método de cálculo del aporte (arts. 3º y 4º) y al régimen de inembargabilidad y restitución de los recursos recibidos (arts. 5º y 6º). Esto, con el objeto de “generar una mayor protección al empleo formal del país”⁵⁴ y, en particular, (i) alcanzar una mayor cobertura con el programa; (ii) garantizar que los recursos públicos sean utilizados efectivamente para proteger las plazas laborales existentes; (iii) fortalecer la fiscalización estatal sobre el uso de los aportes, y (iv) lograr mayor eficiencia y transparencia en la ejecución del programa.

1. Ahora bien, algunos intervinientes consideran que las modificaciones al artículo 11º del Decreto 639 de 2020, introducidas por el artículo 6º del Decreto sub examine, no superan el juicio de finalidad. De un lado, sostienen que la expresión “[n]o obstante, en cualquier momento, se podrán aplicar los descuentos previamente autorizados por el beneficiario a terceros” desnaturaliza la finalidad del PAEF, al permitir que el auxilio económico estatal se destine, con autorización del trabajador, a cubrir créditos contraídos por este⁵⁵. De otro lado, indican que el párrafo del artículo 11º del Decreto 639 de 2020 que el artículo 6º Decreto sub examine adiciona, no está encaminado a proteger el empleo porque, si el objeto del programa es entregar dinero a los particulares afectados por la situación del empleo formal en el país, la priorización del pago de las deudas que sean soportadas por el FNG no tiene relación con dicho objeto.

1. La Corte no comparte los argumentos de los intervinientes. A título preliminar, la Sala observa que su argumentación parte de una interpretación equivocada de la norma. La expresión “[n]o obstante, en cualquier momento, se podrán aplicar los descuentos previamente autorizados por el beneficiario a terceros” no permite que el trabajador autorice al empleador a utilizar los recursos del PAEF para cubrir cualquier crédito u obligación contraída por este con cualquier tercero. Por el contrario, el “beneficiario” directo del PAEF, según los artículos 1º y 2º, es el empleador; por lo tanto, la autorización para hacer descuentos está dirigida a este y no a sus dependientes. Así, la norma no permite que el

empleador utilice los recursos del PAEF para el pago de cualquier otra obligación dineraria a su cargo con cualquier tercero. Los únicos “descuentos autorizados por el beneficiario a terceros” son aquellos a los que se refiere el parágrafo del artículo 6º del Decreto, es decir, aquellos descuentos que resultan del pago de los créditos de nómina amparados por el FNG.

1. En estos términos, la Corte considera que la posibilidad de que los beneficiarios del PAEF, que son deudores de créditos de nómina amparados por el FNG, puedan abonar un excedente del aporte al pago de dichos créditos satisface la exigencia de finalidad. De un lado, el PAEF y los créditos para pago de nómina amparados por el FNG son medidas complementarias que persiguen un mismo fin: la protección del empleo. En efecto, ambos programas otorgan un apoyo monetario a los empleadores para el pago de la nómina que evite el cierre de las empresas y el despido de los trabajadores. Por esto, cuando los empleadores utilizan un excedente de los recursos recibidos por el PAEF para pagar un crédito de nómina amparado por el FNG, están destinando los recursos a la protección del empleo de sus trabajadores.

1. De otro lado, esta disposición está encaminada a que los recursos del PAEF sean distribuidos equitativa y eficientemente entre los empleadores que requieren de un apoyo estatal para pagar los salarios de sus empleados. El parágrafo del artículo 6º sub examine pretende garantizar el derecho a la igualdad de las empresas que accedieron inicialmente a los créditos del FNG, de manera que estas “no se vean limitadas para participar en el Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF, cuya implementación es posterior”⁵⁶. Al mismo tiempo, busca lograr la asignación eficiente de los recursos, dado que impide que potenciales beneficiarios del PAEF, que a su vez sean beneficiarios de la línea de crédito para el pago de nómina amparada por el FNG, reciban “un doble beneficio para el pago de las mismas obligaciones, en este caso las nóminas de empleados”⁵⁷. Para ello, dispone que los beneficiarios del PAEF puedan abonar el monto del subsidio a sus créditos de nómina, “siempre y cuando la suma total de recursos recibida por el crédito y por el PAEF supere el valor total de las obligaciones laborales a cargo”⁵⁸. De esta forma, el cruce de cuentas entre

los recursos de los dos programas no evade la finalidad del PAEF; por el contrario, (i) permite que el subsidio se impute a un crédito que persigue la misma finalidad del Programa: el pago de salarios y (ii) prevé un mecanismo que permite lograr una sinergia y articulación entre los dos programas.

1. Por las razones expuestas, la Corte concluye que el Decreto 677 de 2020 satisface el juicio de finalidad.

(ii) Juicio de conexidad material

1. El juicio de conexidad material está previsto por los artículos 215 de la Constitución Política⁵⁹ y 47 de la LEEE⁶⁰. Con este juicio, la Corte determina si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista: (i) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia⁶¹; y (ii) interno, esto es, la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente⁶².

1. El Decreto 677 de 2020 satisface el juicio de conexidad material externa e interna porque las medidas de excepción previstas en la parte resolutive están directamente relacionadas con su parte motiva y con las causas que dieron lugar a declarar la emergencia mediante el Decreto 637 de 2020⁶³.

1. En la parte motiva del Decreto 637 de 2020, el Gobierno manifestó que la pandemia y las medidas sanitarias que han sido adoptadas para contenerla han causado una “disminución

significativa de la actividad económica". Esta disminución, a su vez, ha generado "un crecimiento preocupante en la tasa de desempleo, la cual se origina en el cierre total o parcial de las actividades de las pequeñas, medianas e incluso grandes empresas", quienes no pueden "continuar cumpliendo con las obligaciones y compromisos adquiridos con sus empleados". En efecto, en marzo de 2020, "la tasa de desempleo a nivel nacional se incrementó en 1.4% frente a febrero, siendo este el mayor incremento registrado desde febrero de 2004 y el segundo más alto registrado desde 2001" y se reportó una "destrucción de cerca de 1,6 millones de empleos con respecto al mes anterior".

1. La suspensión tanto de actividades, como de contratos y despidos colectivos –con corte al 15 de abril de 2020– "han aumentado 30 veces frente al registro de todo 2019, lo que anticipa un deterioro aún mayor del mercado laboral en los próximos meses". Así, de acuerdo con la encuesta de medición del impacto de la COVID-19 de CONFECAMARAS, "el 85% de las empresas reportan no tener recursos para cubrir sus obligaciones más allá de 2 meses, y cerca del 54% de los empresarios espera disminuir su planta de personal en los próximos 3 meses". Con fundamento en estas proyecciones, el Gobierno afirmó que preveía un "significativo aumento en la tasa de desempleo en 2020, con proyecciones del orden del 15% al 20%".

1. En atención a esta problemática, el Gobierno anunció que se requería "implementar acciones de política para mitigar los impactos de la crisis sobre el mercado laboral y permitir que la economía pueda reanudar su actividad sin traumatismos una vez se levante el aislamiento". En particular, medidas tendientes a "mantener y proteger el empleo, entre otras, el establecimiento de nuevos turnos de trabajo, la adopción de medidas que permitan contribuir al Estado en el financiamiento y pago de parte de las obligaciones laborales a cargo de los empleadores".

1. En el mismo sentido, en los considerandos del Decreto 677 de 2020 el Gobierno hizo referencia explícita a que "el aumento del desempleo en Colombia genera una perturbación

grave y extraordinaria en el orden económico y social, así como en su Producto Interno Bruto”. Asimismo, manifestó que era “necesario otorgar un apoyo a la nómina para garantizar a los trabajadores una capacidad para cubrir los gastos necesarios para su sostenimiento y de su familia”. Finalmente, puntualizó que (i) se había identificado la necesidad de cobijar a las personas naturales inscritas en el registro mercantil, a los consorcios y a las uniones temporales como beneficiarios del mencionado programa dado que, “al igual que las personas jurídicas, constituyen una fuente importante de empleo formal en nuestro país” y (ii) debía propenderse “porque la información solicitada a los postulantes permita establecer el cumplimiento de los requisitos establecidos en la creación del Programa”.

1. En estos términos, las medidas de excepción adoptadas en la parte resolutive del Decreto sub examine satisfacen el juicio de conexidad material externa dado que guardan relación directa e inmediata con una de las causas que dio lugar a declarar la emergencia mediante el Decreto 637 de 2020: el incremento del desempleo. Asimismo, cumplen con el juicio de conexidad interna pues están relacionadas con los considerandos del Decreto que hacen referencia a la necesidad de fortalecer el PAEF, con el objeto de lograr mayor cobertura y eficiencia en la ejecución del programa. En los juicios de motivación suficiente y necesidad, la Corte explicará las razones por las cuales cada una de las modificaciones al PAEF constituyen medidas idóneas para apoyar a los empleadores y conservar las plazas existentes del empleo.

(iii) Juicio de motivación suficiente

1. En el juicio de motivación suficiente⁶⁴, la Corte determina si el Decreto contiene consideraciones y el Presidente ha presentado razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas⁶⁵. La motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas⁶⁶. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que existen tres niveles de intensidad del juicio de motivación suficiente que se determinan según el contenido de las

medidas objeto de análisis⁶⁷. Primero, el juicio de intensidad estricta, que se aplica para las medidas que limitan derechos constitucionales⁶⁸, que exige al Gobierno Nacional la explicación detallada de las razones que justifican tal limitación. Segundo, el juicio de intensidad intermedia, aplicable cuando “la medida adoptada no limita derechos”⁶⁹, se satisface si el Gobierno Nacional “expresa al menos un motivo que la justifique”⁷⁰. Tercero, el juicio de intensidad leve, para aquellas medidas meramente instrumentales y operativas, exige simplemente que el Gobierno enuncie los fundamentos constitucionales o legales que sustentan la adopción de las medidas.

1. La Corte considera que para valorar la suficiencia de la motivación de las medidas previstas en el Decreto 677 de 2020 debe aplicar un juicio de intensidad leve. Lo anterior, porque: (i) el PAEF no limita derechos; por el contrario, constituye una medida de apoyo directo a los empleadores entregando recursos para el pago de salarios de los trabajadores con el objeto de proteger el empleo existente y (ii) las medidas de excepción previstas en la parte resolutive implementan modificaciones meramente instrumentales y operativas que pretenden ampliar, fortalecer y hacer más eficiente la ejecución del programa.

1. El Decreto sub examine satisface el juicio de motivación de intensidad leve. Los considerandos del Decreto dan cuenta de las razones que justifican el fortalecimiento y ampliación del PAEF. En efecto, allí se indica que, desde el punto de vista jurídico, las medidas excepcionales se justifican dado que “la asignación de subsidios tendientes a preservar el empleo contribuye a cumplir y preservar principios constitucionales y postulados esenciales del Estado Social de Derecho”. Igualmente, se precisa que, de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional, “la transferencia de recursos no condicionada a título gratuito en favor de terceros, llevada a cabo por entidades del Estado, es viable y procedente en aquellos eventos en donde se propende por el cumplimiento de un principio o deber constitucional”. Estas consideraciones generales fueron complementadas en el informe de pruebas presentado por la Secretaría Jurídica de la Presidencia, el cual compila las respuestas enviadas por diversas carteras. Como se expone a continuación, en este informe se exponen las razones que justifican cada una de las

medidas.

1. El artículo 1º fue suficientemente motivado. El Gobierno explicó que la inclusión de personas naturales, uniones temporales y consorcios como beneficiarios del PAEF era necesario dado que, “una vez expedida la medida, [en el PAEF] fueron recibidas diferentes sugerencias por parte de la ciudadanía y los gremios de empresarios del país, quienes manifestaron la importancia de incluir a otros empleadores”⁷¹. Además, precisó que “según la información del Registro Único Empresarial y Social -RUES- existen aproximadamente 56.000 empresas registradas como personas naturales que emplean 3 o más trabajadores formales, lo que equivale a alrededor de 480.000 empleos”⁷². En este sentido, la inclusión de estos nuevos beneficiarios es una medida idónea, dado que estos son una fuente “importante de empleo formal en el país”⁷³. También expuso que la medida que modifica las características del producto de depósito que deben tener los empleadores, ampliándolos de productos de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, a productos de entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria, se justifica en tanto “tiene como finalidad igualmente ampliar los potenciales beneficiarios del programa, al facilitarles el cumplimiento de requisitos”⁷⁴.

1. Asimismo, el Gobierno presentó las razones por las cuales (i) los empleadores con menos de tres trabajadores; (ii) que se hayan inscrito en el registro mercantil después del 2019; (iii) las PEP y familiares cercanos y (iv) las ESAL que no declaren renta u otros, fueron excluidas del grupo de beneficiarios. La Corte hará referencia a estas consideraciones en el juicio de no discriminación.

1. El artículo 2º fue suficientemente motivado. El Gobierno expuso las razones por las cuales (i) el número de empleados reportados en el mes de febrero de 2020 debía coincidir “al menos en un 80%” con aquellos “correspondientes al período de cotización del mes inmediatamente anterior al de la postulación”; y (ii) el mes de febrero de 2020 se fijó como referencia para la comparación de información sobre los trabajadores reportados en la PILA.

1. De un lado, en relación con el número de empleados (80%), señaló que para fijar dicho porcentaje se “estudió el comportamiento de permanencia de los empleados en una empresa”⁷⁵, mediante la información estadística que reposa en la Gran Encuesta Estadística Integrada de Hogares (GEIH), a cargo del DANE. Los porcentajes mínimos de permanencia de los empleados “permiten no solo dirigir los subsidios a los sujetos que más cumplen con el objetivo de mantenimiento del empleo formal, sino que además permite eliminar, en gran medida, el riesgo de incremento súbito de nóminas para acceder a un mayor aporte estatal”⁷⁶. El análisis de las dinámicas de permanencia llevó al Gobierno a concluir que (i) “es factible que la rotación aproximada de los empleados entre febrero y junio, es decir transcurridos 4 meses, sea del orden del 20%”⁷⁷; y (ii) por ello, se justifica que los empleados considerados mensualmente en cada una de las postulaciones al PAEF, “corresponda al menos en un 80% a los trabajadores reportados en la PILA correspondiente al periodo de cotización de febrero de 2020”⁷⁸.

1.

1. De otro lado, se fijó el mes de febrero como referencia previa a la crisis para la comparación de información sobre los trabajadores reportados en la PILA, pues este período “registró la mayor tasa de participación y ocupación laboral antes de las caídas de marzo y abril de 2020”⁷⁹, tal como se muestra en la siguiente gráfica tomada del GEIH-DANE:

2. En este sentido, se consideró que el mes febrero era un periodo de referencia adecuado porque (i) supone “una nómina mucho mayor que la de los meses siguientes (considerando que en marzo empezó el aislamiento preventivo obligatorio)”⁸⁰ y, al mismo tiempo, (ii) permite establecer un “marco de referencia en condiciones de normalidad de las cosas y los mercados, antes de la pandemia”⁸¹.

1. El artículo 3º satisface el juicio de motivación suficiente. Las modificaciones al proceso de postulación y los documentos que los beneficiarios debían presentar se justifican “en

consideración a los nuevos beneficiarios incluidos al programa”⁸² y en la necesidad de “establecer mecanismos y documentos que permitieran la fiscalización y el control del aporte estatal”⁸³. Asimismo, el Gobierno expuso las razones por cuales consideró necesario exigir a los beneficiarios certificar que sus trabajadores recibieron el salario correspondiente al mes inmediatamente anterior; o que pagaron las obligaciones laborales adeudadas, a más tardar dentro de los 5 días hábiles siguientes a la recepción de los recursos. Al respecto, manifestó que estas medidas se justifican dado que garantizan que los recursos sean destinados adecuadamente y “el programa cumpla con la finalidad para la que fue previsto - conservación del empleo”⁸⁴.

1. De otro lado, el Gobierno expuso las razones por las cuales previó una exclusión de responsabilidad objetiva y automática para los funcionarios que participan en la implementación del programa. Preciso que “la implementación de un programa social dirigido a cerca de un millón de beneficiarios (empleadores) y de cerca de cinco millones de empleados (en las estimaciones más amplias), con un costo inicial fiscal estimado en \$6 billones de pesos, supone un reto operativo sin precedentes”⁸⁵ para la administración. En este sentido, la disposición se justifica dado que no busca “excluir de responsabilidad a los funcionarios públicos que incurran en conductas delictivas”⁸⁶. Por el contrario, pretende “darle seguridad jurídica a los funcionarios públicos que implementan el Programa, al menos frente a la comisión de un delito por parte de un tercero”⁸⁷ y, de esta forma, “evitar un juzgamiento objetivo que desconozca el contexto de la pandemia”⁸⁸.

1. El artículo 4º satisface el juicio de motivación suficiente. El Gobierno expuso las razones por las cuales suprimió el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 639 de 2020 que permitía que los beneficiarios del PAEF, que a su vez tuviesen la condición de deudores de líneas de crédito para nómina garantizadas por el FNG, solicitaran el aporte “hasta agosto de 2020”. En concreto, indicó que esta eliminación se justificaba porque el párrafo que el artículo 6º del Decreto sub examine introdujo, adoptó un mecanismo que permite “generar mayores sinergias entre los dos programas”⁸⁹ y garantiza la igualdad y eficiencia en la asignación de los recursos.

1. El artículo 5º supera el juicio de motivación suficiente. Como se expuso, el artículo 5º eliminó los numerales 1 y 4 del artículo 8º del Decreto 639 de 2020 que exigían (i) la restitución total de los recursos cuando estos no eran utilizados para el pago de los salarios de los trabajadores; y (ii) la restitución parcial cuando el aporte era superior al efectivamente utilizado para pagar los salarios. Estas causales se eliminaron, pues el pago de los salarios “se verifica como requisito [previo] para acceder al programa”⁹⁰. En efecto, el numeral 2.2 del artículo 4º del Decreto 639 de 2020, tal y como fue modificado por el Decreto sub examine, exige que en el proceso de postulación los beneficiarios entreguen un documento suscrito por el revisor fiscal o contador que certifique que “los empleados sobre los cuales se recibirá el aporte efectivamente recibieron el salario correspondiente al mes inmediatamente anterior”. Por lo tanto, los citados numerales del artículo 8º del Decreto 639 de 2020 eran operativamente innecesarios.

1. El artículo 6º fue motivado suficientemente. El Gobierno expuso las razones que justifican las dos modificaciones que esta disposición introduce al artículo 11º del Decreto 639 de 2020. Primero, la posibilidad de que los beneficiarios del PAEF, que a su vez son deudores de créditos de nómina amparados por el FNG, puedan abonar el excedente del aporte al pago de dicho crédito, tiene como propósito articular los dos programas y contribuir a que los recursos del PAEF sean distribuidos equitativa y eficientemente entre los empleadores que requieren de un apoyo estatal.

1. Segundo, la reducción a 30 días del término durante el cual la protección de inembargabilidad del aporte se mantendrá vigente, se justifica porque está encaminada a establecer una regulación coherente entre las reglas de destinación, restitución e inembargabilidad del aporte. El numeral 3 del artículo 2º del Decreto 639 de 2020 prevé que, para solicitar el aporte para el pago de la nómina de abril de 2020, los empleadores deberán certificar que utilizarán los recursos para pagar los salarios “a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción de los recursos”. Además, el numeral 3 ibidem dispone que para recibir el aporte en los siguientes meses (mayo, junio y julio), los

empleadores deben certificar que los empleados sobre los cuales se recibirá el apoyo efectivamente recibieron el salario correspondiente “al mes inmediatamente anterior”. Así, los empleadores que 30 días después del recibo de los recursos no hayan pagado los salarios de sus empleados estarían incumpliendo con uno de los deberes principales del Decreto. Ante lo cual, se activaría la obligación de restitución (art. 8º del Decreto 639 de 2020) y las responsabilidades penales y disciplinarias respectivas. En estos términos, no existe ninguna razón que justifique que los empleadores incumplidos se puedan beneficiar de una protección indefinida de inembargabilidad a pesar de que no destinaron los recursos para el pago de nómina.

1. Por otra parte, la Sala observa que la determinación de un plazo de inembargabilidad constituye un incentivo para que los empleadores utilicen los recursos para el pago de los salarios de los trabajadores oportunamente, esto es, dentro del término legal ordinario que la legislación laboral establece para el cumplimiento de dicha obligación⁹¹.

1. Con fundamento en estas consideraciones, la Corte concluye que el Decreto 677 de 2020 satisface el juicio de motivación suficiente.

(iv) Juicios de ausencia de arbitrariedad e intangibilidad

1. El juicio de ausencia de arbitrariedad exige que la Corte compruebe que el decreto legislativo no contenga medidas que violen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución⁹², la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia⁹³. Por su parte, el juicio de intangibilidad⁹⁴ exige que los decretos de desarrollo de la emergencia no desconozcan aquellos derechos que a la luz de los artículos 93 y 214 de la Constitución tienen el carácter de “intocables” o “intangibles” y, por ello, no pueden ser restringidos, siquiera, durante un estado de excepción.

1. La Sala constata que el Decreto Legislativo 677 de 2020 satisface estos dos juicios. De un lado, supera el juicio de ausencia de arbitrariedad, porque las medidas de excepción adoptadas: (i) no suspenden o vulneran el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales⁹⁵, (ii) no interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, por último, (iii) no suprimen ni modifican los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento⁹⁶. Asimismo, supera el juicio de intangibilidad por cuanto el Decreto no afecta derechos intangibles ni los mecanismos judiciales indispensables para su protección.

(v) Juicio de no contradicción específica

1. El juicio de no contradicción específica⁹⁷ exige que la Corte verifique que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contraríen, de manera específica, la Constitución o los tratados internacionales, y (ii) la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica no desconozca el contenido de los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE. La Corte Constitucional ha destacado que, por expreso mandato constitucional y legal, dentro de este marco está prohibido que el Gobierno desmejore los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados por el artículo 215 de la Constitución Política.

1. La Sala Plena considera que, en términos generales, el Decreto 677 de 2020 supera el juicio de no contradicción específica, dado que las medidas que prevé (i) no contrarían de manera directa la Constitución o los tratados internacionales, (ii) no desconocen el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica; y (iii) no desmejoran los derechos sociales de los trabajadores. Por el contrario, el Decreto Legislativo autoriza la entrega de un apoyo económico a las empresas para mantener en época de crisis los empleos existentes y así garantizar la conservación de

plazas de trabajo.

1. Ahora bien, el Ministerio Público y otros intervinientes sostienen que algunos apartes normativos del Decreto no satisfacen el juicio de no contradicción específica en tanto contrarían de manera directa (i) los artículos 6, 121 y 123 de la CP; y, (ii) el artículo 29 de la CP. A continuación, la Corte valorará cada uno de estos argumentos y solicitudes.

1. Presunta vulneración de los artículos 6, 121 y 123 de la CP. Algunos intervinientes y el Ministerio Público argumentan que la expresión “[l]a configuración de estos supuestos no conlleva responsabilidad para quienes participen en la implementación de este programa” (parágrafo 3 del artículo 4º del Decreto 639 de 2020) contraría directamente los artículos 6, 121 y 123 de la Constitución. En su criterio, este aparte “se podría interpretar como una exclusión de responsabilidad de los servidores públicos que intervengan en la implementación del Programa, sin que el decreto justifique o motive tal disposición”⁹⁸.

1. La Sala Plena considera que debe condicionar la exequibilidad de la expresión citada, en tanto una de sus interpretaciones sería contraria a los artículos 6, 121 y 123 de la C.P. En las sentencias C-174 de 2020 y C-238 de 2020 la Corte analizó dos expresiones normativas de los Decretos 518 de 2020 y 563 de 2020 que tenían un contenido idéntico al de la expresión del Decreto sub examine que ahora se estudia. Estos decretos establecían que la configuración de supuestos de fraude o destinación indebida del Programa de Familias en Acción y del Programa del Ingreso Solidario no “conlleva responsabilidad para quienes participen en la implementación de este programa”.

1. La Corte precisó que estos apartes admitían dos interpretaciones: (i) el Gobierno previó una “cláusula de inmunidad o de irresponsabilidad para los servidores públicos encargados de la implementación”⁹⁹ de los programas o que, (ii) estos apartes tienen por objeto excluir la responsabilidad automática y objetiva de los servidores públicos y, en este sentido, hacen

un llamado a que, en estos casos, “la valoración del dolo o culpa grave, presupuesto de la eventual responsabilidad, tenga en cuenta las condiciones de apremio y urgencia en las que se enmarca la realización del programas”. En ambos casos, la Corte Constitucional concluyó que la primera de las interpretaciones era contraria a la Constitución porque “la exclusión de responsabilidad de estos servidores en eventos de culpa grave o dolo demostrado en la asignación indebida de recursos implicaría la elusión del deber de control disciplinario y fiscal que es inherente al Estado según lo dispuesto en los artículos 6 y 123 superiores”. Por ello, declaró la exequibilidad condicionada de la expresión.

1. Las sentencias C-174 de 2020 y C-238 de 2020 son precedentes aplicables al presente caso. En efecto, en este también resulta desproporcionado imponer a los servidores involucrados en la implementación del PAEF un régimen de responsabilidad objetiva y automático que no tenga en cuenta las condiciones de apremio y urgencia en las que se enmarca la ejecución del programa. Asimismo, la exclusión de responsabilidad de estos servidores en eventos de culpa grave o dolo demostrado en la asignación indebida de recursos implicaría la elusión del deber de control disciplinario y fiscal que es inherente al Estado según lo dispuesto en los artículos 6 y 123 superiores.

1. Por lo expuesto, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de la expresión “[l]a configuración de estos supuestos no conlleva responsabilidad para quienes participen en la implementación de este programa” contenida en el artículo 3º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el parágrafo 3º del artículo 4º del Decreto Legislativo 639 de 2020, bajo el entendido que las mismas no constituyen cláusulas de inmunidad o de irresponsabilidad para los servidores públicos, sino que aluden a la necesidad de que la valoración del dolo o culpa grave, presupuesto de la eventual responsabilidad en los casos allí previstos, debe tener en cuenta las condiciones de apremio y urgencia en las que se enmarca la implementación del programa.

1. Presunto desconocimiento del derecho al debido proceso (art. 29 de la CP). Algunos

intervinientes y el Procurador General de la Nación sostienen que el artículo 8º del Decreto 639 de 2020, modificado por el artículo 5º del Decreto sub examine, contraría el artículo 29 de la Constitución. Argumentan que esta disposición desconoce las garantías mínimas del debido proceso administrativo, pues exige a los beneficiarios la devolución del aporte de manera inmediata cuando la UGPP determine, motu proprio, que se presenta algunas de las causales¹⁰⁰.

1. La Corte no comparte la argumentación de los intervinientes, dado que parte de una interpretación parcializada de las causales de restitución y la forma en que serán aplicadas, que no se desprende razonablemente de su texto y que desconoce lo dispuesto en el parágrafo del artículo 8º. El parágrafo del artículo 8º dispone que “[e]l Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecerá, a través de resolución, el proceso de restitución del aporte estatal del Programa de Apoyo al Empleo Formal – PAEF”. Naturalmente, la resolución que el Ministerio de Hacienda profiera a dichos efectos deberá garantizar que en el proceso de restitución se garantice el derecho al debido proceso administrativo de los postulantes y beneficiarios del PAEF. Por lo tanto, a diferencia de lo que afirman los intervinientes, no es posible inferir que el artículo 8º permite que la UGPP ordene la restitución del aporte sin que los interesados puedan ejercer su derecho de defensa.

1. En síntesis, el Decreto 677 de 2020 supera el juicio de no contradicción específica. Sin embargo, la expresión “[l]a configuración de estos supuestos no conlleva responsabilidad para quienes participen en la implementación de este programa” contenida en el artículo 3º del Decreto 677 de 2020 por medio del cual se modificó el parágrafo 3 del artículo 4 del Decreto 639 de 2020, admite una interpretación que contraría directamente los artículos 6, 121 y 123 de la CP. Por lo tanto, la Corte declarará su exequibilidad condicionada, en los términos descritos.

(vi) Juicio de incompatibilidad

1. El juicio de incompatibilidad¹⁰¹ está previsto por el artículo 12 de la LEEE. Por medio de este examen la Corte debe valorar que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción. El Decreto 677 de 2020 satisface el juicio de incompatibilidad porque no suspende la aplicación de ninguna ley ordinaria. Por el contrario, únicamente introduce modificaciones operativas e instrumentales al Decreto Legislativo 639 de 2020 con el objeto de fortalecer el PAEF.

(vii) Juicio de necesidad

1. El juicio de necesidad, previsto en el artículo 11 de la LEEE¹⁰², permite a la Corte verificar que las medidas que se adopten en el Decreto Legislativo sean indispensables para lograr los fines de la declaratoria del estado de excepción. La Corte ha señalado que, con este examen, debe analizarse: (i) la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el Presidente de la República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis, y (ii) la necesidad jurídica o subsidiariedad, que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

1. El Decreto 677 de 2020 satisface el juicio de necesidad, dado que las medidas que adoptó son indispensables para mitigar los impactos de la crisis en el sector del trabajo, y en particular, para preservar los empleos formales existentes y con ello evitar que la tasa de desempleo siga aumentando como resultado de la crisis.

1. Necesidad fáctica. El Decreto sub examine cumple con el juicio de necesidad fáctica dado que, como se expuso en las secciones anteriores, las modificaciones introducidas al Decreto

639 de 2020 constituyen medidas útiles e idóneas para combatir el incremento del desempleo en Colombia. La ampliación del grupo de beneficiarios (art. 1º) contribuye directamente a superar la crisis en tanto extiende la cobertura del programa a más empleadores formales. Asimismo, los ajustes al proceso de postulación (art. 2º) constituyen medidas idóneas para proteger los recursos públicos, pues (i) establecen “mecanismos y documentos que permiten la fiscalización y el control del aporte estatal”¹⁰³; y (ii) amplían el grupo de entidades públicas que deben ejercer supervisión sobre la ejecución del programa.

1. De igual forma, los ajustes al método de cálculo del aporte (arts. 3º y 4º) contribuyen a proteger los recursos públicos puesto que establecen criterios para otorgar el subsidio y calcular su monto que se fundamentan en estudios técnicos sobre “el comportamiento de permanencia de los empleados en una empresa”¹⁰⁴. De esta forma, “permiten no solo dirigir los subsidios a los sujetos que más cumplen con el objetivo de mantenimiento del empleo formal, sino que además permiten eliminar, en gran medida, el riesgo de incremento súbito de nóminas para acceder a un mayor aporte estatal”¹⁰⁵.

1. De otro lado, las modificaciones al régimen de inembargabilidad y restitución de los recursos recibidos (arts. 5º y 6º) constituyen medidas idóneas porque garantizan que los recursos públicos del PAEF sean destinados a la finalidad para la cual fueron entregados. En el mismo sentido, la posibilidad de que los empleadores beneficiarios del PAEF, que son deudores de créditos de nómina amparados por el FNG, puedan abonar el subsidio del PAEF a sus créditos, contribuye directamente a la asignación eficiente de los recursos, porque impide que potenciales beneficiarios reciban “un doble beneficio para el pago de las mismas obligaciones, en este caso las nóminas de empleados”¹⁰⁶. Finalmente, la adopción de un eximente de responsabilidad en favor de los funcionarios públicos que participan en la ejecución del programa es una medida útil para proteger los derechos de estos individuos pues, se reitera, “evita un juzgamiento objetivo que desconozca el contexto de la pandemia”¹⁰⁷.

1. En respuesta al auto de pruebas, el MHCP trajo a colación que, gracias a las modificaciones introducidas al PAEF por el Decreto 677 de 2020, “se desembolsaron \$3.1 billones beneficiando a más de 3,37 millones de empleados en 134.000 empresas”¹⁰⁸ discriminados así:

1. En estos términos, la Corte concluye que las medidas de excepción previstas en el Decreto 677 de 2020 son idóneas y útiles para superar la crisis, porque permiten cumplir dos finalidades de manera que concurrente: que el programa pueda “beneficiar al mayor número de empleadores posibles sin sacrificar los estándares que requiere el Gobierno nacional para poder efectuar un proceso adecuado de control y fiscalización de los aportes estatales que sean entregados”¹⁰⁹.

1. Necesidad jurídica. El Decreto 677 de 2020 satisface el juicio de necesidad jurídica, dado que dentro del ordenamiento jurídico ordinario no existían previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para ampliar la cobertura del programa, ajustar el proceso de postulación y modificar algunos aspectos operativos de su ejecución. Además, el Decreto 639 de 2020 tiene fuerza de ley, por lo tanto, no podía ser modificado mediante un decreto reglamentario ordinario.

(viii) Juicio de proporcionalidad

1. Mediante el juicio de proporcionalidad¹¹⁰, previsto por el artículo 13 de la LEEE, la Corte examina si las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción son respuestas equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Asimismo,

la Corte ha precisado que el examen de proporcionalidad implica constatar que las restricciones a derechos y garantías constitucionales se impongan en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad. La Corte Constitucional advierte que este examen particular no excluye la aplicación del examen de proporcionalidad cuando ello sea necesario para controlar restricciones a derechos constitucionales. El Decreto 677 de 2020 satisface el juicio de proporcionalidad dado que las modificaciones al PAEF que implementa (i) no afectan ni vulneran ningún principio constitucional o derecho fundamental; y (ii) constituyen respuestas equilibradas y necesarias al grave aumento del desempleo causado por la pandemia.

(ix) Juicio de no discriminación

1. El juicio de no discriminación¹¹¹ tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE¹¹². Este juicio exige que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no vulneren el derecho a la igualdad, es decir, no entrañen segregación alguna fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas¹¹³, y no impongan tratos diferentes injustificados¹¹⁴.

1. Para valorar el cumplimiento de este juicio, la Corte Constitucional ha empleado el juicio integrado de igualdad el cual consta de dos pasos. En primer lugar, el juez debe verificar la existencia de una afectación prima facie al principio de igualdad (presupuesto del juicio)¹¹⁵. Para esto, se requiere (i) identificar cuál es el criterio de comparación, “patrón de igualdad o tertium comparationis”¹¹⁶, (ii) determinar si, a la luz de dicho criterio de comparación, los sujetos y situaciones son comparables desde la perspectiva fáctica y jurídica¹¹⁷; y (iii) definir si la norma establece un trato diferenciado entre sujetos comparables o un trato paritario entre sujetos disímiles. En segundo lugar, el juez constitucional debe determinar si dicha afectación prima facie se encuentra constitucionalmente justificada, para lo cual debe: (i) definir la intensidad del juicio a partir de la escala triádica: débil, intermedia o estricta, y (ii) analizar la proporcionalidad de la medida a la luz del juicio de proporcionalidad¹¹⁸.

1. Algunos intervinientes y el Procurador General de la Nación sostienen que el Decreto 677 de 2020 es una norma infrainclusiva, en cuanto excluye del aporte a sujetos que requieren del mismo y que contribuyen a garantizar el empleo formal. En particular, afirman que la exclusión de los siguientes grupos de sujetos empleadores carece de justificación constitucional: (i) empleadores constituidos después del 1º de enero de 2020, (ii) empleadores que no están obligados a incubarse en el registro mercantil, (iii) personas naturales con menos de tres empleados, (iv) PEP o familiares, (v) empleadores que suspendieron los contratos de algunos trabajadores con el fin de obtener un mejor flujo de caja, y (vi) las ESAL que no están obligadas a declarar renta y otros. De otro lado, un interviniente argumenta que los recursos del PAEF debían haber sido focalizados o priorizados a los empleadores de las industrias más afectadas por la crisis.

1. A continuación, la Corte valorará si la exclusión de cada uno de estos sujetos empleadores y la focalización de los recursos prevista en el Decreto Legislativo 677 de 2020 es contraria al principio de igualdad.

* Presunto desconocimiento del derecho a la igualdad de los empleadores constituidos antes del 1 de enero de 2020

1. El numeral 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020, modificado por el artículo 1º del Decreto sub examine, dispone que solo podrán ser beneficiarios del PAEF las personas jurídicas, personas naturales, consorcios y uniones temporales que “Hayan sido constituidos antes del 1º de enero de 2020”. Algunos intervinientes y el Procurador General de la Nación consideran que la exclusión como beneficiarios de los empleadores constituidos después del 1º de enero de 2020 contraría el derecho a la igualdad y carece de justificación constitucional.

1. En la sentencia C-458 de 2020, la Sala Plena reconoció que la fecha de constitución del

empleador era, en abstracto, un criterio de diferenciación y focalización razonable de los recursos, pues permitía identificar el grupo de sujetos empleadores que requerían del aporte y contribuían a garantizar el empleo existente. En efecto, era posible inferir que la fecha de constitución permitía (i) fijar un parámetro temporal a partir del cual verificar la reducción de los ingresos de los empleadores, la cual era una condición para acceder al aporte; y (ii) determinar el grado de estabilidad de las plazas de trabajo en las empresas. Sin embargo, consideró que la fijación del 1 de enero de 2020 como fecha de corte no era razonable, pues no había sido fijada en función de estos criterios y, en concreto, excluía a los empleadores constituidos con posterioridad a dicha fecha como beneficiarios del PAEF. En este sentido, sostuvo que la exclusión de este grupo de sujetos constituía un trato diferenciado que vulneraba el derecho a la igualdad pues no era idóneo ni adecuado para alcanzar la finalidad que la entrega del aporte perseguía. Lo anterior, dado que tanto los empleadores constituidos antes del 1 de enero 2020, como aquellos constituidos con posterioridad, (i) se habían visto afectados por la crisis, (ii) se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad, (iii) podían demostrar la reducción de ingresos causada por la pandemia; y (iv) por lo tanto, la medida contribuía a garantizar la estabilidad en el empleo formal.

1. Con fundamento en estas consideraciones, la Corte Constitucional concluyó que los sujetos beneficiarios del aporte debían ser, en principio, todos los empleadores que hubieran visto disminuidos sus ingresos con ocasión de la pandemia y contribuyeran a garantizar la estabilidad en el empleo. De allí que la fecha de corte que permitía identificar a este grupo de sujetos se hubiese considerado como aquella en que se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, mediante el Decreto 637 de 2020. Por lo tanto, la Corte resolvió declarar “EXEQUIBLE el numeral 1º del artículo 2 del Decreto 639 de 2020, en el entendido que se refiere a las personas jurídicas constituidas antes del estado de emergencia económica, social y ecológica, declarado mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020”.

1. En el presente asunto, la Sala Plena considera que la sentencia C-458 de 2020 es un precedente aplicable y que no existe ninguna razón para apartarse de dicho

pronunciamiento. En efecto, el artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020 reproduce el mismo requisito de acceso al PAEF, originalmente previsto en el Decreto Legislativo 639 de 2020, consistente en que los empleadores deben haber “sido constituidos antes del 1º de enero de 2020” para ser beneficiarios. Por lo tanto, declarará la exequibilidad del artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020, en el entendido que se refiere a las personas jurídicas constituidas antes del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, declarado mediante el Decreto 637 de 2020.

* Presunto desconocimiento del derecho a la igualdad de los empleadores que no están obligados a inscribirse en el registro mercantil

1. El numeral 2º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020, modificado por el artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, dispone que podrán ser beneficiarios del PAEF las personas jurídicas, personas naturales, consorcios y uniones temporales que “[c]uenten con una inscripción en el registro mercantil. En todo caso, esta inscripción deberá haber sido realizada o renovada por lo menos en el año 2019”. De la misma forma, el parágrafo 6º prevé que “[e]n el caso de personas naturales, para efectos del cumplimiento del requisito establecido en el numeral 1 del presente artículo, se tomará como referencia la fecha de inscripción en el registro mercantil”.

1. Algunos intervinientes y el Procurador General de la Nación¹¹⁹ consideran que el requisito de acceso al PAEF, consistente en contar con inscripción en el registro mercantil, vulnera el derecho a la igualdad de aquellos empleadores que no están obligados a inscribirse en dicho registro. En su criterio, las personas naturales y jurídicas inscritas en el registro mercantil, y aquellas que por ley no tienen tal deber, son comparables, dado que ambos pueden ser afectados por la pandemia y tienen la capacidad de generar empleo o ser empleadores. Sin embargo, la disposición excluye el reconocimiento del aporte monetario a las personas naturales y jurídicas sin registro mercantil, por el solo hecho de no contar con este, lo cual

carece de justificación.

1. En la sentencia C-458 de 2020, la Corte concluyó que la exclusión de aquellos empleadores que no estaban obligados a inscribirse en el registro mercantil era contraria al principio de igualdad y no superaba el juicio de no discriminación. Esto por cuanto, excluía como beneficiarios del aporte a sujetos que, a pesar de no tener la obligación de inscribirse en el registro mercantil, (i) se habían visto afectados por la pandemia, (ii) requerían del aporte estatal, y (iii) contribuían a garantizar las plazas de empleo.

1. La Sala Plena reconoció que la presentación del registro mercantil como requisito de acceso al programa perseguía una finalidad legítima: facilitar la fiscalización en cuanto al debido uso de los recursos públicos. Asimismo, reconoció que el medio escogido para alcanzar esta finalidad era idóneo pues el registro mercantil era un sistema de información que permitía verificar el cumplimiento de los requisitos de acceso al programa como, por ejemplo, tener la calidad de empleador. Sin embargo, consideró que el medio no era necesario, restringía la cobertura del aporte y afectaba de forma desproporcionada el derecho a la igualdad de aquellos empleadores que no estaban obligados a inscribirse en el registro mercantil. Esto, porque existían otros medios igualmente idóneos y menos lesivos que (i) permitían corroborar el cumplimiento de todos los requisitos de acceso al PAEF; (ii) contribuían a lograr una mayor cobertura del programa; y (iii) no excluían a los sujetos que no estaban obligados a inscribirse en el registro mercantil como beneficiarios del aporte. A su turno, la Sala Plena indicó que la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) era un medio adecuado para lograr la finalidad de fiscalización, pues permitía verificar el cumplimiento de los requisitos, no restringía la cobertura del programa y no afectaba el derecho a la igualdad de ningún empleador. En ese sentido, resolvió declarar exequible el numeral 2º del artículo del Decreto Legislativo 639 de 2020 “bajo el entendido que la persona que carezca de la obligación de inscribirse en el mercantil puede demostrar su calidad de empleador por otro documento o medio probatorio”.

1. La Sala Plena considera que la sentencia C-458 de 2020 es un precedente aplicable en el presente asunto. En efecto, el artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020 reproduce el mismo requisito de acceso al PAEF originalmente previsto en el numeral 2º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020, consistente en que los empleadores deben contar “con una inscripción en el registro mercantil” para ser beneficiarios del aporte. Igualmente, el párrafo 6º ibídem prevé el mismo requisito para las personas naturales. La Sala Plena observa que no existe ninguna razón para apartarse del citado pronunciamiento. Por lo tanto, declarará la exequibilidad condicionada del artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el numeral 2º y el párrafo 6º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020, bajo el entendido que la persona que carezca de la obligación de inscribirse en el registro mercantil puede demostrar su calidad de empleador mediante la PILA.

* Presunto desconocimiento del principio de igualdad por la exclusión de los empleadores personas naturales con menos de 3 trabajadores

1. El numeral 1º del párrafo 7 del artículo 2º del Decreto 639 de 2020, modificado por el artículo 1º del Decreto sub examine, dispone que no podrán acceder al PAEF las personas naturales que “[t]engan menos de tres (3) empleados reportados en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) correspondiente al período de cotización del mes de febrero de 2020 a cargo de dicha persona natural, entendiéndose por empleados aquellos descritos en el párrafo 2 del artículo 3 del presente Decreto Legislativo”. Algunos intervinientes consideran que la exclusión de este grupo de sujetos carece de justificación, pues estos sujetos garantizan el empleo de individuos que se encuentran en situación de vulnerabilidad (vgr., trabajadores domésticos)¹²⁰. Por su parte, el Gobierno nacional argumentó que esta exclusión se encuentra justificada, ya que el número de trabajadores de un empleador “está asociado con la antigüedad laboral”¹²¹. Por lo tanto, el criterio utilizado por la norma para asignar el aporte pretende focalizar los recursos a “los empleadores que mantienen por más tiempo sus empleados”¹²². A continuación, la Sala valorará si la exclusión de este grupo de sujetos como beneficiarios del aporte contraría el principio de igualdad. Para ello, empleará el juicio integrado de igualdad.

1. Afectación prima facie al principio de igualdad. Los sujetos por comparar para determinar la existencia de una afectación prima facie al principio de igualdad son: (i) las personas naturales empleadoras con 3 o más trabajadores y (ii) las personas naturales empleadoras con menos de tres trabajadores. La Sala Plena considera que el criterio de comparación relevante para determinar si estos grupos de sujetos son comparables es la calidad de empleadores afectados por la crisis económica causada por la pandemia que requieren de un apoyo económico estatal para pagar la nómina. A la luz de este criterio de comparación, estos grupos son comparables pues, con independencia del número de trabajadores a su cargo, ambos requieren de un apoyo estatal para el pago de sus nóminas. Asimismo, la entrega del aporte a los empleadores con menos de tres trabajadores contribuiría, por lo menos prima facie, a garantizar la estabilidad del empleo formal. En estos términos, la Corte encuentra que el numeral 1º del parágrafo 7 del artículo 2º del Decreto 639 de 2020, modificado por el artículo 1º del Decreto sub examine, afecta prima facie el derecho a la igualdad de los empleadores personas naturales con menos de tres trabajadores. Este trato diferenciado consiste en que este grupo de sujetos no puede acceder al PAEF.

1. La diferencia de trato se encuentra justificada. Para valorar si la diferencia de trato se encuentra justificada, la Corte aplicará un juicio de igualdad de intensidad intermedia. Lo anterior, en tanto, la diferencia de trato (i) afecta prima facie el derecho a ser beneficiario de una acción afirmativa/apoyo estatal que tiene por objeto proteger la continuidad y sostenibilidad económica de los empleadores y, de la misma forma, y (ii) limita la posibilidad de que los trabajadores de los empleadores personas naturales con menos de tres empleados sean beneficiarios indirectos de un apoyo estatal que tiene por objeto garantizar su empleo y, correlativamente, los derechos que de ahí se derivan. El juicio intermedio de igualdad exige a la Corte verificar que la diferencia de trato (i) persiga un propósito constitucionalmente importante; (ii) sea efectivamente conducente para alcanzar dicho propósito y (iii) no sea evidentemente desproporcionada. Por las razones que a continuación se exponen, la Sala considera que la exclusión de los empleadores personas naturales con menos de tres trabajadores como beneficiarios del aporte se encuentra justificada.

1. La exclusión de los empleadores con menos de 3 trabajadores persigue una finalidad constitucionalmente importante. La exclusión de los empleadores personas naturales con menos de 3 trabajadores, como beneficiarios del programa, persigue una finalidad constitucionalmente importante: garantizar la eficiente focalización del aporte a aquellos empleadores que garantizan en mayor medida la estabilidad del empleo formal. En respuesta al auto de pruebas, el Gobierno nacional informó que los trabajadores de empleadores que tienen entre 1 y 3 empleados “presentan en promedio una menor antigüedad que aquellos en empresas de mayor tamaño”¹²³. Por ejemplo, como se muestra en la siguiente gráfica, alrededor del 20% de los empleados de los empleadores pequeños, es decir, los que cuentan entre 1 y 3 trabajadores, “llevan laborando de manera continua, en promedio, un mes”¹²⁴. En contraste, “este mismo porcentaje de empleados en una empresa que tiene entre 4 y 50 personas llevaría trabajando, en promedio, al menos 3 meses”¹²⁵.

1. En estos términos, el Gobierno expuso que la medida pretende darle “prevalencia - en atención a la necesidad de focalización de los recursos- a los empleadores que mantienen por más tiempo sus empleados, siendo entonces el número de empleados, un indicador asociado a la permanencia en el empleo”¹²⁶. La debida focalización del aporte es una finalidad constitucionalmente importante porque, en la actual coyuntura, en la que el Estado cuenta con recursos escasos y limitados, el uso adecuado y eficiente de los recursos del PAEF es de vital importancia para superar la crisis y, en concreto, garantizar la estabilidad de las plazas de trabajo y, en consecuencia, mitigar el aumento del desempleo.

1. La exclusión de los empleadores personas naturales con menos de tres trabajadores es efectivamente conducente. Esto, porque la medida garantiza que los recursos del programa sean entregados a aquellos empleadores que pueden contribuir en mayor grado a garantizar la estabilidad del empleo formal. En efecto, el Gobierno informó que el eventual despido de uno de los trabajadores en una empresa que cuente con más de tres empleadores “puede

generar efectos adversos para el mercado laboral, comparativamente mayores, a los ocasionados por trabajadores con mayor rotación laboral y que generalmente laboran para empresas con menos de tres empleados”¹²⁷. Por lo tanto, la exclusión de los empleadores con menos de tres trabajadores contribuye a que los recursos no sean destinados al pago de salarios de plazas de trabajo que, de acuerdo con la información estadística relevante, gozan, per se, de un bajo nivel de estabilidad.

1. La exclusión de los empleadores personas naturales con menos de tres trabajadores no es evidentemente desproporcionada. La afectación que la exclusión causa al derecho a la igualdad y, particularmente, la posibilidad de mantener el empleo por parte de este grupo de sujetos es leve. Lo anterior, porque de acuerdo con la información estadística aportada por el Gobierno nacional, los empleos en empleadores pequeños (menos de 3 trabajadores) gozan de una menor estabilidad. En este sentido, con independencia de la entrega del aporte, los empleos en este tipo de empleadores están sujetos a una alta rotación. En contraste, la priorización en entrega de los recursos a empleadores con más de 3 trabajadores contribuye, por las razones expuestas anteriormente, en un grado medio o alto a garantizar la eficiente focalización de los aportes.

* Presunto desconocimiento del principio de igualdad por la exclusión de las PEP y sus familiares

1. El párrafo 7 del artículo 2º del Decreto 639 de 2020 dispone que no podrán acceder al PAEF las personas naturales que sean “Personas Expuestas Políticamente (PEP) o sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil de Personas Expuestas Políticamente (PEP)”. De acuerdo con el artículo 2.1.4.2.3 del Decreto 1081 de 2015¹²⁸, se consideran PEP aquellos individuos que ocupan los más altos cargos públicos (Presidente de la República, Magistrados, Congresistas, Procuradores, Defensores del Pueblo, Superintendentes, Registradores, entre muchos otros). Estas personas mantienen dicha calidad dentro de los dos años siguientes a su

desvinculación del cargo.

1. Algunos intervinientes consideran que la exclusión de las PEP y sus cónyuges, compañeros permanentes o parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil (familiares más cercanos) es injustificada y contraría el principio de igualdad. Sostienen que esta limitación comporta un tratamiento discriminatorio que desconoce que estos sujetos, ya sean funcionarios o exfuncionarios¹²⁹, pueden ser empleadores cuyos ingresos también se han visto afectados por la coyuntura económica¹³⁰. El Gobierno nacional, por su parte, sostiene que la exclusión se encuentra justificada porque las PEP y sus familiares no son sujetos vulnerables desde el punto de vista económico y son personas consideradas de alto riesgo debido a sus funciones públicas¹³¹. A continuación, la Sala valorará si la exclusión de las PEP como beneficiarias del aporte contraría el principio de igualdad.

1. Afectación prima facie al principio de igualdad. Los sujetos por comparar para determinar la existencia de una afectación prima facie al principio de igualdad son: (i) el grupo de beneficiarios del PAEF: empleadores personas naturales, personas jurídicas, consorcios, uniones temporales y ESAL; y (ii) el grupo de los PEP y sus familiares más cercanos que tengan la calidad de empleadores. El criterio de comparación relevante para determinar si estos grupos de sujetos son comparables es la calidad de empleadores afectados por la crisis económica causada por la pandemia que requieren de un apoyo económico estatal para pagar la nómina. A la luz de este criterio de comparación, las PEP y sus familiares más cercanos son sujetos comparables a los demás beneficiarios del PAEF, pues es plausible que estos requieran de un apoyo estatal para el pago de nóminas. Asimismo, la entrega del aporte a estos sujetos contribuiría razonablemente a garantizar la estabilidad del empleo de sus trabajadores. En estos términos, la Corte encuentra que el parágrafo 7 del artículo 2º del Decreto 639 de 2020 afecta, en principio, el derecho a la igualdad pues otorga un trato diferenciado a las PEP que consiste en que no pueden acceder al PAEF.

1. La exclusión de las PEP persigue una finalidad constitucionalmente importante. La exclusión de las PEP persigue una finalidad constitucionalmente importante: garantizar la debida focalización de los recursos estatales en atención a criterios de equidad, eficiencia y transparencia. La debida focalización del aporte es una finalidad constitucionalmente importante porque, en la actual coyuntura, en la que el Estado cuenta con recursos escasos y limitados, el uso adecuado y eficiente de los recursos del PAEF es de vital importancia para superar la crisis.

1. De un lado, la exclusión de las PEP que se encuentran ejerciendo cargos públicos busca lograr una focalización equitativa de los recursos estatales de manera que estos sean asignados “al sector de la población más necesitado”¹³². Las PEP tienen una mayor “estabilidad financiera y capacidad económica, asociada a la estabilidad de recursos asociada (sic) a la naturaleza pública de sus ingresos”¹³³. En efecto, los ingresos de estos sujetos son de origen público y, por lo tanto, “se encuentran respaldados por el Estado”¹³⁴. Este respaldo, que a la vez es una obligación del Estado para con ellos, (i) implica una garantía de “mayor estabilidad a la de otros sujetos”¹³⁵ y (ii) supone que “su capacidad de asumir cargas laborales es mayor”¹³⁶ a las cargas que debe asumir un empleador del sector privado. Además, las PEP que se encuentran ejerciendo cargos públicos “tienen cargos de alta dignidad, a los cuales se encuentra asociado un alto nivel de ingreso”¹³⁷. En estos términos, es posible concluir razonablemente que la calidad de PEP de un individuo es un indicador de mayor capacidad de generación de ingresos y de estabilidad. Por tanto, su exclusión como beneficiarios del aporte pretende evitar que los recursos del PAEF sean entregados a individuos que, en principio, no se enfrentan a los mismos riesgos económicos que los demás beneficiarios y, en consecuencia, no requieren de un apoyo estatal con la misma urgencia que otros empleadores.

1. De otro lado, la exclusión de las PEP que ya se desvincularon del cargo, así como de sus familiares más cercanos, busca proteger los recursos públicos. De acuerdo con la información aportada por el Gobierno, estos sujetos son “consideradas de alto riesgo debido a l[as]

funciones públicas”¹³⁸ ejercidas. Por lo tanto, la asignación del aporte a estos individuos supondría “un riesgo de indebida focalización de los recursos”¹³⁹. Además, su exclusión también pretende garantizar la asignación eficiente y transparente del aporte pues, de acuerdo con lo informado por el Gobierno, “la evidencia ha mostrado que [las PEP y sus familiares] poseen un alto grado de influencia que pueden usar para beneficio propio, razón por la cual se considera prudente su exclusión de este Programa, así como la de sus familiares más cercanos”¹⁴⁰.

1. La exclusión de los PEP y sus familiares más cercanos es una medida efectivamente conducente para alcanzar la finalidad que persigue. Esto, porque (i) permite que los recursos sean destinados prioritariamente a los sectores más necesitados y, al mismo tiempo, impide que personas que en principio no requieren de un apoyo estatal para mantener la nómina reciban el aporte. Asimismo, (ii) contribuye efectivamente a reducir “riesgos de influencias indebidas”¹⁴¹. De esta forma, la exclusión de estos sujetos contribuye efectivamente a maximizar el uso de los recursos públicos y a prevenir la corrupción y el fraude en la asignación del aporte.

1. La exclusión de los PEP y sus familiares más cercanos no es evidentemente desproporcionada. La afectación que esta exclusión causa al derecho a la igualdad y a otros derechos conexos de este grupo de sujetos es leve. La Sala reitera que las PEP que son empleadores, en principio, no se han visto afectados en el mismo grado que los demás beneficiarios. A su turno, por las razones expuestas, la medida contribuye en un grado medio o alto a garantizar la adecuada focalización de los recursos.

1. Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que la exclusión de los PEP y sus familiares más cercanos se encuentra justificada y no vulnera el principio de igualdad.

* Presunto desconocimiento del derecho a la igualdad de aquellos empleadores que

suspendieron los contratos de algunos trabajadores con el fin de obtener un mejor flujo de caja

1. El inciso 1º del artículo 3º del Decreto 639 de 2020, modificado por el artículo 2º del Decreto sub examine, dispone que la cuantía del aporte estatal que recibirán los beneficiarios del PAEF “corresponderá al número de empleados multiplicado por hasta el cuarenta por ciento (40%) del valor del salario mínimo legal mensual vigente”. Por su parte, el párrafo 2º del mismo artículo dispone que “se entenderán por empleados los trabajadores dependientes por los cuales el beneficiario haya cotizado, el mes completo, al sistema general de seguridad social en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), con un ingreso base de cotización de al menos un salario mínimo mensual legal vigente, y a los cuales, en el mes inmediatamente anterior al de postulación, no se les haya aplicado la novedad de suspensión temporal de contrato de trabajo o de licencia no remunerada (SLN)”.

1. Algunos intervinientes consideran que esta disposición es contraria al principio de igualdad pues prevé un trato discriminatorio a aquellos empleadores y trabajadores que hicieron uso de las figuras de suspensión del contrato de trabajo y de licencia no remunerada para alivianar su flujo de caja¹⁴². En su criterio, esta exclusión carece de justificación constitucional, porque la suspensión del contrato y la licencia remunerada son figuras legales que no vulneran derecho constitucional alguno. Por lo tanto, no es posible que del ejercicio de un derecho o facultad legal se deriven consecuencias negativas para su titular.

1. La Corte no comparte la argumentación de los intervinientes, porque parte de una interpretación implausible y descontextualizada de la norma. El párrafo 2º no excluye a los empleadores que hayan suspendido los contratos laborales de sus trabajadores como beneficiarios del programa. Por el contrario, únicamente establece que, para efectos del cálculo del monto del aporte, en particular, para computar el número de trabajadores al que hace referencia el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020, no se tendrán en cuenta

aquellos trabajadores que tengan su contrato suspendido o que se encuentren en licencia no remunerada. La exclusión de este grupo de trabajadores para calcular el monto del aporte se encuentra justificada y es razonable a la luz del propósito del PAEF. El efecto de la suspensión del contrato laboral y la licencia no remunerada es, precisamente, la suspensión de la obligación del pago de salarios¹⁴³. Por lo tanto, “siendo el propósito del programa PAEF el apoyo y la protección del empleo como generador de ingresos, no se contempla una transferencia sobre un trabajador que no hace parte de la nómina activa”¹⁴⁴. Con fundamento en lo anterior, la Corte considera que la exclusión de los trabajadores a quienes, en el mes inmediatamente anterior al de postulación, “no se les haya aplicado la novedad de suspensión temporal de contrato de trabajo o de licencia no remunerada (SLN)”, para efectos del cálculo del aporte, es constitucional.

* Presunto desconocimiento del derecho a la igualdad de las ESAL que no declaran renta y otros

1. El párrafo 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020, modificado por el artículo 1º del Decreto Legislativo sub examine, dispone que solo podrán ser beneficiarios del PAEF las entidades sin ánimo de lucro que “estén obligadas a presentar declaración de renta o en su defecto declaración de ingresos y patrimonio, así como información exógena en medios magnéticos por el año gravable 2019”.

1. Algunos intervinientes argumentaron que la exclusión de las ESAL que no están obligadas a declarar renta, ingresos y patrimonio o información exógena no es razonable. Consideran que, habida cuenta de que la finalidad del Decreto Legislativo es “preservar el empleo que generen todos los empleadores”¹⁴⁵, las exclusiones de algunos de ellos de los beneficios del PAEF resultan injustificadas. Por el contrario, el Gobierno Nacional afirmó que las medidas previstas por el párrafo 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo sub examine son razonables, por cuanto garantizan que, “en los procesos de fiscalización, [sea posible] comprobar el cumplimiento de los requisitos y evitar que haya destinaciones indebidas o beneficiarios que no cumplan con los requisitos”¹⁴⁶. En estos términos, en opinión del Gobierno Nacional, “el tratamiento diferenciado se justifica en la medida en que estos sujetos

son los únicos que, por su situación particular y documentos que presentan al Estado, permiten su identificación y fiscalización”¹⁴⁷. A continuación, la Sala valorará si la exclusión de las ESAL que no están obligadas a declarar renta, ingresos y patrimonio o información exógena del beneficio previsto por el Decreto Legislativo contraría el principio de igualdad.

1. Afectación prima facie al principio de igualdad. Los sujetos por comparar para determinar la afectación prima facie al principio de igualdad son: (i) el grupo de las ESAL que están obligadas a presentar declaración de renta, declaración de ingresos y patrimonio o información exógena en medios magnéticos por el año gravable 2019 y (ii) el grupo de las ESAL que no están obligadas a declarar renta, ingresos y patrimonio o información exógena en el mismo período. El criterio de comparación relevante para determinar si los referidos grupos son comparables es la calidad de empleadores afectados por la crisis económica causada por la pandemia que requieren de un apoyo económico estatal para pagar la nómina. A la luz de este criterio de comparación, las ESAL que están obligadas a declarar renta, ingresos y patrimonio o información exógena y las que no están obligadas son sujetos comparables, por cuanto es plausible que tanto unas como otras requieran el apoyo estatal previsto en el Decreto Legislativo sub examine para el pago de sus obligaciones laborales. Así, la Sala Plena concluye que el parágrafo 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020 afecta, en principio, el derecho de igualdad, en la medida en que prevé un trato diferenciado entre las ESAL que están obligadas a declarar renta, ingresos y patrimonio o información exógena y las ESAL que no lo están, en tanto estas últimas no pueden acceder a los beneficios del PAEF.

1. La diferencia de trato no se encuentra justificada. Para el análisis de la justificación de la diferencia de trato, la Sala Plena aplicará el juicio de igualdad de intensidad intermedia. Lo anterior, por cuanto el trato diferenciado (i) afecta prima facie el derecho a ser beneficiario del apoyo estatal previsto por el Decreto Legislativo sub examine, acción afirmativa cuyo propósito es proteger la continuidad y sostenibilidad económica de los empleadores y (ii) limita la posibilidad de que los trabajadores de estas ESAL sean beneficiarios indirectos de un

apoyo estatal que tiene por objeto garantizar su empleo y, correlativamente, los derechos que de ahí se derivan. Por las razones que a continuación se exponen, la Sala considera que la exclusión de las ESAL que no están en obligación de declarar renta, ingresos y patrimonio o información exógena como beneficiarios del aporte no se encuentra justificada.

1. La exclusión de las ESAL persigue una finalidad constitucionalmente importante. La exclusión de las ESAL persigue una finalidad constitucionalmente importante, en tanto promueve intereses públicos valorados por la Constitución Política y persigue superar un problema de significativa magnitud. De un lado, tal como lo afirma el Gobierno Nacional, los requisitos exigidos a las ESAL para acceder a los beneficios del PAEF tienen por finalidad garantizar (i) “que los programas sociales que se diseñan se encuentren efectivamente dirigidos a quienes más lo necesitan”¹⁴⁸ y (ii) que el manejo de los recursos públicos destinados al programa se haga de manera eficiente, y, de esta forma, “evitar que haya destinaciones indebidas o beneficiarios que no cumplan con los requisitos”¹⁴⁹. De otro lado, “establecer mecanismos y documentos que permitieran la fiscalización y el control del aporte estatal”¹⁵⁰ resulta constitucionalmente importante, habida cuenta del especial impacto económico derivado de la pandemia en el empleo y del monto de los recursos previstos para el programa, que tiene “un costo inicial fiscal estimado en \$6 billones de pesos”¹⁵¹. En estos términos, la corroboración del cumplimiento de los requisitos por parte del Gobierno Nacional, en el marco de los procesos de fiscalización, es una finalidad constitucionalmente importante porque persigue el uso adecuado y eficiente de los recursos asignados al PAEF para superar la crisis, así como para garantizar los fines del Estado Social de Derecho.

1. La exclusión de las ESAL no es una medida efectivamente conducente para alcanzar la finalidad que persigue. La exclusión de las ESAL con fundamento en los requisitos previstos por la norma sub examine no resulta conducente para garantizar las finalidades del Decreto Legislativo. De un lado, tal exigencia de la obligación de declarar renta, ingresos y patrimonio o información exógena no permite que el programa cumpla con la finalidad para la que fue previsto – conservación del empleo, en la medida en que no tiene nexo con la planta de personal ni con la función de caracterizar la vulnerabilidad de la organización. En efecto,

como da cuenta la naturaleza tributaria de la distinción prevista por el legislador extraordinario, la Corte no encuentra justificada la exclusión de cierto grupo de ESAL sin considerar la afectación de la crisis derivada de la pandemia en su planta de personal o en su capacidad para pagar la nómina de sus empleados. En estos términos, los requisitos previstos por el Gobierno Nacional no garantizan que los beneficios del PAEF sean destinados de forma prioritaria a las ESAL que más necesitan de un apoyo estatal para mantener la nómina de sus trabajadores. De otro lado, si bien la Sala Plena comparte con el Gobierno Nacional que la medida garantiza la eficiencia del manejo de los recursos del PAEF, observa que el legislador extraordinario priorizó dicho principio sobre la eficacia del programa de apoyo a la nómina, en perjuicio de los derechos de los trabajadores de las ESAL que no cumplen con los requisitos previstos por la norma sub examine¹⁵². En estos términos, la medida solo garantiza de forma parcial la finalidad del Decreto Legislativo sub examine.

1. Por lo demás, tal como lo concluyó la Sala Plena en la sentencia C-458 de 2020, existen medios que resultan más conducentes y que permiten alcanzar todas las finalidades del Decreto Legislativo y, de esta forma, maximizar el uso de los recursos públicos y fiscalizar la asignación del aporte, como son los procedimientos previstos por los artículos 3º y 5º del Decreto Legislativo sub examine. Así, la Sala Plena encuentra que no le asiste razón al Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuando afirma que “el tratamiento diferenciado se justifica en la medida en que estos sujetos son los únicos que, por su situación particular y documentos que presentan al Estado, permiten su identificación y fiscalización”¹⁵³.

1. La exclusión de las ESAL es evidentemente desproporcionada. La Sala constata que la exclusión como beneficiarias del PAEF de las ESAL que no están obligadas a declarar renta, ingresos y patrimonio o información exógena, implica una afectación desproporcionada del derecho a la igualdad y del derecho al trabajo de los empleados de las ESAL excluidas, así como de los derechos que se derivan del mismo. Esto, porque la afectación de estos derechos fundamentales de las ESAL excluidas es, por lo menos, media, porque anula el acceso de estas entidades a los beneficios del subsidio del PAEF. En cambio, la exclusión de este grupo de sujetos solo contribuye a una satisfacción leve del principio de eficiencia en el

manejo de los recursos públicos. Lo anterior, en la medida en que, se reitera, el Gobierno cuenta con la posibilidad de fiscalizar el uso adecuado de los recursos destinados a este programa por otros medios previstos por el mismo Decreto Legislativo.

1. Con fundamento en estas consideraciones, la Sala concluye que la exclusión como beneficiarias del aporte de las ESAL que no tienen la obligación de declarar renta, ingresos y patrimonio o información exógena no se encuentra justificada y vulnera el principio de igualdad. Por lo tanto, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión “[e]n todo caso, sólo podrán ser beneficiarios del Programa las entidades sin ánimo de lucro que estén obligadas a presentar declaración de renta o en su defecto declaración de ingresos y patrimonio, así como información exógena en medios magnéticos por el año gravable 2019”, contenidas en el artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el párrafo 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020.

* Presunto desconocimiento del principio de igualdad por indebida focalización de los recursos

1. Algunos intervinientes consideran que los numerales 1º al 5º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020, modificados por el artículo 1º del Decreto Legislativo sub examine son inconstitucionales pues no incorporan criterios de diferenciación razonables e idóneos para el otorgamiento del beneficio. Argumentan que el Decreto debió haber priorizado la entrega del aporte a las Mypimes y a los “sectores de alojamiento y restaurantes, comercio al por menor de bienes y servicios no básicos, construcción y transporte”, los cuales son “los más afectados a causa del aislamiento obligatorio” 154.

1. La Corte discrepa de la argumentación de los intervinientes. Por las razones que se han expuesto a lo largo de esta sección, no existe ninguna razón que justifique que el PAEF sea dirigido exclusivamente a los sectores de alojamiento, restaurante y comercio al por menor.

La crisis económica causada por la pandemia ha afectado a todas las industrias de manera generalizada tal y como lo demuestran las cifras y proyecciones de desempleo aportadas por el Gobierno Nacional al presente proceso.

1. De esta manera, es razonable e idóneo que el Gobierno haya incluido como beneficiarios del programa a todos los empleadores de cualquier industria que demostraran “la necesidad del aporte estatal al que se refiere el artículo 1 del presente Decreto Legislativo, certificando una disminución del veinte por ciento (20%) o más en sus ingresos” (numeral 3º del artículo 2º del Decreto 639 de 2020). La generalidad del programa y la posibilidad de que empleadores de cualquier industria que se han visto afectados por la pandemia puedan acceder a este beneficio contribuye directamente a (i) garantizar una mayor cobertura del aporte y protección de los empleos formales y (ii) la reactivación económica de todas las industrias productivas.

I. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. A la Corte Constitucional le correspondió efectuar el control de constitucionalidad automático del Decreto Legislativo 677 de 2020 “[p]or el cual se modifica el Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020 y se disponen medidas sobre el Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 de 2020”. Para valorar la constitucionalidad del Decreto Legislativo, la Corte valoró si este cumplía con los requisitos formales y materiales de constitucionalidad de los decretos de desarrollo.

1. En primer lugar, la Corte constató que el Decreto Legislativo cumplía con los requisitos formales, porque (i) fue dictado en desarrollo del estado de emergencia declarado en el Decreto 637 de 2020; (ii) llevaba la firma del Presidente de la República y de todos los ministros; (iii) contenía una motivación respecto de las medidas adoptadas; y (iv) fue expedido el 19 de mayo de 2020, es decir, dentro de los treinta días siguientes a la

declaratoria del estado de emergencia.

1. En segundo lugar, la Corte concluyó que la mayoría de las disposiciones del Decreto cumplían los requisitos materiales de constitucionalidad. En particular, constató que la norma satisfacía los juicios de finalidad, conexidad material, motivación suficiente, incompatibilidad, necesidad, ausencia de arbitrariedad e intangibilidad, y proporcionalidad. Sin embargo, evidenció que algunos de sus apartes no superaban los juicios de no contradicción específica y no discriminación y, por tanto, eran contrarios a la Constitución, tal y como se muestra en la siguiente tabla:

Decisiones de inexequibilidad y de exequibilidad condicionada

Aparte normativo

Fundamento de la inexequibilidad o la exequibilidad condicionada

Artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el numeral 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020

La Corte Constitucional consideró que la exclusión de los empleadores constituidos después del 1º de enero de 2020 como beneficiarios del aporte no superaba el juicio de no discriminación, dado que vulneraba el derecho a la igualdad de estos sujetos. Asimismo, concluyó que los sujetos beneficiarios del aporte debían ser, en principio, todos los empleadores que hubieran visto disminuidos sus ingresos con ocasión de la pandemia y contribuyeran a garantizar la estabilidad en el empleo. La fecha de corte que permitía identificar este grupo de sujetos era la de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, contenida en el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020

Artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el numeral 2º y el párrafo 6º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020

La Sala Plena reiteró la sentencia C-458 de 2020. Concluyó que la exclusión de aquellos

empleadores que no tuvieran el deber de inscribirse en el registro mercantil carecía de justificación constitucional porque existían otros medios que permitían verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder al aporte. En este sentido, evidenció que los empleadores que carecieran de la obligación de inscribirse en el registro mercantil podían demostrar su calidad de empleador mediante la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA).

Artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el párrafo 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020

La Sala Plena concluyó que la exclusión como beneficiarios del aporte de las ESAL que no estuvieran obligadas a declarar renta, ingresos y patrimonio e información exógena, desconocía el derecho a la igualdad de estos sujetos.

Artículo 3º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el párrafo 3º del artículo 4º del Decreto Legislativo 639 de 2020

La Corte Constitucional concluyó que expresiones “La configuración de estos supuestos no conlleva responsabilidad para quienes participen en la implementación de este programa”, contenidas en el artículo 3º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el párrafo 3º del artículo 4º del Decreto Legislativo 639 de 2020, admitían una interpretación contraria a los artículos 6 y 123 de la Constitución. Por tanto, resolvió que debía declarar su exequibilidad condicionada bajo el entendido que las mismas no constituían cláusulas de inmunidad o de irresponsabilidad para los servidores públicos, sino que aludían a la necesidad de que la valoración del dolo o la culpa grave, presupuesto de la eventual responsabilidad en los casos allí previstos, debía tener en cuenta las condiciones de apremio y urgencia en las que se enmarcaba la implementación del programa.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar EXEQUIBLE el Decreto Legislativo 677 de 2020, a excepción de los apartados normativos de que tratan los restantes resolutivos.

SEGUNDO. Declarar CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE el artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el numeral 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020, en el entendido que se refiere a los beneficiarios del Programa de apoyo al empleo formal - PAEF constituidos antes del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020.

TERCERO. Declarar CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE el artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el numeral 2º y el párrafo 6º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020, bajo el entendido que la persona que carezca de la obligación de inscribirse en el registro mercantil puede demostrar su calidad de empleador mediante la Planilla Integrada PILA.

CUARTO. Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “En todo caso, sólo podrán ser beneficiarios del Programa las entidades sin ánimo de lucro que estén obligadas a presentar declaración de renta o en su defecto declaración de ingresos y patrimonio, así como información exógena en medios magnéticos por el año gravable 2019” contenidas en el artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el párrafo 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020.

QUINTO. Declarar CONDICIONADAMENTE EXEQUIBLES las expresiones “La configuración de

estos supuestos no conlleva responsabilidad para quienes participen en la implementación de este programa”, contenidas en el artículo 3º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el párrafo 3º del artículo 4º del Decreto Legislativo 639 de 2020, bajo el entendido que las mismas no constituyen cláusulas de inmunidad o de irresponsabilidad para los servidores públicos, sino que aluden a la necesidad de que la valoración del dolo o culpa grave, presupuesto de la eventual responsabilidad en los casos allí previstos, debe tener en cuenta las condiciones de apremio y urgencia en las que se enmarca la implementación del programa.

Notifíquese y cúmplase,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

Con salvamento parcial de voto

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES

Magistrado (E)

Con impedimento aceptado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-459/20

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena, salvo mi voto parcialmente en el asunto de la referencia, por no estar de acuerdo con lo decidido respecto del numeral 1° del párrafo 7 del artículo 1° del Decreto Legislativo 677 de 2020 y la expresión “o sean cónyuges compañeros permanentes o parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil de Personas Expuestas Políticamente (PEP), del numeral 2° del mismo párrafo 7. Lo anterior por las razones que paso a exponer:

El artículo 1° del Decreto que examinaba la Corte establece quiénes pueden ser beneficiarios del Programa de Apoyo al empleo formal, PAEF. Conforme al numeral 1° del párrafo 7 de este artículo, no podrán acceder a este Programa las personas naturales que (t)engan menos de tres (3) empleados reportados en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) correspondiente al período de cotización del mes de febrero de 2020 a cargo de dicha

persona natural, entendiéndose por empleados aquellos descritos en el parágrafo 2 del artículo 3 del presente Decreto Legislativo.” En opinión de la suscrita, con esta disposición se desprotegió a un colectivo vulnerable, que no se ve favorecido por los beneficios de dicho programa a pesar de que su empleo sea formal por estar cumpliendo su empleador con todas las obligaciones a su cargo. Colectivo este conformado, entre otros, por las mujeres que trabajan como empleadas domésticas, que por el solo hecho de prestar sus servicios a una persona natural que tenga menos de tres empleados quedan desprotegidas frente a la posibilidad de perder su empleo por causas derivadas de la pandemia que llevó a la declaración de emergencia. Personas que debieron ser protegidas de manera prevalente, por su clara situación de vulnerabilidad, conforme a los postulados del artículo 13 de la Constitución Política.

En cuanto a la expresión “o sean cónyuges compañeros permanentes o parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil de Personas Expuestas Políticamente (PEP)” contenida en el numeral 2° del mismo parágrafo 7° del artículo 1° del Decreto Legislativo 677 de 2020, frase que tiene como efecto excluir a las personas allí mencionadas de los beneficios del Programa, salvo parcialmente mi voto, al estimar que tal expresión era inexecutable por no existir ninguna razón válida de rango constitucional para introducir esta distinción de trato, menos aún la razón señalada en la ponencia presentada a la Sala, relativa a la supuesta capacidad de ejercer influencias de sus parientes que tengan la condición de PEP. La expresión, así mismo, vulnera gravemente la presunción constitucional de buena fe.

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

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ACLARACIÓN Y SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

DE LA MAGISTRADA GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Referencia: Expediente RE-311

Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 677 de 2020, “[p]or el cual se modifica el Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020 y se disponen medidas sobre el Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 de 2020”.

Magistrado Ponente (e):

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación, presento las razones que me condujeron a aclarar y a salvar parcialmente el voto en la Sentencia C-459 de 2020, adoptada por la mayoría de la Sala Plena, en sesión del 21 de

octubre de ese mismo año.

1. En dicha providencia, la Corte decidió, entre otros aspectos, lo siguiente:

“[...] SEGUNDO. Declarar **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** el artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el numeral 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020, en el entendido que se refiere a los beneficiarios del Programa de apoyo al empleo formal – PAEF constituidos antes del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020.

TERCERO. Declarar **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** el artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el numeral 2º y el párrafo 6º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020, bajo el entendido que la persona que carezca de la obligación de inscribirse en el registro mercantil puede demostrar su calidad de empleador mediante la Planilla Integrada PILA.

CUARTO. Declarar **INEXEQUIBLE** las expresiones “En todo caso, sólo podrán ser beneficiarios del Programa las entidades sin ánimo de lucro que estén obligadas a presentar declaración de renta o en su defecto declaración de ingresos y patrimonio, así como información exógena en medios magnéticos por el año gravable 2019” contenidas en el artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020, en cuanto modificó el párrafo 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020.”

El fallo reiteró, en los puntos a los que se referirá esta aclaración de voto, la postura expuesta en la sentencia C-458 de 2020 en la que la Corte Constitucional asimiló entidades, amplió beneficiarios y transformó un programa de gobierno porque, a juicio de la mayoría,

las restricciones no superaron los juicios de proporcionalidad y no discriminación, aplicados ambos de manera estricta. En efecto, consideró que tanto las entidades sin ánimo de lucro (en adelante ESAL) que están sometidas al régimen ordinario como aquellas que hacen parte del especial, concurren en el cumplimiento de las mismas finalidades y, por ende, no existen razones que permitan un tratamiento distinto en términos de acceso a los beneficios del Programa de Apoyo al Empleo Formal (en adelante PAEF). Por otra parte, argumentó que concentrar los beneficios del PAEF en las personas jurídicas que se hubiesen constituido antes del 1º de enero de 2020 resultaba inconstitucional debido a que las empresas conformadas luego de esa fecha también se han visto afectadas por la crisis económica, de modo que la fijación de ese término se consideró arbitraria. Un razonamiento similar llevó a la mayoría a entender que concentrar el PAEF en las personas jurídicas y que estuviesen inscritas en el registro mercantil, así como la exigencia de contar con un producto financiero para la transferencia de recursos era inconstitucional. Por consiguiente, a pesar de que no comparto la postura adoptada en la anterior oportunidad y en la que ahora ocupa la atención de la Sala, el respeto por el precedente, la defensa de la seguridad jurídica y coherencia del sistema, exigía otorgar el mismo trato jurídico y adoptar la misma decisión; razón por la cual aclaré mi voto.

En cuanto a los temas que me llevan a salvar parcialmente el voto, la posición mayoritaria fue declarar la inexecuibilidad de una parte del parágrafo 1º del artículo 2º del Decreto Legislativo 639 de 2020, modificado por el artículo 1º de la normativa sub examine que disponía que solo podrían ser beneficiarios del PAEF las ESAL que ‘estén obligadas a presentar declaración de renta o en su defecto declaración de ingresos y patrimonio, así como información exógena en medios magnéticos por el año gravable 2019’. Para la mayoría, esta previsión no superaba el juicio de no discriminación porque desconocía el principio de igualdad frente a las ESAL que no declaran renta, ingresos y patrimonio o información exógena.

La sentencia de la que me aparto inició su argumentación con la determinación de los sujetos a comparar (las ESAL que están obligadas a presentar declaración de renta, declaración de

ingresos y patrimonio o información exógena en medios magnéticos por el año gravable 2019 y, por el otro, las ESAL que no están obligadas a hacerlo) para determinar la afectación prima facie del principio de igualdad. El criterio de comparación relevante para determinar si los referidos grupos son comparables es la calidad de empleadores afectados por la crisis económica causada por la pandemia que requieren de un apoyo económico estatal para pagar la nómina. La mayoría consideró que es plausible que tanto unas como otras requieran el apoyo estatal previsto para el pago de sus obligaciones laborales por lo que, prima facie, se observa una afectación de la igualdad.

Posteriormente, la mayoría aplicó un juicio de igualdad de intensidad intermedia por cuanto el trato diferenciado (i) afecta prima facie el derecho a ser beneficiario del apoyo estatal previsto por el decreto sub examine, que constituye una acción afirmativa cuyo propósito es proteger la continuidad y sostenibilidad económica de los empleadores y (ii) limita la posibilidad de que los trabajadores de estas ESAL sean beneficiarios indirectos de un apoyo estatal que tiene por objeto garantizar su empleo y sus derechos correlativos.

Con todo, la exclusión de algunas ESAL persigue finalidades constitucionalmente importantes:

- i. que los programas sociales que se diseñan se encuentren efectivamente dirigidos a quienes más lo necesitan, y
- ii. que el manejo de los recursos públicos destinados al programa se haga de manera eficiente, para evitar que haya destinaciones indebidas o beneficiarios que no cumplan con los requisitos.

Por eso, establece mecanismos que permiten la fiscalización y el control del aporte estatal. La mayoría consideró que esta distinción no es efectivamente conducente para alcanzar la

finalidad que persigue la medida, porque la exigencia de la obligación de declarar renta, ingresos y patrimonio o información exógena no permite que el programa cumpla con la finalidad para la que fue previsto (conservación del empleo), ya que no tiene nexo con la planta de personal ni con la determinación de la vulnerabilidad de la organización. La postura mayoritaria consideró que el Legislador extraordinario priorizó la eficiencia en el manejo de los recursos sobre la eficacia del programa de apoyo a la nómina, en perjuicio de los derechos de los trabajadores de las ESAL que no cumplen con los requisitos previstos por la norma examinada. Por esa misma razón, la medida solo garantiza de forma parcial la finalidad del decreto estudiado. Por otra parte, indicó la mayoría, existen medios que resultan más conducentes y que permiten alcanzar todas las finalidades del decreto legislativo como son los procedimientos previstos por los artículos 3º y 5º de la misma normativa. Finalmente, la posición mayoritaria anotó que la exclusión de algunas ESAL es evidentemente desproporcionada porque anula el acceso de estas entidades a los beneficios del subsidio del PAEF y solo contribuye a una satisfacción leve del principio de eficiencia en el manejo de los recursos públicos.

2. En primer lugar, reiteraré los argumentos expuestos respecto de las decisiones adoptadas por la mayoría frente a disposiciones similares a las analizadas en la sentencia C-458 de 2020155 sobre las cuales, en aquella ocasión, salvé parcialmente el voto y que en esta providencia se evidencian en los numerales de la parte resolutive ya citados. Me refiero al fomento a las empresas constituidas como personas jurídicas, con exclusión de las naturales; la exigencia de que las entidades sin ánimo de lucro beneficiarias perteneciesen al régimen tributario especial; la definición de una fecha particular en la que las empresas beneficiarias debieron constituirse para la concesión del apoyo propio del PAEF; la necesidad de que dichas empresas estuviesen inscritas en el registro mercantil; y la exigencia de cuenta bancaria para la obtención del beneficio. Sin embargo, mi aclaración de voto no se limita a normas determinadas, sino que se refiere a toda la argumentación que está presente a lo largo del fallo y que impone un análisis riguroso en el caso de medidas de política económica que distribuyen recursos escasos en un estado de emergencia, perspectiva de la cual discrepo porque no corresponde a un estándar de control de límites que es el que debe ejercer la Corte frente a las medidas adoptadas por el Gobierno para afrontar una situación excepcional que requiere de atención inmediata y que han sido debidamente valoradas por

el Legislador de excepción. La posición maximalista de la mayoría incluso desnaturaliza el objetivo de las medidas.

En segundo lugar, pero desde una perspectiva similar salvo mi voto en relación con la declaratoria de inexequibilidad de la exclusión (como beneficiarios del PAEF) de las ESAL que no tienen control y fiscalización directa por parte de la DIAN, para dar cabida a todas las ESAL. Mi discrepancia se fundamenta en las siguientes razones: (i) la Corte no tiene todos los insumos técnicos para medir el impacto económico de esta decisión en la política pública, (ii) la equiparación de estas entidades no era una obligación constitucional que pudiera imponerse a las autoridades gubernamentales que tienen la facultad de definir la focalización del gasto y de utilización de los escasos recursos públicos; (iii) la mayoría no explicó con suficiencia por qué debían tratarse en forma igual a las ESAL que son diferentes en términos económicos y en su relación formal y tributaria con el Estado; (iv) la argumentación mayoritaria que equipara el juicio de no discriminación con los métodos usuales para adelantar el análisis de igualdad es errada, pues tal postura hace aplicable el juicio de no discriminación a cualquier trato diferenciado; y (v) la postura mayoritaria que considera que las medidas contenidas en este decreto son acciones afirmativas es equivocada y va en contra de la conceptualización básica e indiscutida que en esta materia han hecho la jurisprudencia y la doctrina en diferentes latitudes. A continuación, desarrollaré cada uno de estos aspectos.

3. Con respecto a mi aclaración de voto, me permito reiterar, in extenso, las razones expuestas en mi salvamento de voto a la Sentencia C-458 de 2020.

3.1. La mayoría concluyó que la expresión “en el que coste que el postulante es contribuyente del Régimen Tributario Especial”, contenida en el párrafo 1º del artículo 2º del DL 639 de 2020 era inconstitucional al incumplir con el juicio de proporcionalidad y no discriminación. Esto debido a que considera que tanto las ESAL que están sometidas al régimen ordinario como aquellas que hacen parte del especial concurren en el cumplimiento

de las mismas finalidades y, por ende, no existen razones que permitan un tratamiento distinto en términos de acceso a los beneficios del PAEF.

Considero que esta decisión es equivocada y, antes bien, desde el primer momento en el que la Corte estudió esa disposición normativa debió declarar la exequibilidad del segmento normativo mencionado, en tanto que la posición de la mayoría (i) omitió considerar los precisos objetivos de la norma de excepción y su adopción en un entorno de recursos fiscales escasos que deben ser necesariamente focalizados; y (ii) dejó de tener en cuenta aspectos importantes de la distinción entre las ESAL sometidas al régimen general y ordinario, que resultaban relevantes para determinar si se estaba ante un tratamiento distinto e injustificado.

3.2. Frente al primer aspecto debe advertirse que el PAEF es una política pública que (i) tiene una finalidad definida: el incentivo al empleo formal en razón de su mayor impacto en términos económicos y laborales; y (ii) el arbitrio de recursos públicos escasos destinados a financiar ese incentivo.

Desde el punto de vista constitucional esta caracterización implica que el análisis de validez de los tratamientos diferenciados que realice el Gobierno respecto de la distribución de tales recursos deba efectuarse a partir de un juicio débil de proporcionalidad. Esto en razón del carácter económico de las medidas examinadas y la necesidad de concentrar en el Ejecutivo la definición de los asuntos de conveniencia vinculados a la priorización para la distribución de esos recursos. Precisamente, varios de los tópicos que cuestiona la sentencia fueron objeto de posterior reforma en decretos legislativos ulteriores que modificaron los alcances del PAEF. Esto demuestra que se trataba de materias vinculadas, esencialmente, a la valoración política y económica por parte del Gobierno.

Por lo tanto, el análisis sobre dicha distribución no debe adelantarse desde el punto de vista del derecho a la igualdad en su perspectiva formal, que para la mayoría impone la necesidad

de dar el mismo trato a todas las posibles fuentes de empleo, sino desde una perspectiva material que implica evaluar la razonabilidad del trato distinto, sobre la base del reconocimiento de los fines del PAEF y el carácter escaso de los ingresos fiscales para su financiamiento. En otras palabras, la Corte no puede reducir el margen de maniobra del Gobierno sobre la materia al punto de asumir para sí la competencia para definir asuntos que son de conveniencia económica en la focalización del gasto público. En cambio, el control de constitucionalidad debe concentrarse en verificar si esa valoración fue ejercida en perjuicio de los principios y valores constitucionales, sin que ello signifique la potestad para la Corte de superponer una forma de distribución de recursos sobre otra, pues a esta Corporación únicamente le corresponde el control de límites sobre esa decisión.

3.3. Lo anterior implica que la comprobación sobre la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado en materia económica depende necesariamente de identificar si la distinción es irrazonable. El argumento planteado por la mayoría no cumple ese estándar y se restringe a advertir, que como las ESAL que pertenecen a ambos regímenes tributarios cumplen propósitos análogos, entonces deben tener el mismo tratamiento jurídico. Esta posición es insuficiente, puesto que no explica cuáles son las razones que plantea el Legislador para distinguir entre unas y otras. Advierto que, si se hubiera adelantado ese análisis, el resultado del control judicial hubiese sido distinto.

En efecto, de la lectura de los artículos 19 y 359 del Estatuto Tributario es posible identificar las siguientes condiciones para que una ESAL pertenezca al régimen tributario especial:

3.3.1. Debe tratarse de una asociación, fundación o corporación legamente constituida como ESAL. También hacen parte del régimen tributario especial las cooperativas, sus asociaciones, uniones, ligas centrales, organismos de grado superior de carácter financiero, las asociaciones mutualistas, instituciones auxiliares del cooperativismo, confederaciones cooperativas, previstas en la legislación cooperativa y vigiladas por alguna superintendencia u organismo de control.

3.3.2. Su objeto social debe corresponder a una actividad meritoria, esto es, aquellas de interés general y a las que tengan acceso la comunidad. Estas actividades, conforme la estipulación legal, corresponden a educación, salud, cultura, ciencia, tecnología e innovación; actividades de desarrollo social, actividades de protección del ambiente, prevención del consumo de sustancias psicoactivas, promoción de actividades deportivas, actividades de desarrollo empresarial, promoción y apoyo de los derechos humanos, actividades de promoción y mejoramiento de la administración de justicia; promoción a apoyo a ESAL que desarrollan una actividad meritoria y actividades de microcrédito.

3.3.3. Sus aportes no pueden ser reembolsados ni sus excedentes distribuidos, bajo ninguna modalidad.

3.4. Esta caracterización permite inferir dos conclusiones que resultaban centrales para decidir sobre la constitucionalidad de la medida. De un lado, el universo de ESAL pertenecientes al régimen tributario especial es muy amplio, de modo tal que el argumento de la exclusión injustificada de otras entidades sobre el que se sustenta la sentencia pierde buena parte de su fuerza argumentativa. De otro lado, no puede perderse de vista que el objeto social de las entidades beneficiarias del PAEF corresponden a aquellos asuntos que resultan cruciales para la atención de la pandemia, lo cual justificaba el interés del Gobierno en concentrar los recursos del programa en esas entidades. La clasificación, por ende, no es arbitraria, sino que responde a la necesidad de concentrar el apoyo estatal en aquellas instituciones formales y cuyos empleos deben reforzarse no solamente desde la perspectiva de la protección de los derechos de los trabajadores, sino también desde el mantenimiento de aquellas actividades críticas para solventar la crisis.

3.5. A partir de razones similares considero que la constitucionalidad condicionada del numeral 1º del artículo 2º del DL 639 de 2020 no fue suficientemente soportada por la

mayoría. En síntesis, la sentencia considera que concentrar los beneficios del PAEF a las personas jurídicas que se hubiesen constituido antes del 1º de enero de 2020 es inconstitucional debido a que las empresas conformadas luego de esa fecha también se han visto afectadas por la crisis económica, de modo que la fijación de ese término es arbitraria.

Como expliqué anteriormente, debe partirse de la base de que los recursos del PAEF, como toda expresión fiscal del Estado, son limitados y su distribución responde prioritariamente a condiciones de eficiencia económica y protección de los derechos constitucionales. En el presente caso encuentro que existen razones válidas para concluir que el Gobierno estaba legitimado para fijar un límite temporal de la conformación de las empresas. Si el objetivo del decreto examinado es el apoyo a los empleos formales, es apenas razonable sostener que aquellas empresas activas por un periodo considerable han conformado nuevos empleos en el transcurso del tiempo directos, pero particularmente indirectos. En cambio, aquellos esfuerzos empresariales con pocos meses de vigencia tienen generalmente una incidencia menor en términos de cantidad y estabilidad de puestos de trabajo. Asimismo, es evidente que se genera un mayor daño socioeconómico por la pérdida de empleos de larga duración que respecto de aquellos incidentales o de reciente creación. De allí que no sea irrazonable, como erróneamente lo plantea mayoría, que el Gobierno haya decidido concentrar el esfuerzo fiscal donde tuviese un impacto mayor en la preservación de un mayor número de empleos.

Nuevamente la mayoría, en ese orden de ideas, toma para sí la definición de temas que gravitan exclusivamente en asuntos de valoración sobre la conveniencia económica de la distribución, que responden a un principio de razón suficiente y, por lo mismo, se insertan en la órbita del Gobierno. Es evidente que lo deseable, en términos de promoción del pleno empleo, sería conceder apoyo a todas las expresiones de vinculación laboral y de la manera más amplia posible. Desafortunadamente ese objetivo no es viable debido a las restricciones fiscales del Estado Colombiano, dentro de las que debe resaltarse las derivadas de la disminución en el recaudo ante la profunda crisis económica ligada a la pandemia¹⁵⁶. La

mayoría optó por una visión maximalista, la cual no solo es irrealizable desde el punto de vista fiscal sino que, al final, termina por desfinanciar otras iniciativas necesarias para la recuperación económica.

Debo insistir en que mi postura no está basada en la falta de reconocimiento a la necesidad de proteger los derechos de trabajadores y empleadores. Comparto con la mayoría esa intención, pero también es importante llamar la atención sobre el carácter finito de los recursos y la correlativa necesidad de hacer ejercicios de distribución que irremediablemente favorecerán a algunos sectores más que a otros.

Debido a que es inevitable adoptar esta clase de arreglos distributivos, reitero que tales decisiones deben dejarse a aquellos órganos que, como el Congreso o el Gobierno, cuentan con la legitimidad democrática directa y están llamados desde la misma Constitución para cumplir ese rol. La tarea del juez constitucional, bajo esa perspectiva, debe concentrarse en la identificación y expulsión de la arbitrariedad, no en la preferencia de una asignación particular de recursos sobre otra.

3.6. Una argumentación similar es aplicable a la decisión del Legislador de excepción de concentrar el PAEF en las personas jurídicas y que estuviesen inscritas en el registro mercantil, así como la exigencia de contar con un producto financiero para la transferencia de recursos, contenidas respectivamente en el numeral 2º del artículo 2º y en el párrafo 2º de esta disposición.

La postura de la mayoría se basa en considerar que todas las actividades económicas que puedan potencialmente generar empleo debe ser objeto de los beneficios contenidos en el PAEF. Esta posición, además de desconocer el carácter limitado de los recursos públicos destinados a ese programa, desnaturaliza el objetivo de la medida.

La sentencia de la que me aparto asume un enfoque de mérito, según el cual todas las modalidades de empleo, al margen de las relaciones jurídicas y económicas que lo sustenten, tienen el mismo derecho a ser beneficiarias del PAEF. Esta postura se fundamenta en el mandato constitucional de protección al empleo, el cual no hace distinción entre sus fuentes. Sin embargo, considero que el objetivo del programa es distinto y se guía, no por el igual merecimiento de protección constitucional de todas las modalidades de empleo (postura que sin duda comparto al basarse estrechamente en los postulados constitucionales) sino en el logro del beneficio respecto del mayor número de empleos posible. Por ende, exigencias de formalización jurídica y empresarial para las compañías están razonablemente vinculadas con el impacto que tienen esas empresas en términos de cantidad de puestos de trabajo. Además, no puede perderse de vista que las condiciones analizadas no son supererogatorias o desproporcionadas y bien puede ser cumplidas incluso por la pequeña y mediana empresa, la cual concentra cerca de la mitad de los empleos formales en Colombia¹⁵⁷.

En mi criterio, en el marco de un juicio de proporcionalidad débil, esa sola razón justificaba el requisito y desde la perspectiva planteada en este voto particular, sin que fuese necesario hacer un control estricto, como el que en últimas plantea la sentencia. Adicionalmente, esta razón se mantiene incluso a partir de lo señalado por el Gobierno Nacional durante la etapa probatoria, puesto que advertir que la medida pudiese resultar restrictiva respecto de otras fuentes de empleo no es un argumento para sustentar la inconstitucionalidad de la medida, sino una nueva valoración sobre la conveniencia económica y en la eficacia en la distribución de los recursos del PAEF, asunto que, como se ha explicado reiteradamente, es de la competencia del Ejecutivo.

Idéntico reproche planteo frente a la decisión de exequibilidad condicionada que extiende las posibilidades de giro de recursos del PAEF a productos de depósito diferentes a los de índole financiera. Contar con una cuenta bancaria no solo es un requisito de sencillo cumplimiento

para las empresas y, además, los actuales mecanismos de banca electrónica son cruciales para asegurar el cumplimiento de las medidas de aislamiento social necesarias para la contención de la pandemia. El estándar utilizado por la mayoría sería aceptable si se tratase de medidas adoptadas a favor de población vulnerable, caso en el cual las barreras para la bancarización son evidentes, pero no puede perderse de vista de que se está ante una política pública dirigida a la protección del empleo formal, lo que necesariamente supone una mínima institucionalidad de las empresas empleadoras.

3.8. En conclusión, reitero las razones que me llevaron a apartarme de lo decidido por la mayoría en cuanto a los condicionamientos propuestos a la exequibilidad de diferentes normas del DL 639 de 2020, modificado por el Decreto Legislativo 677 de 2020. Esto debido a que, nuevamente, la posición mayoritaria dejó de tener en cuenta que el objetivo general del PAEF es la protección el empleo formal, por lo que aquellas medidas razonablemente dirigidas a proteger la mayor cantidad de puestos de trabajo son en sí mismas constitucionales. Considero que los aspectos vinculados a la ampliación de los beneficiarios están radicados en el Legislador de excepción y en el Congreso, puesto que corresponden al ámbito de la evaluación de conveniencia y, por esta misma razón, requieren de una legitimidad democrática suficiente.

Poner el asunto en términos de tratamiento matemáticamente igualitario para todas las posibles modalidades de creación de empleos es una alternativa equivocada de análisis, en la medida en que desconoce que el PAEF está condicionado por el carácter finito de los recursos fiscales y la necesidad de extender sus beneficios bajo criterios de eficiencia económica y protección de los derechos, aspecto este último que en el presente caso depende de la adecuada financiación de las medidas de asistencia estatal a los empleadores. El papel de la Corte en ese escenario debe restringirse a la verificación sobre la aceptabilidad de los parámetros utilizados para dicha distribución. En tanto encuentro que no existía irrazonabilidad en esa materia, las normas debieron declararse conformes con la Constitución de forma pura y simple como lo expresé en mi salvamento de voto a la Sentencia C-458 de 2020.

4. En cuanto a mi salvamento parcial de voto con respecto a la declaratoria de inexecutable de la exclusión de las ESAL que tienen control y fiscalización directa por parte de la DIAN como beneficiarios del programa objeto de estudio, para dar cabida a todas las entidades sin ánimo de lucro, me referiré a varios puntos relacionados con los argumentos expuestos anteriormente: (i) la Corte no contaba con los insumos técnicos para medir el impacto económico de esta decisión en la política pública; (ii) la equiparación entre ESAL no era una obligación constitucional exigible a las autoridades gubernamentales facultadas para definir la focalización del gasto y la utilización de los escasos recursos públicos; (iii) el fallo no argumentó de manera contundente por qué debían tratarse en forma igual ESAL que son diferentes en términos económicos y en su relación formal y tributaria con el Estado; (iv) la sentencia equiparó de manera equivocada el juicio de no discriminación con los métodos usuales para adelantar el análisis de igualdad, postura que hace aplicable el juicio de no discriminación a cualquier trato diferenciado; (v) la providencia consideró que las medidas contenidas en este decreto son acciones afirmativas, en contra de la conceptualización básica e indiscutida en esta materia.

4.1. Considero que la decisión mayoritaria fue más allá de sus límites epistémicos y dejó de considerar que las medidas examinadas corresponden a la valoración de insumos técnicos que hizo el Gobierno en el estado de emergencia económica, social y ecológica para atender necesidades urgentes con recursos escasos. Es postura generó la ampliación inmediata de los beneficiarios del PAEF sin considerar que la Corte carecía de información acerca del eventual impacto de la decisión en una política pública estructural encaminada a conjurar los efectos de la crisis en un país con restricciones fiscales importantes.

La posición de la mayoría desconoce el debate clásico en la interpretación constitucional que hace evidentes las dificultades de los tribunales para hacer análisis económico.¹⁵⁸ Las conclusiones de esos estudios son aplicables a este caso, en el que resultaba fundamental la consideración del impacto económico de una decisión maximalista en la política pública de atención de la emergencia económica, social y ecológica decretada para atender las crisis

generadas por el COVID-19.

En efecto, la doctrina ha reconocido (i) las dificultades para poder realizar las determinaciones empíricas y prácticas para medir el impacto económico en una decisión judicial, pues (ii) para ello se requieren datos empíricos que no siempre están disponibles para tomar la decisión. Bajo estas circunstancias es imposible determinar el impacto de la decisión judicial en la política pública.

En la providencia de la discrepo parcialmente, la mayoría acudió, sin fundamento alguno, a una metodología maximalista que no consideró las implicaciones que tendría extender el beneficio económico a entidades que no hacían parte del diseño original de la medida de emergencia. De esa forma, fue más allá del control de límites que este tribunal está llamado a ejercer.

Mi postura concuerda con la argumentación que han expuesto algunos jueces y estudiosos del tema en distintas latitudes: la Corte no puede adoptar decisiones que incidan directamente en la política económica si no tiene los insumos y los datos económicos suficientes¹⁵⁹ especialmente cuando no es visible prima facie una actuación arbitraria. Sin información suficiente, el tribunal constitucional no tiene la capacidad de hacer predicciones correctas sobre el impacto de sus decisiones en materia económica, por lo que su fallo puede ser estructuralmente nocivo¹⁶⁰. En este caso, sin elementos para concluir que era económicamente viable extender el PAEF a otro tipo de empresas, y sin evidencia de arbitrariedad, la decisión de la mayoría fue más allá de lo que le compete.

Este debate tiene especificidades en los países en vías de desarrollo en los que la doctrina ha analizado el rol que han jugado tribunales constitucionales cuando inciden y en la práctica “rediseñan” la política económica a través del control judicial de constitucionalidad, especialmente cuando no tienen el conocimiento necesario para decidir sobre asuntos

económicos que competen al ejecutivo y al legislativo¹⁶¹.

Estos análisis llevan a concluir que la Corte debe autorrestringirse en las decisiones que impliquen asuntos técnicos o de naturaleza especializada en materia económica y adoptar una posición de minimalismo judicial, ya que no tiene el conocimiento necesario para confrontar de forma correcta las problemáticas que surgen en materia de política económica. En ese orden de ideas, existe cierto tipo de decisiones que pertenece a la esfera del ejecutivo y del legislativo quienes están en la capacidad de evaluar los potenciales efectos de las medidas adoptadas. Si los jueces no tienen la información suficiente para adoptar decisiones sobre temas eminentemente técnicos de las políticas públicas del ejecutivo y el legislativo, mal podrían intervenir, pues su actuación está reservada a situaciones en las que haya indicios fuertes acerca de la existencia de una actuación arbitraria que comprometa el orden constitucional.

En este caso, la motivación de la posición mayoritaria no mostró insumos que justificaran la renuncia a la aconsejada autorrestricción judicial propia del control de límites que la Corte debe ejercer en materia de política económica. Esta carencia de fundamentación, en conjunto con las demás razones que expondré posteriormente, me llevan a separarme de la decisión, pues en un Estado Social de Derecho (art. 1 superior) es obligación de los jueces fundamentar sus decisiones y ese deber es cualificado cuando pretenden renunciar al minimalismo para intervenir en el diseño de políticas públicas de emergencia sin contar con la mínima información para controvertir la decisión adoptada por el Gobierno como legislador de emergencia.

4.2. En ese sentido, considero que el Gobierno no tenía la obligación constitucional de equiparar las ESAL, por lo que la medida no debía ser modificada bajo la supuesta preservación del orden constitucional, como lo ordenó el fallo del que me aparto parcialmente. En efecto, el Ejecutivo, como legislador de excepción, puede definir la focalización del gasto para utilizar los escasos recursos públicos de la mejor manera, y eso

incluye disposiciones que limiten el ámbito de aplicación de las medidas que adopta, siempre y cuando sean respetados los límites impuestos por la Carta. Este punto se relaciona con los argumentos que desarrollaré posteriormente, pues es evidente que el diseño de la medida no usó un criterio segregador que indicara el incumplimiento del estándar de no discriminación (artículo 14, Ley 137 de 1994), que la sentencia de la que me aparto parcialmente señaló, de manera errada, como el indicado para escrutar la decisión del Gobierno.

En este punto quiero enfatizar que el control constitucional que la Corte ejerce sobre medidas económicas que, prima facie, no aparecen como discriminatorias, es un control de límites, por lo que se impone la autorrestricción judicial y el reconocimiento del Gobierno como ente mejor informado y capacitado para el diseño de las medidas. Como se verá a continuación, la ponencia concluyó lo contrario, principalmente porque su argumentación incurre en errores conceptuales básicos, pues no entendió que se trataba de un control de límites y por eso no justificó la obligación constitucional de trato igual entre ESAL, asimiló equivocadamente un trato diferenciado con un tratamiento discriminatorio, y entendió erradamente que una medida de apoyo a las ESAL para el fomento del empleo era una acción afirmativa.

Adicionalmente, la posición mayoritaria minimizó la importancia de la fiscalización (como razón suficiente para la distinción) entendida no sólo como el seguimiento a los recursos destinados a las ESAL, sino al cuidado de los dineros destinados a atender la emergencia de manera global. Las formas de control alternativas que enunció la mayoría, cuya eficacia no fue argumentada en el fallo pero que fueron fundamentales para descalificar el criterio de distinción que usó el Gobierno, no constituyen una razón suficiente. En efecto, de acuerdo con las características de las ESAL el Legislador de excepción tomó decisiones de fiscalización que son eliminadas, sin mayor miramiento, por la decisión de la que discrepo parcialmente. Reducir la posibilidad de fiscalización no sólo afecta al PAEF sino a todos los programas que puedan financiarse con los recursos que deben ser controlados. Sin embargo, la mayoría consideró que ese control era un asunto menor y ni siquiera hizo un esfuerzo

argumentativo para desvirtuar la importancia de la fiscalización como criterio que podría justificar el trato diferenciado entre las ESAL.

Asimismo, la exclusión de algunas ESAL no implica necesariamente una afectación a la cobertura del programa o a su eficacia. El argumento mayoritario confunde la cobertura y eficacia con la cantidad de ESAL que sean beneficiarias de un programa, con lo que pierde de vista la complejidad de las variables involucradas en la valoración de los impactos de una política económica y la simplifica en lo que parece ser una obligación constitucional de igualdad simétrica que no tiene ningún soporte en datos. De hecho, el supuesto impacto en los trabajadores de las ESAL que generaría la distinción es una mera especulación de la mayoría que, por supuesto, no puede tener el mismo valor argumentativo que la información sobre la fiscalización y sobre el impacto de la medida con la que cuenta el Gobierno. Como puede observarse, este último argumento es representativo de la tesis que planteo en este salvamento de voto que, aunque parcial, se refiere a un defecto estructural de la decisión: un tribunal constitucional no puede transformar medidas adoptadas por el Legislador de excepción con base en datos y en argumentos adecuados bajo la consideración de especulaciones y de simetrías carentes de justificación y que, por lo mismo, no son exigibles en términos constitucionales.

4.4. Como lo mencioné anteriormente, la conclusión mayoritaria es el resultado de la asimilación equivocada de un trato diferenciado con un tratamiento discriminatorio. Efectivamente, la sentencia equiparó el juicio de no discriminación con los métodos usuales para adelantar el análisis de igualdad, como consecuencia, consideró aplicable este escrutinio a cualquier trato diferenciado. Esta perspectiva desconoce la disparidad entre los dos criterios, que proviene de los orígenes de la diferencia entre trato distinto y discriminación. Esta pareja conceptual ha sido analizada de manera clara en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se ha decantado en los ordenamientos internos.

Los teóricos de la materia¹⁶² han resaltado que, tanto la Corte Europea de Derechos

Humanos como el Comité de Derechos Humanos han reconocido que no toda diferencia de trato es discriminatoria y que un trato igualitario no implica el otorgamiento de trato idéntico. En efecto, “el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia.”¹⁶³

A nivel jurisprudencial, este debate ha sido abordado, entre otros, por el Tribunal Constitucional español, que en sus orígenes asimilaba la figura de la prohibición de discriminación, erróneamente, al principio de igualdad de trato por ser parte del mismo artículo 14 constitucional. Sin embargo, su jurisprudencia ha entendido la distinción de estos dos conceptos, que tiene implicaciones conceptuales y prácticas. En esa medida, cada una de estas garantías constitucionales tendría una finalidad y unos sujetos distintos, así como una relación diferente con el mandato de paridad.¹⁶⁴

No sobra recordar que la noción de discriminación surgió como una forma de proteger a ciertos grupos históricamente segregados que requerían de una especial protección en relación con actos que atentaban contra su dignidad humana. En ese sentido, la discriminación implica que se encuentren involucradas personas o grupos que han sido históricamente marginados.

De acuerdo con ello, la regla general para los análisis de igualdad no consiste en acudir al estándar derivado de la prohibición de discriminación. Efectivamente,

“[...] la igualdad formal de trato no siempre se traduce en identidad de trato; sólo en aquellos supuestos en los que las diferencias no son calificadas como relevantes. El principio de igualdad de trato respetará la discrecionalidad, con un amplio margen de decisión, de los poderes públicos, y vedará sólo la arbitrariedad. No se eliminan las diferencias, sólo se exige que éstas no sean arbitrarias. Sin embargo, con el tratamiento de la discriminación el problema es distinto. Aquí de lo que se trata es de eliminar la discrecionalidad, por lo que sí

que debe exigirse, en principio, paridad de trato para que no prevalezca la discriminación.”¹⁶⁵ (Negrillas fuera del texto)

En el mismo sentido, la doctrina ha dicho que:

“La igualdad de trato no implica un mandato de parificación, ya que respeta la discrecionalidad de los poderes públicos: lo que prohíbe es la arbitrariedad. Es decir, la mera igualdad no veda las diferenciaciones mientras las mismas sean razonables y no arbitrarias. Sin embargo, la prohibición discriminatoria prohíbe todas las distinciones por las razones específicas vedadas, esto es, supone un mandato de parificación. Cuando se habla de igualdad entre sexos, o entre razas, realmente se entiende como una paridad o identidad de trato.”¹⁶⁶ (Negrillas fuera del texto)

En suma, discriminación y desigualdad son conceptos relacionados pero no sinónimos. En efecto, la primera genera de manera inmediata una protección cualificada frente a ciertos grupos e individuos, en los escenarios en los que el sistema constitucional los considera vulnerables a sufrir tratos excluyentes. Por su parte, la segunda categoría impone un trato similar ante situaciones equivalentes y prohíbe la distinción en situaciones análogas. En esta última hipótesis se analizan las justificaciones para el trato distinto de acuerdo con criterios que sean relevantes, se trata de un control de límites frente a la arbitrariedad, no de una de protección reforzada.

No puede perderse de vista que el concepto de discriminación se relaciona con la existencia de prejuicios hacia un determinado grupo social. En esa medida, autores como Courtis¹⁶⁷ consideran que la discriminación no se basa únicamente en una distinción de trato, sino que debe recaer sobre un grupo históricamente discriminado:

“Cuando se habla de discriminación o de medidas antidiscriminatorias, no se está haciendo referencia a cualquier tipo de distinción legal. Por ejemplo, la distinción legal, a efectos de otorgar un subsidio, entre productores de leche y productores de miel, podría ser cuestionada a partir del principio de igualdad o tratamiento igualitario, pero difícilmente refleja el sentido en el cual se habla de “discriminación” en tratados internacionales de derechos humanos o en normas constitucionales o legales. Lo que caracteriza a la discriminación que estos cuerpos normativos pretenden atacar es la existencia de preconceptos o prejuicios contra un grupo social determinado, que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social. Esta noción supone explorar y definir de modo más preciso la idea de grupo social de la que se habla.” (Negrillas fuera del texto)

Incluso, algunos afirman que la posibilidad de discriminación sólo se presenta frente a personas naturales, por lo que no sería posible que las personas jurídicas la enfrenten:

Al aplicar estos conceptos al análisis del caso bajo examen se concluye que, de aceptarse la asimilación de todas las ESAL, la formulación del juicio de no discriminación llevaría a que el estudio de medidas económicas de emergencia que contengan distinciones entre personas jurídicas necesariamente tuviera que adelantarse a través de un escrutinio estricto. A mi modo de ver, esa conclusión es insostenible en nuestro orden constitucional. Aunque se trate de normas expedidas en el marco de un estado de excepción y pretendan mitigar efectos de una crisis económica y social, el control constitucional debe permitir al Gobierno tomar distintas medidas de acuerdo con la información con la que cuenta, en especial en el caso de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica, que persigue finalidades específicas relacionadas con la hacienda pública. Por eso, el concepto de discriminación y el juicio que se aplica sólo se ocupa de los casos más extremos que se derivan de la segregación como un tipo especial de violación del derecho a la igualdad.

Este argumento parte de una idea derivada de toda la dogmática y jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad y que, como lo muestran los defectos estructurales del fallo del que me aparto, no por ser obvia deja de ser importante: no todo trato diferenciado es discriminatorio, y el juicio de no discriminación se ubica en sólo en un tipo preciso de hipótesis no en cualquier debate sobre igualdad.

Quiero enfatizar que esta comprensión no implica que los tratos desiguales carezcan de análisis en los estados de excepción. En efecto, la técnica de interpretación constitucional, que esta misma Corte ha aplicado recientemente¹⁶⁹, indica que las posibles violaciones al derecho a la igualdad pueden tratarse en otros juicios, dependiendo de la naturaleza del asunto. En este caso su análisis encaja en el juicio de no contradicción específica, de hecho, las conclusiones de la argumentación de la ponencia apuntan a la violación del principio de igualdad, no a una discriminación en sí misma. Incluso podría acudirse al juicio de falta de motivación, si se consideraba que la medida no estaba debidamente justificada.

4.5. A partir de los defectos conceptuales en los que incurrió la mayoría su argumentación también consideró, nuevamente de manera errada, que el PAEF es una acción afirmativa. A partir de un defecto teórico evidente generó una regla metodológica de escrutinio sobre las acciones afirmativas en estados de emergencia que es equivocada e incoherente con la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia.

Hace ya bastante tiempo que la Corte se ha referido, de manera uniforme a esta categoría. Por ejemplo, la Sentencia C-293 de 2010¹⁷⁰ definió las acciones afirmativas como: “Todas aquellas medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social.”

En las Sentencias C-371 de 2000¹⁷¹, C-964 de 2003¹⁷², C-293 de 2010 y C-115 de 2017¹⁷³ este tribunal precisó que el concepto de acción afirmativa es un género a partir del cual se desarrollan tres especies: (i) las acciones de concientización, encaminadas a la sensibilización con respecto a una problemática, como lo son las campañas publicitarias; (ii) las acciones de promoción y facilitación, como lo son, verbi gratia, el apoyo económico a los pequeños productores, las becas y ayudas financieras para estudiantes de escasos recursos y los subsidios en los servicios públicos; y (iii) las acciones de discriminación inversa o positiva, que se distinguen por tomar como eje ‘categorías sospechosas’ de discriminación como lo son el sexo o la raza y se producen ante una situación de especial escasez de bienes deseados, como ocurre con respecto a los puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que implica que el beneficio que se brinda a ciertas personas, tiene como contrapartida el perjuicio de otras.

Estas elaboraciones conceptuales se encuentran ligadas, aunque no limitadas, al origen de esta categoría, tal y como lo recordó la sentencia C-293 de 2010

“La acción afirmativa es un concepto acuñado por el sistema jurídico de los Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo pasado con el propósito de promover medidas encaminadas a superar la discriminación y los prejuicios que, más de cien años después de la abolición de la esclavitud, existían aún en contra de la población negra, y comprende medidas de carácter legislativo, ejecutivo, e incluso decisiones judiciales. Poco tiempo después este concepto fue acogido en Europa, en donde tuvo gran desarrollo, especialmente frente a la situación de las mujeres, y su entonces incipiente incursión en varios espacios hasta poco antes reservados a los hombres, entre ellos el ámbito profesional y laboral y el de la participación política.” (Citas internas suprimidas)

Por su parte, la doctrina ha considerado que las acciones afirmativas son un producto del Estado Social de Derecho y de la transición de la igualdad formal a la igualdad material, expresamente plasmada en la mayoría de textos del constitucionalismo moderno como

sucede en el caso colombiano. Tales medidas se concretan en la facultad del Legislador para emplear criterios de discriminación para disminuir el efecto negativo de las prácticas sociales que han puesto a individuos que pertenecen a ciertos grupos en posiciones desfavorables.

Las políticas de acción afirmativa promueven beneficios temporales que les permitan “a los grupos más vulnerables alcanzar mayores y mejores niveles de acceso, calidad y eficiencia respecto a la oferta pública y privada de bienes sociales, culturales, económicos y políticos”¹⁷⁴. Por lo tanto, pretenden corregir la situación de vulnerabilidad acumulativa y persistente de la población que todavía no cuenta con las condiciones necesarias y suficientes para alcanzar igualdad efectiva.

No puede olvidarse que aunque se trate de un concepto amplio y sobre el cual se han presentado interesantes debates, existe una definición estipulativa aceptada en la comunidad jurídica mundial. Del mismo da cuenta la Organización de la Naciones Unidas que, como es relatado en documentos especializados¹⁷⁵, solicitó un estudio que propuso una definición en los siguientes términos: “la acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas en un aspecto o varios de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva.”¹⁷⁶

Con todo, pueden subsistir dificultades para establecer diferencias o límites entre las acciones afirmativas y otras políticas sociales (asistenciales, compensatorias focalizadas en la pobreza), pero los estudios basados en la bibliografía internacional y en la información proporcionada por actores de la sociedad civil involucrados en la promoción de la acción afirmativa en distintas latitudes muestran que

“los destinatarios sólo podrían ser tales en tanto pertenecieran a aquellos colectivos históricamente situados en desventaja respecto del conjunto de la sociedad donde se

insertan. Lo anterior, siempre que esta desventaja fuese atribuible a una discriminación basada en condiciones propias de los sujetos, como el género o la adscripción a una determinada etnia, y/o en situaciones irreversibles, como el ciclo de vida o la discapacidad”¹⁷⁷.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a aclarar y a salvar parcialmente el voto con respecto a las consideraciones expuestas en la Sentencia C-459 de 2020, adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA C-459/20

Referencia: Expediente RE-311

Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 677 de 2020, “[p]or el cual se modifica el Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020 y se disponen medidas sobre el Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 de 2020”

Me permito exponer a continuación las razones por las cuales me aparté parcialmente de la decisión mayoritaria relacionada con la declaratoria de constitucionalidad del Decreto Legislativo de la referencia, así como en relación con ciertas consideraciones expresadas en dicha providencia.

En primer lugar, respecto del elemento central que define al PAEF, consistente en la destinación de recursos públicos para beneficio de personas jurídicas de carácter privado, personas naturales, consorcios y uniones temporales, en mi opinión, al igual que lo manifesté en mi salvamento parcial de voto a la Sentencia C-458 de 2020, correspondía realizar el análisis de estas medidas a la luz de la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución, con el fin de evaluar el cumplimiento de dicha disposición¹⁷⁸.

En la Sentencia C-195 de 2020 la Sala se pronunció respecto de la realización de transferencias de recursos públicos en favor de los adultos mayores y del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante, administrado por las Cajas de Compensación Familiar, en los siguientes términos:

“... la prohibición de conceder auxilios o donaciones a particulares con cargo al erario no se transgrede, entre otros casos, cuando se trata de ‘las ayudas que bajo la forma de subsidios

económicos se conceden a las personas que resultan víctimas de hechos naturales o de otra naturaleza que sirven de fundamento a la declaración de un estado de excepción. En estos eventos, el principio de solidaridad se impone sobre cualquiera otra consideración y éste se articula a través de los subsidios que el Estado entrega a las personas que sufren una tragedia o a circunstancias externas que, de una o de otra manera, los someten a cargas y afectaciones severas que no son las de la generalidad de los ciudadanos”.

Igualmente, en dicho pronunciamiento se indicó que la exigencia relacionada con la inclusión de tales erogaciones en el Plan Nacional de Desarrollo¹⁷⁹ “no resulta aplicable en los estados de excepción, como lo es el de Emergencia, teniendo en cuenta la autorización que el artículo 215 otorga al Gobierno para adoptar, mediante decretos legislativos, medidas destinadas a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. En esta oportunidad se trata de medidas destinadas a conjurar los efectos desencadenados por la pandemia generada por el COVID-19, y velar por la garantía de los derechos fundamentales de las personas a la vida, la salud, el trabajo, el mínimo vital, entre otros. En un contexto de excepción el Gobierno debe prever respuestas coherentes con los principios del Estado social de derecho, priorizando la protección estatal de aquellas personas que son sujetos de especial protección constitucional o se encuentran en estado de debilidad manifiesta”.

En relación con la motivación de la Sentencia C-459 de 2020, aun cuando considero que la medida adoptada en el Decreto Legislativo 639 de 2020, en su versión modificada por el Decreto Legislativo 677 de 2020, no contraviene la prohibición mencionada, resultaba pertinente y necesario abordar su estudio, toda vez que la omisión en el examen de los criterios citados constituye un precedente nocivo en materia de control automático de constitucionalidad respecto de decretos expedidos durante una declaratoria de estado de excepción, en atención a que el examen de los criterios fijados constitucional, legal y jurisprudencialmente sobre dichos textos normativos, desplaza a aquellas consideraciones que no pueden ser ignoradas, ni siquiera en el marco de circunstancias excepcionales como las que propiciaron la expedición del Decreto Legislativo objeto de control.

En segundo término, y también reiterando mi salvamento de voto parcial a la Sentencia C-458 de 2020, en relación con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2 ibidem, debo apartarme de la decisión mayoritaria, consistente en la declaratoria condicionada de dicha disposición “en el entendido que se refiere a las personas jurídicas constituidas antes del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020”.

Lo anterior, puesto que la medida resultaba conducente para el objetivo de determinar el universo de potenciales beneficiarios del PAEF, con fundamento en su fecha de constitución, toda vez que la constitución como empleador (persona jurídica, persona natural, consorcio o unión temporal) antes del 1 de enero de 2020, además de ofrecer más y mejores herramientas para realizar una comparación de ingresos que permita evaluar con mayor certidumbre el impacto y la afectación causada para el ejercicio de una determinada actividad económica como consecuencia de la pandemia, constituía una muestra de estabilidad de los empleos generados por dicha empresa, lo cual coincide ampliamente con el objetivo de conservar empleos formales.

En efecto, conforme lo señalado por el gobierno nacional, dicha distinción se enfoca en identificar a los empleadores cuya antigüedad servía como evidencia sobre la estabilidad de sus negocios y, por ende, de los puestos de trabajo generados.

Por otra parte, es necesario indicar que en la Sentencia C-324 de 2020 se declaró la constitucionalidad del ordinal 1 del artículo 8 del Decreto 770 de 2020 “Por medio del cual se adopta una medida de protección al cesante, se adoptan medidas alternativas respecto a la jornada de trabajo, se adopta una alternativa para el primer pago de la prima de servicios, se crea el Programa de Apoyo para el Pago de la Prima de Servicios PAP, y se crea el Programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 637 de 2020”, el cual, para el acceso a dicha medida, dispone que las empresas postuladas deben haberse constituido

antes del 1 de enero de 2020.

En mi opinión, al momento de decidir sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 677 de 2020, la Corte debió tener en cuenta lo dicho en la providencia citada, pues por tratarse de una prestación económica dirigida a particulares que demuestren su calidad de empleadores formales y que incluye dentro de sus requisitos la constitución formal del empleador antes del 1 de enero de 2020, guarda identidad con lo señalado en el Decreto Legislativo 770 de 2020.

Por último, también me aparto de la declaratoria de constitucionalidad respecto del Parágrafo 7, numeral 1, del artículo 2 del Decreto Legislativo 639 de 2020, adicionado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 677 de 2020, por cuanto los argumentos expuestos por el gobierno nacional, y acogidos por la corporación, en mi opinión, no resultan suficientes para justificar una distinción como la contemplada en dicha norma.

En la Sentencia C-459 de 2020, se indica que la exclusión como posibles beneficiarios de PAEF de los empleadores que vinculen a menos de 3 empleados tiene por finalidad la de focalizar los recursos disponibles en favor de los “empleadores que mantienen por más tiempo sus empleados, siendo entonces el número de empleados, un indicador asociado a la permanencia en el empleo”; puesto que, según cifras aportadas al proceso por el gobierno nacional, aquellos empleadores que tenían vinculados a 4 o más trabajadores habían conservado tales empleos por lo menos por tres meses, mientras aquellos que vinculan a 3 o menos, sólo los habían conservado, en promedio, por un mes. Así mismo, se indicó que la medida resultaba conducente para dicho objeto por cuanto “garantiza que los recursos del programa sean entregados a aquellos empleadores que pueden contribuir en mayor grado a garantizar la estabilidad del empleo formal” y permite que los despidos causados por la pandemia tengan un menor impacto en la economía, a aquel provocado por la pérdida de los empleos con menor rotación.

En este orden de ideas, la focalización de los recursos y la intención de beneficiar a aquellos empleadores que ofrecen puestos de trabajo de mayor estabilidad, no pueden constituirse en óbice para la disposición de los recursos del PAEF para la finalidad central perseguida por dicho programa, esto es, la conservación de la mayor cantidad posible de puestos de trabajo formal, que se ven en riesgo como consecuencia de los efectos nocivos para la economía y el empleo nacional, producto de la pandemia.

Así las cosas, un análisis de la proporcionalidad de la medida permite advertir con claridad que los empleadores excluidos y aquellos cobijados por esta, presentan situaciones fácticas similares entre sí, por lo que la diferencia en la estabilidad de los empleos ofrecidos por ambos grupos, calculadas en un valor promedio cercano a los dos meses, no resultaba suficiente para justificar un trato absolutamente diferenciado entre ellos.

Adicionalmente, tal y como lo expresé en el salvamento de voto parcial a la Sentencia C-458 de 2020, las personas que se dedican al trabajo doméstico, que, como lo ha reconocido esta corporación, en su mayoría son mujeres en condiciones de especial vulnerabilidad¹⁸⁰, resultan, sin fundamento constitucional alguno, afectadas con este tipo de medidas, pues aun cuando los niveles de formalización del trabajo doméstico en Colombia siguen siendo bajos¹⁸¹, ello no implica que aquellas trabajadoras formales vinculadas a dicha actividad no merezcan la protección del Estado frente a la situación de precariedad generada por el COVID-19 y la disminución de ingresos de sus empleadores, que, por regla general, tienen una o dos personas contratadas en esta modalidad de trabajo.

En conclusión, considero que un factor diferenciador como la estabilidad en el empleo que, en todo caso, en palabras del gobierno nacional no supera los dos meses de diferencia, resulta discriminatorio y no permite que la medida cumpla la finalidad para la cual fue

diseñada, esto es, la protección del empleo formal, sin mayores distinciones, pues en el marco de la emergencia económica, social y ecológica causada por el COVID-19, todos los empleadores formales pueden ver disminuidos fuertemente sus ingresos hasta el punto de tener que despedir a sus trabajadores sin atención a la antigüedad de los mismos.

Fecha ut supra

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

1 Por impedimento presentado por uno de los magistrados, el proceso estuvo suspendido desde el 6 de mayo de 2020 y hasta el 21 de octubre del mismo año.

2 La SFC indicó que no emitirá concepto, porque los asuntos del presente decreto no se relacionan con sus facultades legales. Informe del 2 de junio de 2020, pág. 2.

3 El término de fijación en lista corrió del 18 al 25 de junio de 2020. Estos escritos fueron presentados el 8 de julio por los ciudadanos Eduardo Carvajal Cano y Luz Marina Caro López.

4 Las intervenciones que solicitaron la exequibilidad total fueron presentadas por: (i) la Secretaría Jurídica de la Presidencia, (ii) la Red de Cámaras de Comercio – Confecámaras, (iii) la Cámara de Comercio de Bogotá, (iv) la Fundación Consejo Gremial Nacional -CGN y (v) el Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia.

5 Cámara de Comercio de Bogotá, intervención del 24 de junio de 2020, pág. 7.

6 Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia, intervención del 25 de junio de 2020, pág. 5.

7 Secretaría Jurídica de la Presidencia, intervención del 23 de mayo de 2020, pág. 23. La Fundación Consejo Gremial Nacional señaló: “el impacto económico de la desaceleración y de la detención total de la producción afectó directamente el ingreso de los hogares, la capacidad adquisitiva para obtener bienes y servicios, para garantizar condiciones mínimas de vida digna y la estabilidad de negocios que tuvieron que detener su actividad por periodos prolongados asumiendo con normalidad costos de nómina”. Intervención del 24 de junio de 2020, pág. 6.

8 Ibid.

9 Secretaría Jurídica de la Presidencia, intervención del 23 de mayo de 2020, pág. 29.

10 Ibid., pág. 31. Confecámaras indicó: “De acuerdo con la encuesta de medición del impacto del Covid - 19 realizada por Confecámaras con corte a 17 de abril, el 85% de las empresas reportan no tener recursos para cubrir sus obligaciones más allá de 2 meses, y cerca del 54% de los empresarios espera disminuir su planta de personal en los próximos 3 meses”. Intervención del 25 de junio de 2020, pág. 1.

11 Ibid., pág. 32.

12 Ibid., pág. 25.

13 Fundación Consejo Gremial Nacional, intervención del 24 de junio de 2020, pág. 7.

14 Secretaría Jurídica de la Presidencia, intervención del 19 de mayo de 2020, pág. 26.

15 Ibid.

16 Secretaría Jurídica de la Presidencia, intervención del 23 de mayo de 2020, pág. 36.

17 Las intervenciones que solicitaron la exequibilidad condicionada de algunas expresiones fueron presentadas por el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia y el Observatorio de Derecho Laboral de la Universidad del Rosario.

18 Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, págs. 5 y 7. Indica el interviniente que, según cifras del DANE, “durante 2019 se registraron más de 22 millones de personas ocupadas en Colombia, de las cuales, el 41% están, o estaban, ubicadas en los sectores de alojamiento y restaurantes, comercio al por menor de bienes y servicios no básicos, construcción y transporte. Estos sectores se encuentran entre los más afectados a causa del aislamiento obligatorio” y que son “las mipymes colombianas las que más empleo proveen, con presencia en casi todos los sectores productivos del país, especialmente en aquellos que generan los empleos de más baja calificación y menor ingreso, lo que significa que emplean a las personas más vulnerables desde el punto de vista socio económico ante la eventual pérdida del empleo”.

19 Ibid.

20 Observatorio de Derecho Laboral de la Universidad del Rosario, intervención del 25 de junio de 2020, pág. 6 y 7.

21 Las intervenciones que solicitaron la inexequibilidad parcial fueron presentadas por: (i) el Centro Externadista de Estudios Fiscales del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia, (ii) el Semillero de Investigación de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana, (iii) la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, (iv) el Grupo de Investigación Problemas actuales del derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Nacional, (v) Dejusticia y (vi) los ciudadanos Jairo Alfonso Mantilla Serrano, William Mantilla Rueda, Ligia Patricia Rueda Lizcano, Hilda Sofía Rueda Lizcano, Ernesto Villegas Duque y Gustavo Villamizar Motta.

22 Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, intervención del 21 de junio de 2020, pág. 3.

23 Semillero de Investigación de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana, intervención del 25 de junio de 2020, pág. 20; Grupo de Investigación Problemas actuales del derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Nacional, intervención del 25 de junio de 2020, págs. 2 y 3; Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, intervención del 21 de junio, pág. 4; y

Dejusticia, intervención del 25 de junio de 2020, págs. 3 y 9 (enfaticó sobre el trabajo doméstico que: “estas trabajadoras necesitan del acceso a sus empleos para garantizar un ingreso básico en sus hogares que garantice su subsistencia y la de sus familias”) y el ciudadano Ernesto Villegas Duque, intervención del 24 de junio de 2020, pág. 2.

24 Centro Externadista de Estudios Fiscales del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia, intervención del 25 de junio de 2020, págs. 5 y 7.

25 Decreto 1674 de 2016 “por el cual se adiciona un Capítulo al Título 4 de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República”, en relación con la indicación de las Personas Expuestas Políticamente (PEP).

26 Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, intervención del 21 de junio de 2020, pág. 5; y los ciudadanos Jairo Alfonso Mantilla Serrano, William Mantilla Rueda, Ligia Patricia Rueda Lizcano, Hilda Sofía Rueda Lizcano y Gustavo Villamizar Motta.

27 Centro Externadista de Estudios Fiscales del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia, intervención del 25 de junio de 2020, págs. 23-24.

28 Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, intervención del 21 de junio de 2020, pág. 5.

29 Centro Externadista de Estudios Fiscales del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia, intervención del 25 de junio de 2020, pág. 25.

30 Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, intervención del 21 de junio de 2020, pág. 7.

31 Centro Externadista de Estudios Fiscales del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia, intervención del 25 de junio de 2020, pág. 6.

32 Concepto del 13 de julio de 2020, pág. 25. De acuerdo con el artículo 23 del Código de Comercio, no son actos mercantiles “4) Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural.

Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y 5) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales”.

33 Concepto del 13 de julio de 2020, pág. 27.

34 Concepto del 13 de julio de 2020, pág. 30.

35 Concepto del 13 de julio de 2020, pág. 22.

37 Ibid.

38 Concepto del 13 de julio de 2020, pág.35.

39 Concepto del 13 de julio de 2020, pág.32.

40 Ibid.

41 Decreto declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-307 de 2020.

42 De la misma forma, la Sala Plena constató que la no inclusión de las personas naturales dentro de los beneficiarios del programa de apoyo al empleo formal era inconstitucional. Sin embargo, precisó que no había lugar a condicionar el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 639, toda vez que esa situación inconstitucional fue corregida por Decreto 677 de 2020.

43 Sin perjuicio de lo anterior, el párrafo 8º del artículo 2º dispone que “Los consorcios y las uniones temporales no deben cumplir con el requisito establecido en el numeral 2 de este artículo, en su lugar, deberán aportar copia del Registro Único Tributario”.

44 En efecto, el numeral 1 del artículo 1º establece que “podrán ser beneficiarios del PAEF las personas jurídicas, personas naturales, consorcios y uniones temporales que cumplan con los siguientes requisitos: 1. Hayan sido constituidos antes del 1º de enero de 2020”. El párrafo 6º, por su parte, dispone que “en el caso de personas naturales, para efectos del cumplimiento del requisito establecido en el numeral 1 del presente artículo, se tomará como referencia la fecha de inscripción en el registro mercantil”.

45 Sin perjuicio de lo anterior, el párrafo 8º del artículo 2º dispone que “Los consorcios y

las uniones temporales no deben cumplir con el requisito establecido en el numeral 2 de este artículo, en su lugar, deberán aportar copia del Registro Único Tributario”.

46 Esta certificación solo debe ser presentada para el caso de la nómina del mes de abril, con la postulación respectiva del mes de mayo de 2020.

47 En abundante jurisprudencia se ha reiterado que los requisitos mencionados se encuentran en tres fuentes normativas concretas, las cuales constituyen parámetro de constitucionalidad: (i) las disposiciones de la Constitución que regulan los estados de excepción (arts. 212 a 215 CP); (ii) la regulación prevista por la LEEE, y (iii) las normas de derecho internacional de los derechos humanos, que prevén tanto los requisitos de declaratoria, como las garantías que no pueden ser suspendidas en esas situaciones excepcionales (derechos intangibles – arts. 93.1 y 214 CP). La existencia de un régimen jurídico con sujeción al cual deben ejercerse las competencias en el marco de un estado de excepción concreta el principio de legalidad que, como lo ha indicado esta Corte, implica que el Gobierno debe actuar con sujeción a las normas nacionales que rigen los estados de excepción y las suspensiones extraordinarias de los derechos y libertades que tengan lugar en razón de la crisis no deben ser incompatibles con las obligaciones del Estado y, en particular, con aquellas derivadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. Ver, entre otras, las sentencias C-182, C-217, C-239, C-248, C-251, C-257 y C-307, todas del 2020.

48 Decreto 677 de 2020, págs. 15-18.

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

50 Sentencias C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-465 de 2017, C-437 de 2017 y C-434 de 2017, entre otras.

51 Intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia en el proceso RE-306, escrito del 26 de mayo de 2020, pág. 28.

52 Ibid.

53 Ibid.

54 Intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, escrito del 23 de mayo de 2017, pág. 27.

55 Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, intervención del 21 de junio de 2020, pág. 7.

56 Informe de Pruebas de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, escrito del 5 de junio de 2020, pág. 19.

57 Ibid.

58 Ibid.

59 Artículo 215 de la CP: “Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes”.

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

61 Sentencia C-724 de 2015: “La conexidad en el control de constitucionalidad de los Decretos legislativos dictados con base en la declaratoria del estado de emergencia social, económica y ecológica, se dirige entonces a verificar determinadas condiciones particulares, relacionadas con la vinculación de los objetivos del Decreto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, y con los hechos que la ocasionaron”. Asimismo, ver la sentencia C-701 de 2015.

62 Sentencia C-409 de 2017: “La conexidad interna refiere a que las medidas adoptadas estén intrínsecamente vinculadas con las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente”. Asimismo, ver la sentencia C-434 de 2017.

63 Declarado exequible mediante la sentencia C-307 de 2020.

64 Sentencias C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-434 de 2017, C-409 de 2017, C-241 de 2011, C-227 de 2011, C-224 de 2011 y C-223 de 2011.

65 Sentencia C-466 de 2017. Asimismo, ver las sentencias C-722 de 2015 y C-194 de 2011.

66 Sentencia C-753 de 2015.

67 Sentencias C-254 de 2020, C-466 de 2017 y C-753 de 2015.

68 Esto, con fundamento en el artículo 8 de la LEEE, que prevé que, los “decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales”.

69 Sentencia C-466 de 2017. Cfr. Sentencia C-753 de 2015.

70 Ibid.

71 Intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, escrito del 17 de mayo de 2020, pág. 27.

72 Ibid.

73 Ibid.

74 Ibid, pág. 29.

75 Secretaría Jurídica de la Presidencia, Informe de pruebas del 6 de junio de 2020, pág. 22.

76 Ibid.

77 Ibid.

78 Ibid.

79 Ibid.

80 Ibid.

81 Ibid.

82 Intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, escrito del 17 de mayo de 2020, pág. 27.

83 Ibid., pág. 26.

85 Secretaría Jurídica de la Presidencia, Informe de pruebas del 6 de junio de 2020, pág. 22.

86 Ibid.

87 Ibid.

88 Ibid.

89 Ibíd.

90 Ibid.

91 Código Sustantivo del Trabajo “Artículo 134. Periodos de pago. 1. El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal. El período de pago para los jornales no puede ser mayor de una semana, y para sueldos no mayor de un mes” (subrayas fuera de texto).

92 Sentencias C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-434 de 2017, C-409 de 2017, C-241 de 2011, C-227 de 2011 y C-224 de 2011.

93 Sentencia C-466 de 2017. Asimismo, ver las sentencias C-723 de 2015 y C-742 de 2015.

94 Sentencias C-517 de 2017, C-468 de 2017, C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-409 de 2017, C-751 de 2015, C-723 de 2015 y C-700 de 2015, entre otras.

95 Artículo 7 de la Ley 137 de 1994: “Vigencia del Estado de Derecho. En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración. Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o

su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades”.

96 Sentencia C-149 de 2003. Asimismo, ver las sentencias C-467 de 2017, C-241 de 2011 y C-224 de 2009.

97 Sentencias C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-437 de 2017, C-434 de 2017, C-409 de 2017 y C-723 de 2015, entre otras.

98 Concepto del 13 de julio de 2020, pág.22.

99 Sentencia C-238 de 2020.

100 Centro Externadista de Estudios Fiscales del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia, intervención del 25 de junio de 2020, pág. 25. En concreto, afirman que la expresión “[p]ara estos efectos, bastará comunicación de la entidad que expide dichos documentos contradiciendo el contenido de los mismos”, contraría la garantía del debido proceso en toda actuación judicial y administrativa pues (i) otorga a la UGPP la facultad de catalogar un documento como falso; y (ii) desconoce el artículo 244 del Código General del Proceso

101 Sentencias C-466 de 2017, C-434 de 2017, C-136 de 2009, C-409 de 2017 y C-723 de 2015.

102 Sentencias C-517 de 2017, C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-465 de 2017, C-437 de 2017, C-409 de 2017 y C-723 de 2015.

103 Ibid., pág. 26.

104 Secretaría Jurídica de la Presidencia, Informe de pruebas del 6 de junio de 2020, pág. 22.

105 Ibid.

106 Ibid.

107 Ibid.

108 MHCP, actualización de pruebas del 17 de septiembre de 2020, pág. 2.

109 Ibid.

110 Sentencias C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-227 de 2011, C-225 de 2011, C-911 de 2010, C-224 de 2009, C-145 de 2009 y C-136 de 2009.

111 Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-701 de 2015, C-672 de 2015, C-671 de 2015, C-227 de 2011, C-224 de 2011 y C-136 de 2009.

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

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

114 En este sentido, en la sentencia C-156 de 2011, esta Sala explicó que el juicio de no discriminación pretende hacer efectivo “el principio de igualdad ante la ley del artículo 13 de la Constitución Política, en el sentido de establecer que todas las personas recibirán el mismo trato y no se harán distinciones basadas en criterios de raza, lengua, religión, origen familiar, creencias políticas o filosóficas”

115 En la sentencia C-521 de 2019, la Corte definió la estructura del test integrado de igualdad en los siguientes términos: “[p]ara resolver la cuestión se aplicará, en concordancia con la jurisprudencia de esta Corporación, un juicio integrado de igualdad que según ha dicho esta Corte, “combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los test de distinta intensidad estadounidenses” y se desarrolla a través de dos etapas, en la primera se debe determinar cuál es el criterio, termino de comparación o tertium comparationis, para lo cual se requiere de antemano definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica la medida analizada configura un tratamiento desigual entre iguales o igual entre desiguales; una vez superada esta etapa y habiendo establecido que en efecto existe un trato diferenciado, viene la segunda etapa del examen, en el que se procede a establecer si

desde la perspectiva constitucional dicha diferenciación está justificada o no”.

116 Sentencia C-179 de 2016. En relación con el criterio de comparación, en la sentencia C-109 de 2020 la Corte precisó que el juez constitucional debe evitar (i) fijar un criterio de comparación que por su carácter genérico conduce siempre a concluir que los sujetos son comparables lo cual supondría una “profunda limitación del margen de configuración del legislador”; y (ii) emplear “rasgos que por su grado de especificidad conducen siempre a diferenciar,” lo cual podría “afectar la vigencia del mandato de igualdad como expresión básica de justicia”.

117 La Corte Constitucional ha señalado que las personas, grupos y situaciones “pueden siempre tener rasgos comunes y siempre también rasgos diferentes” (C-109 de 2020). Por ello, para determinar si dos grupos de sujetos o categorías son comparables “es necesario examinar su situación a la luz de los fines de la norma” (C-841 de 2003, C-018 de 2018). Cfr. Sentencias C-826 de 2008, reiterada en las sentencias C-002 de 2018, C-240 de 2014 y C-886 de 2010.

118 Es importante resaltar que este test ha sido aplicado recientemente por la Corte Constitucional para valorar la constitucionalidad de tratos tributarios diferenciados en las sentencias C-128 de 2018, C-521 de 2019 y C-109 de 2020, entre otras. Este juicio integra dos metodologías de escrutinio. De un lado la “metodología de los escrutinios de distinta intensidad” desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. De otro, el juicio de proporcionalidad aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional alemán, el cual está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

119 Concepto del 13 de julio de 2020, pág. 25. De acuerdo con el artículo 23 del Código de Comercio, no son actos mercantiles “4) Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y 5) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales”.

120 Semillero de Investigación de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Pontificia

Universidad Javeriana, intervención del 25 de junio de 2020, pág. 20; Grupo de Investigación Problemas actuales del Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Nacional, intervención del 25 de junio de 2020, págs. 2 y 3; Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, intervención del 21 de junio, pág. 4; y Dejusticia, intervención del 25 de junio de 2020, págs. 3 y 9, y el ciudadano Ernesto Villegas Duque, intervención del 24 de junio de 2020, pág. 2.

121 Secretaría Jurídica de la Presidencia, Informe de pruebas del 6 de junio de 2020, pág. 13.

122 Ibid.

123 Secretaría Jurídica de la Presidencia, Informe de pruebas del 6 de junio de 2020, pág. 13.

124 Ibid.

125 Ibid.

126 Ibid.

127 Ibid.

128 Decreto 1081 de 2015, artículo 2.1.4.2.3. “1. Presidente de la República, Vicepresidente de la República, altos consejeros, director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, ministros y viceministros. // 2. Secretarios Generales, Tesoreros, Directores Financieros de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias. // 3. Presidentes, Directores, Gerentes, Secretarios Generales, Tesoreros, Directores Financieros de (i) los Establecimientos Públicos, (ii) las Unidades Administrativas Especiales, (iii) las Empresas Públicas de Servicios Públicos Domiciliarios, (iv) las Empresas Sociales del Estado, (v) las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y (vi) las Sociedades de Economía Mixta. // 4. Superintendentes y Superintendentes Delegados. // 5. Generales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, e Inspectores de la Policía Nacional. // 6. Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales, Tesoreros, Directores Financieros y Secretarios Generales de i) gobernaciones, ii) alcaldías, iii) concejos municipales y distritales y iv) asambleas departamentales. // 7. Senadores, Representantes a la Cámara, Secretarios Generales,

secretarios de las comisiones constitucionales permanentes del Congreso de la República y Directores Administrativos del Senado y de la Cámara de Representantes. // 8. Gerente y Codirectores del Banco de la República. // 9. Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales. // 10. Comisionados Nacionales del Servicio Civil, Comisionados de la Autoridad Nacional de Televisión, de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. // 11. Magistrados, Magistrados Auxiliares y Consejeros de Tribunales y Altas Cortes, jueces de la república, Fiscal General de la Nación, Vicefiscal General de la Nación, Director de Fiscalías Nacionales, Director Nacional de Seccionales y Seguridad Ciudadana. // 12. Contralor General de la República, Vicecontralor, Contralores Delegados, Contralores territoriales, Contador, Procurador General de la Nación, Viceprocurador General de la Nación, Procuradores Delegados, Defensor del Pueblo, Vicedefensor del Pueblo, Defensores Delegados y Auditor General de la República. // 13. Consejeros del Consejo Nacional Electoral, Registrador Nacional del Estado Civil y Registradores Delegados. // 14. Representantes legales, presidentes, directores y tesoreros de partidos y movimientos políticos, y de otras formas de asociación política reconocidas por la ley. // 15. Los directores y tesoreros de patrimonios autónomos o fideicomisos que administren recursos públicos”.

129 Decreto 1674 de 2016 “por el cual se adiciona un Capítulo al Título 4 de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República”, en relación con la indicación de las Personas Expuestas Políticamente (PEP)

130 Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, intervención del 21 de junio de 2020, pág. 5; y los ciudadanos Jairo Alfonso Mantilla Serrano, William Mantilla Rueda, Ligia Patricia Rueda Lizcano, Hilda Sofía Rueda Lizcano y Gustavo Villamizar Motta.

131 Secretaría Jurídica de la Presidencia, intervención del 23 de mayo de 2020, pág. 36.

132 Secretaría jurídica de la Presidencia, escrito de intervención pág. 36.

133 Secretaría Jurídica de la Presidencia, Informe de pruebas del 6 de junio de 2020, pág. 14.

134 Ibid.

135 Ibid.

137 Ibid.

138 Ibid.

139 Ibid.

140 Ibid.

141 Ibid.

142 Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, intervención del 21 de junio de 2020, pág. 5.

143 Acorde con el Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, una consecuencia de la suspensión de la prestación del servicio es el no pago de la remuneración. “Artículo 53. Efectos de la suspensión. Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos (...)” (énfasis propio).

144 Secretaría Jurídica de la Presidencia, Informe de pruebas del 6 de junio de 2020, pág. 14.

145 Concepto del 13 de julio de 2020, págs. 26 y 27.

146 Secretaría Jurídica de la Presidencia, Informe de pruebas del 6 de junio de 2020, pág. 9.

147 Ibid.

148 Secretaría jurídica de la Presidencia, escrito de intervención pág. 36.

149 Ibid.

150 Ibid, pág. 26.

- 151 Secretaría Jurídica de la Presidencia, Informe de pruebas del 6 de junio de 2020, pág. 22.
- 152 Ver también, Sentencia C-458 de 2020.
- 153 Ibid., pág. 9.
- 154 Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, págs. 5 y 7. Indica, además, que, según cifras del DANE, “durante 2019 se registraron más de 22 millones de personas ocupadas en Colombia, de las cuales, el 41% están, o estaban, ubicadas en los sectores de alojamiento y restaurantes, comercio al por menor de bienes y servicios no básicos, construcción y transporte. Estos sectores se encuentran entre los más afectados a causa del aislamiento obligatorio” y que, son “las mipymes colombianas las que más empleo proveen, con presencia en casi todos los sectores productivos del país, especialmente en aquellos que generan los empleos de más baja calificación y menor ingreso, lo que significa que emplean a las personas más vulnerables desde el punto de vista socio económico ante la eventual pérdida del empleo”.
- 155 MP Alberto Rojas Ríos.
- 156 A partir de los datos ofrecidos por la Dirección de Impuestos Nacionales – DIAN, en el primer semestre de 2020 se registró un crecimiento negativo del 5,2% de la totalidad de los ingresos recaudados por ese ente y en comparación con el mismo periodo de 2019. Vid. DIAN, Comunicado de prensa 51 del 9 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.dian.gov.co/Prensa/Paginas/NG-Comunicado-de-Prensa-051-2020.aspx>
- 157 Así, con datos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares desarrollada por el DANE, se tiene que en el trimestre de junio a agosto de 2020 del total de la población ocupada laboraba de manera independiente el 34,6%, el 40,2% lo hacían en pequeñas y medianas empresas y el 25,2% en grandes empresas. Vid. INNPULSA Colombia (2020) Empleo en Colombia. ¿Cómo se ha comportado el empleo formal durante 2020”, p. 24. Disponible en: <https://www.dian.gov.co/Prensa/Paginas/NG-Comunicado-de-Prensa-051-2020.aspx>
- 158 Cohen, G.M. (1985). Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: The View from the Bench. *University of Pennsylvania Law Review*, 133, 1117-1166. Disponible en:

https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol133/iss5/4, consultado en febrero de 2021.

159 Wald, P.M., (1987). Limits on the Use of Economic Analysis in Judicial Decisionmaking. *Law and Contemporary Problems*, 50, 225-244. Disponible en: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol50/iss4/11>, consultado en febrero de 2021.

160 Chubb, L. L. (1989). Economic Analysis in the Courts: Limits and Constraints, *Indiana Law Journal*: Vol. 64(3), Disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol64/iss3/16>, consultado en febrero de 2021.

161 Por ejemplo, en el caso de Filipinas, algunos consideran que la Corte Suprema de Justicia no tiene el conocimiento ni la experticia necesarias para decidir sobre asuntos económicos que competen a la política pública del ejecutivo y del legislativo. En ese sentido, se ha indicado lo siguiente: “Tiene que admitirse que una Corte que está acostumbrada a resolver asuntos legales e interpretar conceptos legales, por un lado, y las ramas Ejecutiva o Legislativa que están equipadas con las habilidades y mecanismos necesarios para reunir e interpretar datos que forman las bases de las políticas económicas, por el otro; observan las consideraciones fácticas y técnicas involucradas en una controversia económica desde perspectivas radicalmente diferentes. La Corte, estando limitada, no puede confrontar un problema económico o resolverlo de forma integral. Al carecer de la maquinaria necesaria para hacerse con los datos económicos requeridos, la Corte no puede adquirir el conocimiento pertinente sobre el cual fundamentar una decisión inteligente.” (traducción libre) Yuyucheng, F. T. (1994). *An Analysis of Supreme Court Decisions with Economic Impact*. *Ateneo Law Journal*, 39(1), 219-261. consultado en febrero de 2021. Una situación similar puede verse en estudios en India, por ejemplo, Anant, T.C.A. & Singh J. (2002). *An Economic Analysis of Judicial Activism*. *Economic and Political Weekly*, Vol. 37, No. 43, pp. 4433 – 4439. consultado en febrero de 2021.

162 Bayefsky, A. (1990). “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”. *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, Nº 1-2, pp. 1-34. (p. 11) Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de Human Rights Law Journal, N.P. Engel Verlag. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>, consultado en febrero de

2021.

163 Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989). Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom18.html>, consultada en febrero de 2021.

164 Aparisi Millares, A. (1995). Notas sobre el concepto de discriminación. Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Vol. II (5), p. 185-200. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1268/DyL-1995-II-5-Aparisi.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado en febrero de 2021), en el mismo sentido Nogueira Guastavino, M. (2012). El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente. Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales, No. 25, pp. 19-52. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4258916>), consultado en febrero de 2021.

165 Aparisi Millares, A. (1995). Notas sobre el concepto de discriminación. Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ISSN: 1133-0937, Vol. II (5), p. 194. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1268/DyL-1995-II-5-Aparisi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consultada en febrero de 2021.

166 Cerdá Martínez-Pujalte, C. (2005). Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de discriminación. Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, ISSN 1133-7087, No. 50-51, pp. 193-218. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23276.pdf> (p. 215), consultada en febrero de 2021.

167 Courtis, C. (2010). Dimensiones Conceptuales de la Protección Legal Contra la Discriminación. Revista Derecho del Estado, 24, 105-142. Pg 113. disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/422/402>, consultado en febrero de 2021.

168 Cerdá Martínez-Pujalte, C. (2005). Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de discriminación. Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, ISSN 1133-7087, No. 50-51, pp. 193-218, (p. 215). Disponible en:

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23276.pdf>, consultado en febrero de 2021.

169 La Sentencia C-393 de 2020 (MP Gloria Stella Ortiz) adelantó la revisión de constitucionalidad del Decreto 803 del 4 de junio de 2020 “Por medio del cual se crea el Programa de Apoyo para el Pago de la Prima de Servicios – PAP para el Sector Agropecuario, en el marco de la Emergencia Sanitaria ocasionada por el Coronavirus COVID 19”. Encontró que el numeral 1º del párrafo 5º del artículo 3 (que excluye del subsidio a trabajadores y/o productores que tengan menos de 3 empleados) no cumplió con el juicio de finalidad. Esa disposición excluía, sin justificación suficiente, sujetos que se encuentran en las mismas condiciones de afectación derivadas de la situación de emergencia. Por lo tanto, lo declaró inexecutable. En ese caso no hubo consideraciones sobre discriminación y analizó la distinción que hacía la norma en el juicio de finalidad, aunque anotó que podría darse también en el de motivación suficiente también. El fallo dijo lo siguiente: “Esto no implica que se trate de un juicio de no discriminación, pues se mantiene el centro del análisis en el objetivo de la distinción que debe estar directa y específicamente encaminada a impedir la extensión o agravación de la crisis económica y laboral generada por el COVID-19. Como puede verse, es un argumento compuesto que analiza de manera conjunta el cumplimiento de la finalidad del DL y la motivación de la exclusión.”. En ese mismo juicio se analizó la exclusión de las personas expuestas políticamente del beneficio de promoción al empleo.

170 MP Nilson Pinilla Pinilla.

171 MP Carlos Gaviria Díaz.

172 MP Alvaro Tafur Galvis.

173 MP Alejandro Linares Cantillo.

174 Castro Heredia, Javier Andrés; Urrea Giraldo, Fernando; Viáfara López, Carlos Augusto. “Un breve acercamiento a las políticas de Acción Afirmativa: orígenes, aplicación y experiencia para grupos étnico-raciales en Colombia y Cali”. Revista Sociedad y Economía, núm. 16, enero, 2009, pp. 159-170. Universidad del Valle Cali, Colombia. pg 161. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/996/99612491009.pdf>, consultado en octubre de 2020.

175 León, Magdalena y Holguín, Jimena (2005) Acción Afirmativa: Hacia democracias

inclusivas. Edición Colombia. Fundación Equitas, Santiago de Chile. Disponible en <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/47168/95684400210.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consultado en octubre de 2020.

176 Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos (2001) El concepto y la práctica de la acción afirmativa, documento de Naciones Unidas, E /CN.4 /Sub.2 /2000 /11; E /CN.4 /Sub.2 /2001 /15. Citado por León, Magdalena y Holguín, Jimena (2005), ídem, pg 24, nota al pie xiii.

177 León, Magdalena y Holguín, Jimena (2005), ídem, pg 36.

178 Véase Corte Constitucional, Sentencias C-543 de 2001, C-324 de 2009 y C-027 de 2016, entre otras.

179 Exigencia que se encuentra en pronunciamientos como la Sentencia C-324 de 2009.

181 Sobre el particular, véase: Escuela Nacional Sindical. Una aproximación al Covid-19 y su incidencia en el mundo del trabajo doméstico en Colombia. 2020. Disponible en: <https://ail.ens.org.co/wp-content/uploads/sites/3/2020/05/UNA-APROXIMACION%CC%81N-AL-COVID-19-Y-SU-INCIDENCIA-EN-EL-MUNDO-DEL-TRABAJO-DOME%CC%81STICO-EN-COLOMBIA.pdf>

{p}