

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / RESOLUCIÓN 1129 DE 2020, RESOLUCIÓN 1191 DE 2020, RESOLUCIÓN 1200 DE 2020, RESOLUCIÓN 1242 DE 2020, RESOLUCIÓN 1331 DE 2020 Y RESOLUCIÓN 1683 DE 2020 – Expedidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Competencia / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Medio de control sobre las medidas administrativas de carácter general que adopten las autoridades administrativas nacionales en desarrollo de un decreto legislativo / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Noción y finalidad

La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce del control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general que se dictan en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción [...]. [...] el Consejo de Estado ejerce el control de las medidas expedidas por las autoridades administrativas nacionales. [...] El control inmediato de legalidad es el medio idóneo para verificar que las medidas generales expedidas por las autoridades administrativas, que desarrollan decretos legislativos, se ajustan al ordenamiento. Su propósito es impedir la aplicación de normas ilegales y limitar el poder de la Rama Ejecutiva durante un estado de excepción. [...] El control inmediato de legalidad está instituido para fiscalizar los actos administrativos de carácter general, expedidos en desarrollo de decretos legislativos. Como el estado de excepción no implica la supresión del Estado de derecho, la actividad de la Administración, en el ejercicio de las facultades excepcionales, sigue sometida al ordenamiento jurídico (art. 7 LEEE).

FUENTE FORMAL: LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 7 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 20 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 136

CARÁCTER PERMANENTE DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS EN EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA - Por regla general la facultad para reglamentarlos no tiene una limitación temporal

[E]l Gobierno solo puede expedir los decretos legislativos durante la vigencia del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y el Congreso de la República, en esta modalidad de estado de excepción, podrá derogar o modificar dichos decretos dentro del año siguiente a la declaratoria de la emergencia. No obstante, los decretos legislativos que, de manera transitoria, establezcan o modifiquen tributos dejarán de regir al término de la vigencia fiscal siguiente, salvo que el Congreso les otorgue carácter permanente (art. 215 inciso tercero CN y arts. 47 y 49 LEEE). Como los decretos legislativos expedidos durante el estado de emergencia tienen carácter permanente, con las salvedades anotadas, la facultad de la Administración para desarrollarlos en procura de su cumplida y correcta ejecución no tiene plazo, tampoco limitación temporal, es inagotable y le está atribuida de manera ordinaria. De modo que dicha facultad administrativa puede ejercerse en cualquier momento, como sucede con la potestad reglamentaria de las leyes en tiempos de normalidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 3 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 114 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 133 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 215 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 215 INCISO 3 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 3 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 20 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 46 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 47 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 49 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 136 / DECRETO 637 DE 2020

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Alcance del análisis material y formal del acto sujeto de control / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Carácter jurisdiccional, automático y oficioso / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley / ACTIVISMO JUDICIAL - El juez no puede sustituir a la discrecionalidad administrativa porque viola la separación del poder público

El control inmediato de legalidad comprende el análisis de la existencia de una relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto sujeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Asimismo, el control implica confrontar el acto con las normas superiores que le sirven de fundamento [...]. El control inmediato de legalidad tiene un carácter jurisdiccional, automático y oficioso, que se extiende a verificar la competencia de la autoridad que expidió el acto sujeto de control, la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la sujeción a las formas. Al controlar el acto, el juez debe determinar si la medida administrativa es proporcional con la gravedad del hecho que pretende conjurar [...]. [...] Con todo, el control inmediato de legalidad, como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley (art. 230 CN). De allí que la confrontación del acto con el ordenamiento que le sirve de sustento no puede extenderse a otras materias, por ejemplo, a reemplazar la legítima discrecionalidad administrativa -que en un estado de excepción está limitada por los postulados de necesidad, finalidad, proporcionalidad, conexidad y debida motivación de las decisiones- por una inconstitucional “discrecionalidad judicial”. [...] En democracia, como la soberanía solo reside en la ley, el juez no puede -so pretexto de la defensa de los derechos- asumir competencias que el pueblo -a través de la ley- no le ha dado. El juez no está exceptuado del cumplimiento de la ley, por el contrario, debe dar ejemplo de obediencia a sus mandatos inexorables. [...]La evaluación de la juridicidad del acto sujeto a control se hace respecto de todos los preceptos superiores del ordenamiento jurídico relacionados con la materia. Así, se debe confrontar el acto con la normativa propia del estado de excepción. No obstante, si el juez advierte que el acto vulnera cualquier otra norma que no haya sido suspendida o derogada por las disposiciones excepcionales con fuerza de ley, procederá a declarar la ilegalidad del acto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 113 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 212 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 213 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 214 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 215 NUMERAL 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 230 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 8 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 9 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 10 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 11 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 13 / LEY 137 DE 1994 – ARTÍCULO 20

FALLO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Tiene efecto erga omnes, la decisión tiene el carácter de cosa juzgada relativa

Aunque el control inmediato de legalidad tiene un carácter integral, no puede fundarse en los mismos parámetros del control que ejerce la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción [...]. No es lo mismo confrontar una norma legal de excepción con un número finito de disposiciones -como los artículos de la Constitución-, que verificar la legalidad de un acto administrativo en relación con el “resto del ordenamiento jurídico”. De allí que, si bien el control automático es integral -por ello el juez estudia la forma y la materia del acto-, no es viable verificar la legalidad de una resolución administrativa frente a todo el

ordenamiento. Por ello, lo decidido en el control inmediato de legalidad no cierra la posibilidad de que el acto pueda ser sometido a otro estudio de legalidad en el futuro, a través del medio de control de nulidad que cualquier persona formule por razones diferentes a las analizadas en el control automático. De modo que, si la medida administrativa controlada se encuentra ajustada a derecho o si se llega a decretar la nulidad de algunos de sus preceptos, aunque este fallo tiene efecto erga omnes -oponible a todos y contra todos-, la decisión tiene el carácter de cosa juzgada relativa. La sentencia solo es definitiva frente a los aspectos analizados y decididos, en virtud del control inmediato de legalidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 215 PARÁGRAFO / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 241 NUMERAL 7

DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - La pérdida de fuerza ejecutoria no impide el estudio de legalidad / ACTOS OBJETO DE CONTROL – Perdieron fuerza ejecutoria, pero son susceptibles del medio de control inmediato de legalidad mientras produjeron efectos

De conformidad con el numeral 5 del artículo 91 CPACA, que retomó el artículo 66.2 CCA, un acto administrativo en firme pierde fuerza ejecutoria y obligatoriedad si deja de tener vigencia. El decaimiento del acto administrativo es, pues, una suerte de “extinción” de la decisión administrativa. La configuración del decaimiento del acto administrativo no impide juzgar su legalidad, según las normas vigentes al tiempo de su expedición, pues solo opera hacia el futuro. Como las Resoluciones n°.1129, 1191, 1200, 1242, 1331 y 1683 de 2020 perdieron fuerza ejecutoria, porque fueron subrogadas por la Resolución 2162 de 2020, que se expidió después de que el Congreso de la República, por medio de la Ley 2060 del 22 de octubre de 2020, ampliara el Programa de Apoyo al Empleo Formal-PAEF hasta marzo de 2021 y le introdujera modificaciones, los actos son susceptibles de control inmediato de legalidad durante el lapso en que produjeron efectos.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 91 NUMERAL 5

COVID-19 - Motivo para la declaratoria de un estado de excepción / PROGRAMA DE APOYO AL EMPLEO FORMAL PAEF - Subsidio a la nómina para proteger y apoyar el empleo formal con ocasión de la pandemia del COVID-19

El Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. El precepto señaló que los efectos económicos negativos del COVID-19 imponían la adopción de medidas para mantener y proteger el empleo, entre otras, algunas que permitieran al Estado contribuir en el financiamiento y pago de parte de las obligaciones laborales a cargo de los empleadores. [...] Los Decretos Legislativos 639, 677 y 815 de 2020, expedidos en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 de 2020, crearon y regularon el programa de apoyo al empleo formal -PAEF, que consiste en un aporte monetario mensual de naturaleza estatal a los empleadores que demostraran una reducción del 20% o más de sus ingresos, por motivo de las medidas adoptadas para enfrentar la pandemia del COVID-19, para proteger y apoyar el empleo formal del país. [...] Las Resoluciones n°.1129, 1191, 1200, 1242, 1331 y 1683 de 2020 desarrollaron los mencionados decretos legislativos para hacer operativo el PAEF, plan que persigue mitigar los efectos adversos de la pandemia en la economía y el empleo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 637 DE 2020 / DECRETO LEGISLATIVO 639 DE 2020 / DECRETO LEGISLATIVO 677 DE 2020 / DECRETO LEGISLATIVO 815 DE 2020

ENTREGA DE BIENES A TÍTULO GRATUITO - Prohibición de auxilios o donaciones del artículo 355 de la Constitución Política aplica a particulares / ARTICULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Excepciones a la prohibición de auxilios o donaciones / SUBSIDIOS A LA NÓMINA - EI PAEF no viola el artículo 355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / RESOLUCIONES 1129, 1191, 1200, 1242, 1331 Y 1683 de 2020 - Se ajustan a derecho

El artículo 355 CN -en armonía con el artículo 136.4 CN- dispone que ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Sin embargo, [...] la prohibición establecida en el artículo 355 CN no es absoluta, ya que esa norma se restringe a los actos de mera liberalidad y no aplica en los que esté comprometida la garantía de derechos sociales. Es decir, si la cesión gratuita cuenta con un fundamento constitucional expreso (por ejemplo, financiación de vivienda de interés social, art. 51), no configura una donación prohibida, sino que -por el contrario- responde al cumplimiento de los fines sociales del Estado. Por ello, la Corte Constitucional estimó que el aporte estatal creado por el Decreto Legislativo 639 de 2020 no está prohibido por el artículo 355 CN, al considerar que se trata del ejercicio de la facultad de intervención del Estado en la economía y no de su mera liberalidad, ya que es una herramienta para garantizar el postulado constitucional del pleno empleo durante la crisis generada por la pandemia. [...] [L]a Resolución n°.1129 y las modificaciones y adiciones realizadas por las Resoluciones n°.1191, 1200, 1242, 1331 y 1683 se ajustan a lo dispuesto por los preceptos extraordinarios -Decretos Legislativos 637, 639, 677 y 815 de 2020-, expedidos con ocasión de la emergencia económica, social y ecológica. [...] Los actos están acordes con la motivación que llevó a la declaratoria del estado de excepción ante la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 y con las razones que justificaron la expedición de los Decretos Legislativos 639, 677 y 815 de 2020. [...] Las medidas impartidas por las resoluciones -referidas a la reglamentación del PAEF- son, pues, adecuadas y proporcionales a los fines que persiguen, ya que buscan que el programa sea operativo, para así mitigar los efectos económicos adversos de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, en especial, la disminución de ingresos de los empleadores. En consecuencia, se declararán ajustados a derecho los actos fiscalizados, en cuanto al control formal y material hecho en este control inmediato de legalidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 136 NUMERAL 4 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 355 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 368 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1443 / DECRETO 637 DE 2020 / DECRETO LEGISLATIVO 639 DE 2020 / DECRETO LEGISLATIVO 677 DE 2020 / DECRETO LEGISLATIVO 815 DE 2020

LA COMPETENCIA DEL JUEZ DE LA ADMINISTRACIÓN, AL EJERCER EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD, ES LIMITADA - La elección del destino de los recursos del erario no es competencia de los jueces

[L]a competencia del juez de la Administración, al ejercer el control inmediato de legalidad, es limitada. El juez no es la autoridad más indicada para tomar decisiones sobre la elección del destino de los recursos del erario. La Constitución y las leyes no le otorgan al juez atribución alguna para crear “subsidios judiciales”

a través de los fallos. Esta consideración cobra mayor validez, si los escasos recursos de los que dispone la Administración tienen por objeto la política de gasto público que, para mitigar los efectos derivados de una inusual crisis sanitaria y económica, requieren de un manejo eficiente y óptimo.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 1129 DE 2020 (20 de mayo) MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (No anulada) / RESOLUCIÓN 1191 DE 2020 (29 de mayo) MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (No anulada) / RESOLUCIÓN 1200 DE 2020 (1 de junio) MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (No anulada) / RESOLUCIÓN 1242 DE 2020 (11 de junio) MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (No anulada) / RESOLUCIÓN 1331 DE 2020 (26 de junio) MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (No anulada) / RESOLUCIÓN 1683 DE 2020 (1 de septiembre) MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (No anulada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA VEINTISÉIS ESPECIAL DE DECISIÓN

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-02304-00(CA) (ACUMULADO 11001-03-15-000-2020-03739-00)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Demandado: RESOLUCIÓN 1129 DEL 20 DE MAYO DE 2020, RESOLUCIÓN 1191 DEL 29 DE MAYO DE 2020, RESOLUCIÓN 1200 DEL 1 DE JUNIO DE 2020, RESOLUCIÓN 1242 DEL 11 DE JUNIO DE 2020, RESOLUCIÓN 1331 DEL 26 DE JUNIO DE 2020 Y RESOLUCIÓN 1683 DEL 1 DE SEPTIEMBRE DE 2020

Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-EI Consejo de Estado conoce de los actos administrativos de las autoridades nacionales proferidos en estados de excepción. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Medio de control sobre las medidas administrativas de carácter general que adopten las autoridades administrativas nacionales en desarrollo de un decreto legislativo. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Objeto.CARÁCTER PERMANENTE DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS EN EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA- Por regla general la facultad para reglamentarlos no tiene una limitación temporal. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Examen formal comprende competencia y formalidades. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Examen material comprende el estudio de materia, conexidad y proporcionalidad. COSA JUZGADA RELATIVA EN CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Efectos de los fallos de la jurisdicción administrativa en estados de excepción. ESTADO DE EXCEPCIÓN-Como hace parte del régimen de legalidad, la Administración está sujeta al ordenamiento durante su vigencia. ACTIVISMO JUDICIAL-EI juez no puede sustituir a la discrecionalidad administrativa porque viola la separación del poder público. COVID-19-Motivo para la declaratoria de un estado de excepción. DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO-La pérdida de fuerza ejecutoria no impide el estudio de legalidad. PROGRAMA DE APOYO AL EMPLEO FORMAL PAEF-Subsidio a la nómina para proteger y apoyar el empleo formal con ocasión de la pandemia del COVID-19. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-Competente para definir, de acuerdo con la ley, aspectos relacionados con el PAEF. DISMINUCIÓN DE INGRESOS DE LOS EMPLEADORES- La legislación de excepción facultó al Ministerio de Hacienda para determinar el método de

cálculo que habilita a los beneficiarios a recibir el subsidio a la nómina PAEF. ENTREGA DE BIENES A TÍTULO GRATUITO-Prohibición de auxilios o donaciones del artículo 355 CN aplica a particulares. ARTICULO 355 CN-Excepciones a la prohibición de auxilios o donaciones. SUBSIDIOS A LA NÓMINA-EI PAEF no viola el artículo 355 CN. DECRETOS LEGISLATIVOS 639, 677 Y 815 DE 2020-Crearon y regularon el programa de apoyo al empleo formal, PAEF. DECRETOS LEGISLATIVOS 639, 677 Y 815 DE 2020-Facultaron al Ministerio de Hacienda para proferir normas sobre su operatividad. DECRETOS LEGISLATIVOS 639, 677 y 815 DE 2020-La Corte Constitucional declaró exequible el PAEF con condicionamientos. RESOLUCIÓN 1129 DE 2020-Reglamentó el PAEF. RESOLUCIONES 1191, 1200, 1242, 1331 Y 1683-Introdujeron cambios en cuanto a fechas, subsanación de errores en el procedimiento de postulación del PAEF, entre otros. RESOLUCIONES 1129, 1191, 1200, 1242, 1331 Y 1683 de 2020-Se ajustan a derecho. SUBSIDIO A LA NÓMINA-La elección del destino de los recursos del erario no es competencia de los jueces.

La Sala decide el control inmediato de legalidad de las Resoluciones n°. 1129 del 20 y 1191 del 29 de mayo, 1200 del 1º, 1242 del 11 y 1331 del 26 de junio y 1683 del 1º de septiembre de 2020, expedidas por la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público (en adelante Ministerio de Hacienda), de conformidad con el artículo 185.6 CPACA y lo dispuesto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sesión n°. 10 del 1º de abril de 2020.

SÍNTESIS DEL CASO

La Resolución n°. 1129 de 2020 del Ministerio de Hacienda definió la metodología para el cálculo de la disminución en ingresos de los beneficiarios del Programa de Apoyo al Empleo Formal (en adelante PAEF), el calendario de postulación y plazos del programa, la verificación y cálculo del aporte estatal, la restitución del mismo y otras medidas accesorias como la socialización del programa, el uso de medios electrónicos y el fomento del control ciudadano. Luego, las Resoluciones n°. 1191, 1200, 1242, 1331 y 1683 de 2020 modificaron los plazos, procedimientos para corregir errores involuntarios en el trámite de solicitudes no imputables a los beneficiarios, entre otras. El PAEF es una medida que se tomó en el marco del estado de excepción declarado por el Decreto 637 de 2020, con el fin de conjurar los efectos económicos y sociales producidos por la emergencia sanitaria del COVID-19.

ANTECEDENTES

El 22 de mayo de 2020, el Ministerio de Hacienda **remitió** al Consejo de Estado la Resolución n°. 1129 de 2020 para el control inmediato de legalidad. La Secretaría General de la Corporación **radicó** el asunto el 1º de junio de 2020 y el día siguiente lo **pasó** a Despacho. El 4 de junio de 2020, el Ministerio de Hacienda **envió** a la Corporación las Resoluciones n°. 1191 del 29 de mayo de 2020 y 1200 del 1º de junio de 2020, que modificaron la Resolución n°.1129. El 11 de junio de 2020, el consejero ponente **avocó** el conocimiento para decidir la legalidad de esos actos,

dispuso la publicación del aviso para intervención ciudadana, ordenó notificar al agente del Ministerio Público e invitó a unas instituciones para que presentaran concepto. El 30 de septiembre de 2020, el Despacho **acumuló el proceso** n°. 11001-03-15-000-2020-03739-0, porque la Resolución n°. 1242 de 2020 modificó la Resolución n°. 1129. El 30 de junio de 2020, el Ministerio de Hacienda **envió** a la Corporación la Resolución n°. 1331 de 2020, que modificó la Resolución n°. 1129 y el 3 diciembre el consejero ponente **avocó** su conocimiento. El Ministerio de Hacienda, en uso de las facultades de los Decretos Legislativos 639, 677 y 815 de 2020, expidió la Resolución n°. 1683 del 1º de septiembre de 2020, que modificó la Resolución n°. 1129. Como dicha entidad no la envió para el control inmediato de legalidad, el 3 diciembre se **aprehendió** de oficio el conocimiento.

En el plazo para las **intervenciones ciudadanas**, el Ministerio de Hacienda sostuvo que el Decreto Legislativo 639 de 2020 le encargó definir el método de cálculo de la disminución de ingresos, que habilita a los beneficiarios a recibir la ayuda (parágrafo 4 del artículo 2), y el proceso de restitución de los recursos del PAEF (parágrafo del artículo 8). Adujo que el PAEF es un programa social del Estado que otorga al beneficiario un aporte monetario mensual, hasta por tres veces, con el objeto de apoyar y proteger el empleo formal del país durante la pandemia del COVID-19, de modo que es una medida conexas, proporcional y necesaria para superar la crisis. El Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia, a través de los Doctores Jorge Eliécer Manrique Villanueva y Diana Carolina Fuquen Avella, afirmó que las resoluciones se ajustan a derecho. Expuso que, desde el punto de vista formal, las Resoluciones n°. 1129, 1191 y 1200 de 2020 cumplen los requisitos en cuanto a objeto, causa, motivo y finalidad. Añadió que también satisfacen el criterio de conexidad, porque tienen una relación directa con los Decretos Legislativos 639 y 677 de 2020 y desarrollan una de las medidas más importantes para conjurar la crisis derivada del COVID 19. La Asociación Colombiana de Agencias de Viajes y Turismo reiteró los argumentos anteriores. La Asociación Nacional de Empresarios -ANDI explicó que las resoluciones cumplen con los requisitos formales, guardan conexidad material y son razonables. El Ministerio Público **conceptuó** en favor de la legalidad de las resoluciones. Afirmó que los actos satisfacen los requisitos formales e insistió en los argumentos expuestos por los otros intervinientes. Frente a la Resolución n°. 1242 de 2020 señaló que no puede ser objeto de control inmediato de legalidad, porque se expidió por fuera del marco temporal del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce del control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general que se dictan en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, de conformidad con los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 -Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, LEEE- y 136 CPACA. Según estos preceptos, el Consejo de Estado ejerce el control de las medidas expedidas por las autoridades administrativas nacionales.

Medio de control procedente

2. El control inmediato de legalidad es el medio idóneo para verificar que las medidas generales expedidas por las autoridades administrativas, que desarrollan decretos legislativos, se ajustan al ordenamiento. Su propósito es impedir la aplicación de normas ilegales y limitar el poder de la Rama Ejecutiva durante un estado de excepción¹.

Al conceptuar, el agente del Ministerio Público sostuvo que no procedía el medio de control respecto de la Resolución n°. 1242 de 2020, pues se expidió por fuera de la vigencia del estado de excepción.

El inciso primero del artículo 215 CN prevé que el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica se podrá declarar por períodos de hasta treinta días, en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Durante ese lapso, el presidente de la República y sus ministros podrán dictar decretos con fuerza de ley destinados a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Este precepto lo retoma el artículo 46 LEEE. La facultad legislativa extraordinaria del Gobierno Nacional tiene una limitación temporal, pues durante los períodos de normalidad, por regla general, corresponde al Congreso - como representante del pueblo- hacer las leyes (arts. 3, 114, 133 y 150 CN).

¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994 [fundamento jurídico f, artículo 20].

Por ello, el Gobierno solo puede expedir los decretos legislativos durante la vigencia del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y el Congreso de la República, en esta modalidad de estado de excepción, podrá derogar o modificar dichos decretos dentro del año siguiente a la declaratoria de la emergencia. No obstante, los decretos legislativos que, de manera transitoria, establezcan o modifiquen tributos dejarán de regir al término de la vigencia fiscal siguiente, salvo que el Congreso les otorgue carácter permanente (art. 215 inciso tercero CN y arts. 47 y 49 LEEE).

Como los decretos legislativos expedidos durante el estado de emergencia tienen carácter permanente, con las salvedades anotadas, la facultad de la Administración para desarrollarlos en procura de su cumplida y correcta ejecución no tiene plazo, tampoco limitación temporal, es inagotable y le está atribuida de manera ordinaria. De modo que dicha facultad administrativa puede ejercerse en cualquier momento, como sucede con la potestad reglamentaria de las leyes en tiempos de normalidad². A su vez, el artículo 20 LEEE permite a las autoridades administrativas expedir los actos generales necesarios para el desarrollo de las disposiciones excepcionales de emergencia. Por demás, el artículo 136 CPACA no establece un límite temporal para la procedencia del control inmediato de legalidad³. En consecuencia, las Resoluciones n°. 1242, 1331 y 1683 de 2020 están sujetas a este mecanismo de fiscalización judicial.

Oportunidad del control

3. La autoridad administrativa que dicte un acto sujeto al control inmediato de legalidad deberá enviarlo al juez administrativo competente, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se envía, la jurisdicción de lo contencioso administrativo aprehenderá de oficio el conocimiento del acto (art. 20 LEEE). Como el 22 de mayo de 2020 y el 4 y 30 de junio siguientes, el Ministerio de Hacienda cumplió con el deber de enviar las Resoluciones n°. 1129, 1191, 1200, 1242 y 1331 de 2020 para el control inmediato de legalidad, la oportunidad para esta actuación judicial está satisfecha. La Resolución n°. 1683 del 1º de septiembre se aprehendió de oficio.

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de noviembre de 1999, Rad. 10158 [fundamento jurídico 3]. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 24 de agosto de 2000, Rad. 6096 [fundamento jurídico 2].

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión n°. 13, sentencia del 26 de octubre de 2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-02064-00 [fundamento jurídico 2.2].

II. Actos objeto de control

4. Las resoluciones controladas -en términos generales- indicaron que el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, mediante el Decreto 637 del 2020. Asimismo, que el Decreto Legislativo 639 de 2020, modificado por los Decretos Legislativos 677 y 815 de 2020, facultó al Ministerio de Hacienda para que determinara el método de cálculo de la disminución de los ingresos de los empleadores, estableciera el proceso y las condiciones a las que debían sujetarse las entidades financieras, la UGPP y en general todos los actores que participan en el PAEF, y definiera el proceso de restitución del aporte estatal del PAEF.

En desarrollo de los Decretos Legislativos 639 y 677 de 2020, la Resolución n°.1129 del 20 de mayo 2020, que definió la metodología del cálculo de la disminución de ingresos que habilita a los beneficiarios para recibir la ayuda, estableció el proceso y las condiciones a las que debían sujetarse las entidades financieras, la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP y, en general, todos los actores que participen en el PAEF. Fijó el procedimiento de restitución del aporte en los casos en que fuera necesario, junto con la facultad de expedir un Manual Operativo para establecer el detalle de este proceso, conforme a los decretos legislativos. También, dictó medidas accesorias como la socialización del programa, el uso de medios electrónicos y el fomento del control ciudadano.

La Resolución n°. 1191 del 29 de mayo de 2020 amplió el plazo de envío de la información, por parte de las entidades financieras a la UGPP para las postulaciones del mes de mayo, y la Resolución n°. 1200 del 1º de junio 2020: (i) amplió nuevamente el plazo que modificó la resolución anterior; (ii) extendió el término para que la UGPP enviara a las entidades financieras el concepto de conformidad de los beneficiarios que cumplían requisitos en el mes de mayo de 2020 y (iii) adicionó un párrafo transitorio al artículo 4 de la Resolución n°. 1129, con el fin de autorizar a la UGPP para que, en las validaciones de las postulaciones de los meses de junio y julio, correspondientes a las nóminas de mayo y junio respectivamente, incluyera los resultados de la auditoría a los análisis de conformidad expedidos en el mes anterior. Ello, para realizar los ajustes a que hubiera lugar y corregir los valores que hubieran sido certificados en exceso o en defecto.

El Ministerio de Hacienda, en Resolución n°. 1242 del 11 de junio de 2020: (i) modificó el procedimiento y calendario de postulación y plazos del programa para adaptarlo a la ampliación de la temporalidad del programa que dispuso el Decreto Legislativo 815 de 2020 (art. 5); (ii) adicionó un procedimiento para subsanar las postulaciones no procesadas o rechazadas por la UGPP, debido a errores operativos involuntarios no atribuibles a los posibles beneficiarios (art. 6); (iii) reguló la postulación de las personas naturales y jurídicas titulares de licencia de funcionamiento de establecimientos no oficiales de la educación formal (art. 2); (iv) reguló la postulación en los eventos de sustitución patronal (art. 3); (v) solucionó la situación de las personas naturales que, teniendo tres empleados, aparecieran con menos luego de cruzar la información entre el Registro Único de Afiliados -RUAF y la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes -PILA, debido al rezago propio en el proceso de movilidad de la afiliación y (vi) agregó que el Manual Operativo podría incluir el procedimiento para atender ajustes relacionados con fallas en la operatividad de los mecanismos de captura e intercambio de información de bases de datos para la verificación de condiciones de los potenciales beneficiarios, para los meses siguientes de operación del programa (art. 7).

La Resolución n°. 1331 del 26 de junio de 2020: (i) eliminó la restricción que imponía el parágrafo 2 del artículo 2 de la Resolución 1129, para que, quienes contaran con productos en más de una entidad financiera pudieran escoger libremente una de ellas para realizar todas las postulaciones (art. 1), (ii) indicó la fecha máxima para que la UGPP adelantara la revisión de las postulaciones que requerían la renovación del registro mercantil (art. 2), (iii) aclaró la forma de evaluación de las postulaciones que acreditaran sustituciones de empleador (art. 4) y le dio celeridad al proceso de reintegro de recursos (art. 5). A su vez, la Resolución n°. 1683 del 1º de septiembre de 2020 modificó el parágrafo del artículo 11 de la Resolución 1129, al permitir que el Manual Operativo previera el procedimiento para atender ajustes relacionados con posibles fallas, atribuibles a las entidades financieras y que hubieran resultado en postulaciones no procesadas o rechazadas por la UGPP, para todos los meses del programa.

III. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si las Resoluciones n°.1129 del 20 y 1191 del 29 de mayo, 1200 del 1º, 1242 del 11 y 1331 del 26 de junio y 1683 del 1º de septiembre del 2020, expedidas por el Ministerio de Hacienda, se ajustan a los

preceptos que le sirven de fundamento y si existe una relación de conexidad entre lo que esos actos disponen y los motivos que dieron lugar al estado de excepción.

IV. Análisis de la Sala

El alcance del control inmediato de legalidad y el efecto de sus fallos

5. El control inmediato de legalidad está instituido para fiscalizar los actos administrativos de carácter general, expedidos en desarrollo de decretos legislativos. Como el estado de excepción no implica la supresión del Estado de derecho, la actividad de la Administración, en el ejercicio de las facultades excepcionales, sigue sometida al ordenamiento jurídico (art. 7 LEEE).

El control inmediato de legalidad comprende el análisis de la existencia de una relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto sujeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Asimismo, el control implica confrontar el acto con las normas superiores que le sirven de fundamento, es decir, los mandatos constitucionales que regulan los estados de excepción (arts. 212 a 215), la LEEE, el decreto de declaratoria del estado de excepción y el decreto legislativo que desarrolla (art. 8 LEEE).

El control inmediato de legalidad tiene un carácter jurisdiccional, automático y oficioso, que se extiende a verificar la competencia de la autoridad que expidió el acto sujeto de control, la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la sujeción a las formas. Al controlar el acto, el juez debe determinar si la medida administrativa es proporcional con la gravedad del hecho que pretende conjurar (arts. 9, 10, 11, 13 y 20 LEEE).

6. Con todo, el control inmediato de legalidad, como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley (art. 230 CN). De allí que la confrontación del acto con el ordenamiento que le sirve de sustento no puede extenderse a otras materias, por ejemplo, a reemplazar la legítima discrecionalidad administrativa -que en un estado de excepción está limitada por los postulados de necesidad, finalidad, proporcionalidad, conexidad y debida motivación de las decisiones- por una inconstitucional "discrecionalidad judicial".

Una justicia extraviada en la Administración no solo contraviene la separación del

poder público, sino que impide la adopción y ejecución de medidas administrativas que, precisamente, deben ser eficaces y oportunas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos (arts. 113 y 215.2 CN). En democracia, como la soberanía solo reside en la ley, el juez no puede -so pretexto de la defensa de los derechos- asumir competencias que el pueblo -a través de la ley- no le ha dado. El juez no está exceptuado del cumplimiento de la ley, por el contrario, debe dar ejemplo de obediencia a sus mandatos inexorables.

7. La evaluación de la juridicidad del acto sujeto a control se hace respecto de todos los preceptos superiores del ordenamiento jurídico relacionados con la materia. Así, se debe confrontar el acto con la normativa propia del estado de excepción. No obstante, si el juez advierte que el acto vulnera cualquier otra norma que no haya sido suspendida o derogada por las disposiciones excepcionales con fuerza de ley, procederá a declarar la ilegalidad del acto.

Aunque el control inmediato de legalidad tiene un carácter integral, no puede fundarse en los mismos parámetros del control que ejerce la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción (artículos. 241.7 y 215, párrafo, CN). No es lo mismo confrontar una norma legal de excepción con un número finito de disposiciones - como los artículos de la Constitución-, que verificar la legalidad de un acto administrativo en relación con el “resto del ordenamiento jurídico”. De allí que, si bien el control automático es integral -por ello el juez estudia la forma y la materia del acto-, no es viable verificar la legalidad de una resolución administrativa frente a todo el ordenamiento.

Por ello, lo decidido en el control inmediato de legalidad no cierra la posibilidad de que el acto pueda ser sometido a otro estudio de legalidad en el futuro, a través del medio de control de nulidad que cualquier persona formule por razones diferentes a las analizadas en el control automático. De modo que, si la medida administrativa controlada se encuentra ajustada a derecho o si se llega a decretar la nulidad de algunos de sus preceptos, aunque este fallo tiene efecto *erga omnes* -oponible a todos y contra todos-, la decisión tiene el carácter de cosa juzgada relativa. La sentencia solo es definitiva frente a los aspectos analizados y decididos, en virtud del control inmediato de legalidad⁴.

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad. n°. 11001-03-15-000-2010-00196-00 [fundamento jurídico 3].

Examen formal de las resoluciones n°. 1129, 1191, 1200, 1242, 1331 y 1683 de 2020 del Ministerio de Hacienda

Cuestión previa

8. De conformidad con el numeral 5 del artículo 91 CPACA, que retomó el artículo 66.2 CCA, un acto administrativo en firme pierde fuerza ejecutoria y obligatoriedad si deja de tener vigencia. El decaimiento del acto administrativo es, pues, una suerte de “extinción” de la decisión administrativa. La configuración del decaimiento del acto administrativo no impide juzgar su legalidad, según las normas vigentes al tiempo de su expedición, pues solo opera hacia el futuro⁵.

Como las Resoluciones n°.1129, 1191, 1200, 1242, 1331 y 1683 de 2020 perdieron fuerza ejecutoria, porque fueron subrogadas por la Resolución 2162 de 2020⁶, que se expidió después de que el Congreso de la República, por medio de la Ley 2060 del 22 de octubre de 2020, ampliara el Programa de Apoyo al Empleo Formal-PAEF hasta marzo de 2021 y le introdujera modificaciones, los actos son susceptibles de control inmediato de legalidad durante el lapso en que produjeron efectos.

Competencia

9. El artículo 208 CN establece que los ministros, bajo la dirección del presidente de la República, son los jefes de la Administración en su respectivo ramo y les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley. En consonancia, los numerales 4 y 6 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998 establecen que los ministerios -en tanto órganos de la Administración nacional centralizada- tienen facultades para: (i) preparar los anteproyectos de planes o programas de inversiones y otros desembolsos públicos correspondientes a su sector y los planes de desarrollo administrativo del ramo y (ii) participar en la formulación de la política del gobierno en los temas que le correspondan y adelantar su ejecución.

El numeral 4 del artículo 3 del Decreto 4712 de 2008, por el cual se modifica la

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, Rad. 19526 [fundamento jurídico 3] en en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 79-80, disponible en: <https://cutt.ly/Akqynhf>.

⁶ Cfr. Resolución 2162 de 13 de noviembre de 2020 (ugpp.gov.co), disponible en www.bancoagrario.gov.co/Documents/Resolucion_2162_del_13_11_2020_PAEF.pdf

estructura del Ministerio de Hacienda, establece que a esta entidad le compete expedir las resoluciones, circulares y demás actos administrativos de carácter general o particular, necesarios para el cumplimiento de sus funciones y el numeral 5 de ese artículo señala que debe cumplir las funciones y atender los servicios que le están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para el efecto. El ministro de Hacienda es, pues, la primera autoridad administrativa de la entidad y ejerce las funciones establecidas en el Decreto 4712 de 2008, tales como expedir los actos administrativos que le correspondan (art. 6.33).

Con esta perspectiva, el Decreto Legislativo 639 de 2020, modificado por los Decretos Legislativos 677 y 815 de 2020, facultó al Ministerio de Hacienda para que, mediante acto administrativo, determinara el método de cálculo de la disminución en ingresos (art. 2, párrafo 4), estableciera el proceso y las condiciones a las que deberían sujetarse las entidades financieras involucradas, la UGPP y en general todos los actores involucrados en el PAEF (art. 4, párrafo 2), y definiera el proceso de restitución del aporte estatal del PAEF (art. 8, párrafo). De modo que, el ministro de Hacienda expidió las resoluciones controladas, en cumplimiento de sus funciones y en el marco de sus competencias, especialmente las conferidas por los decretos legislativos señalados.

Formalidades

10. El ministro de Hacienda suscribió las resoluciones controladas. Respecto de otras formalidades, que no tienen carácter sustancial, los actos administrativos cumplen con los elementos que permiten su individualización: (i) encabezado con número y están fechados; (ii) epígrafe que da cuenta del objeto de las resoluciones; (iii) la autoridad invocó las normas de las que derivó su competencia para expedir las resoluciones y refirió el precepto que sirvió de sustento para la medida; (iv) tiene una parte resolutive; (v) algunas tienen derogatorias, pues suprimen o modifican resoluciones anteriores.

Examen material de las Resoluciones n°. 1129, 1191, 1200, 1242, 1331 y 1683 de 2020 del Ministerio de Hacienda

Conexidad

11. El Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. El precepto señaló que los efectos económicos negativos del COVID-19 imponían la adopción de medidas para mantener y proteger el empleo, entre otras, algunas que permitieran al Estado contribuir en el financiamiento y pago de parte de las obligaciones laborales a cargo de los empleadores⁷.

Al efecto, el decreto refirió, en primer lugar, los hechos acaecidos antes del 17 de marzo de 2020 que motivaron la declaración del estado de emergencia económica, social y ecológica a través del Decreto 417 de 2020, los cuales fueron verificados y analizados por la Sentencia C-145 de 2020. En segundo lugar, el decreto aludió que el comportamiento del virus y sus proyecciones epidemiológicas eran altamente inciertas y no era posible prever la duración de las medidas sanitarias, lo que repercutía en incertidumbre económica y social. Agregó que la situación sanitaria era significativamente peor que la existente el 17 de marzo de 2020, que la actividad comercial e industrial había tenido graves afectaciones, en especial en sectores como el turismo y el transporte aéreo, y que desde la perspectiva de las finanzas estatales se había presentado una disminución de los ingresos y un aumento de los gastos.

Los Decretos Legislativos 639, 677 y 815 de 2020, expedidos en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 de 2020, crearon y regularon el programa de apoyo al empleo formal -PAEF, que consiste en un aporte monetario mensual de naturaleza estatal a los empleadores que demostraran una reducción del 20% o más de sus ingresos, por motivo de las medidas adoptadas para enfrentar la pandemia del COVID-19, para proteger y apoyar el empleo formal del país. La Corte Constitucional consideró que había conexidad entre el PAEF y el Estado de Emergencia declarado en el Decreto 637 de 2020⁸.

Las Resoluciones n°.1129, 1191, 1200, 1242, 1331 y 1683 de 2020 desarrollaron los mencionados decretos legislativos para hacer operativo el PAEF, plan que persigue mitigar los efectos adversos de la pandemia en la economía y el empleo. Por ello, es claro que existe una relación de conexidad entre estos actos y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, social y

⁷ La Corte Constitucional declaró exequible el Decreto 637 de 2020 mediante sentencia C-307 de 2020 [fundamento jurídico 4.5.2].

⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-458 de 2020 [fundamento jurídico 73-75].

ecológica.

12. El artículo 355 CN -en armonía con el artículo 136.4 CN- dispone que ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Sin embargo, dicho mandato constitucional prevé que el Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales.

De modo que la Constitución, por una parte, prohíbe el contrato de donación entre las entidades del Estado y los particulares, esto es, la transferencia -gratuita e irrevocable- por una parte de los bienes de una persona a otra que la acepta (art. 1443 CC) con la pretensión de evitar cualquier desviación de los dineros del erario. Por otra parte, autoriza una excepción mediante la asignación de recursos por otro contrato, al que regula con detalle: el contratista será cualificado (entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad); el objeto del contrato de asignación de recursos debe servir al interés público y el contrato debe sujetarse a la ley del Plan Nacional de Desarrollo.

A su vez, el artículo 368 CN incluye otra excepción a dicha prohibición, al disponer que la Nación, los departamentos, los municipios y las entidades descentralizadas concederán subsidios (como deber y no como una facultad -por su puesto- de acuerdo con sus capacidades), en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas (*consumo básico de subsistencia*, como materialización de los enunciados sociales del Estado en el ámbito de los servicios públicos)⁹.

Además, la prohibición establecida en el artículo 355 CN no es absoluta¹⁰, ya que esa norma se restringe a los actos de mera liberalidad y no aplica en los que esté

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-566 de 1995 [fundamento jurídico 4]. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2006 Rad. 66001-23-31-000-2004-00543-01(AP) [fundamento jurídico 1], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017* Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 56 a 57, disponible en: <https://cutt.ly/Akqynhf> y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de junio de 2008, Rad. 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP) [fundamento jurídico 7.9].

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-316 de 1995 [fundamento jurídico 3] y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 13 de mayo de 1996 Rad. 800 [fundamento jurídico III];.

comprometida la garantía de derechos sociales. Es decir, si la cesión gratuita cuenta con un fundamento constitucional expreso (por ejemplo, financiación de vivienda de interés social, art. 51¹¹), no configura una donación prohibida, sino que -por el contrario- responde al cumplimiento de los fines sociales del Estado¹².

Por ello, la Corte Constitucional estimó que el aporte estatal creado por el Decreto Legislativo 639 de 2020 no está prohibido por el artículo 355 CN, al considerar que se trata del ejercicio de la facultad de intervención del Estado en la economía y no de su mera liberalidad, ya que es una herramienta para garantizar el postulado constitucional del pleno empleo durante la crisis generada por la pandemia¹³.

Programa de apoyo al empleo formal PAEF

13. Como las Resoluciones n°. 1129, 1191, 1200, 1242, 1331 y 1683 del Ministerio de Hacienda fueron expedidas en desarrollo de los Decretos Legislativos 639, 677 y 815 de 2020, es necesario sintetizar el contenido de estos y el alcance de los distintos fallos de constitucionalidad, para luego adelantar el examen material de las resoluciones que se controlan.

13.1 El Decreto Legislativo 639 del 8 mayo de 2020 creó el PAEF, como un programa social del Estado que otorga al beneficiario un aporte monetario mensual de naturaleza estatal para mitigar los efectos del virus en la economía, inicialmente hasta por tres veces, con cargo a los recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias-FOME, para apoyar y proteger el empleo formal del país durante la pandemia del coronavirus COVID-19.

El Decreto Legislativo 639 de 2020 consta de 13 artículos que pueden ser agrupados en tres componentes:

(i) La medida central, su naturaleza, características y elementos: naturaleza del programa (art. 1), beneficiarios (art. 2), cuantía del aporte (art. 3), la temporalidad del subsidio (art. 5), la frecuencia del aporte (art. 6) y las causales de restitución de este (art. 8).

(ii) Los procedimientos administrativos que se requieren para acceder y operar el

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 marzo de 2008, Rad. 16.613 [fundamento jurídico 3].

¹² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-251 de 1996 [fundamento jurídico 5], sentencia C-205 de 1995, [fundamento jurídico E].

¹³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-458 de 2020 [fundamento jurídico 93].

programa: procedimiento de postulación (art. 4), la facultad del Ministerio de Hacienda para fijar el procedimiento de restitución del aporte (art. 8 párrafo) y la habilitación de canales virtuales y medios electrónicos para la operación del programa (art. 12).

(iii) Medidas accesorias que facilitan la materialización y la finalidad del PAEF: responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal (art. 4 párrafo 3); habilitación para que el Ministerio de Hacienda suscriba o modifique los convenios con los operadores bancarios para el pago del aporte; facultad para que las autoridades públicas o los privados, que intervienen en la gestión del programa, manejen los datos de los postulantes y beneficiarios (art. 9); exención del gravamen a los movimientos financieros-GMF sobre el traslado de recurso del aporte entre Estado-entidad financiera y entidad financiera-beneficiario y exclusión del IVA en la comisión o servicio que se cobre en la dispersión de los recursos (art. 10) y la inembargabilidad, destinación específica de los dineros del aporte monetario y autorización de descuentos de nómina a los trabajadores (art. 11).

La Corte Constitucional declaró exequible el Decreto Legislativo 639 de 2020 con las siguientes excepciones y condicionamientos:

(i) Inexequible la expresión “en el que conste que el postulante es contribuyente del Régimen Tributario Especial”, contenida en el párrafo 1º del artículo 2. Este segmento normativo limitaba el beneficio a las entidades sin ánimo de lucro - ESAL, que hicieran parte del Régimen Tributario Especial. La Corte consideró que no estaba justificado que las ESAL que pertenecieran al régimen tributario ordinario estuvieran excluidas del programa, por cuanto también podían tener una disminución de sus ingresos que pusiera en peligro la estabilidad de los empleos y cumplir con todos los requisitos¹⁴.

(ii) Exequible el numeral 1º del artículo 2, en el entendido que el beneficio aplica para las personas jurídicas constituidas antes de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, esto es, 6 de mayo de 2020. La Corte consideró que el límite temporal que fijaba la norma, 1º de enero de 2020, excluía de forma injustificada a aquellas empresas constituidas entre esa fecha y la declaratoria del estado de excepción¹⁵.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-458 de 2020 [fundamento jurídico 129].

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-458 de 2020 [fundamento jurídico 143].

(iii) Exequible el numeral 2º del artículo 2, bajo el entendido que la persona que no estuviera obligada a inscribirse en el registro mercantil pudiera demostrar su calidad de empleador mediante la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes - PILA¹⁶.

(iv) Exequible el párrafo 2º del artículo 2, bajo el entendido que se aceptarán los productos de depósito, no solo de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, sino también por las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria, con el fin de ampliar los beneficiarios y facilitar el acceso al programa (este aspecto será modificado por el Decreto Legislativo 677 de 2020)¹⁷.

13.2 El Decreto Legislativo 677 del 19 de mayo de 2020 modificó el Decreto Legislativo 639 para: (i) incluir como beneficiarios a las personas naturales inscritas en el registro mercantil, a los consorcios y a las uniones temporales (art. 1); (ii) establecer como beneficiarios a quienes tengan un producto de depósito en entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria (art. 1, párrafo 2); (iii) determinar que sólo serán beneficiarias las ESAL obligadas a presentar declaración de renta o en su defecto declaración de ingresos y patrimonio, o reporte de información exógena en medios magnéticos por el año gravable 2019 (art. 1, párrafo 1); (iv) ampliar el plazo de fiscalización de la UGPP de 1 a 3 años (art. 1, párrafo 5); (v) excluir como beneficiarios del programa a las personas expuestas políticamente-PEP y a su círculo más cercano y aquellas personas naturales que tengan menos de tres empleados reportados en la PILA (art. 1, párrafo 7); (vi) ordenar a las cámaras de comercio que permitan a la UGPP y a las entidades financieras la interoperabilidad y el acceso a los sistemas de información (art. 1, párrafo 9), (vii) modificar la metodología para acreditar el número de empleados (art. 2) y (viii) eximir de responsabilidad a los servidores públicos, en los eventos de desembolso del aporte sin cumplimiento de los requisitos (art. 3).

La Corte Constitucional siguió los lineamientos de la sentencia C-458 de 2020 y la adoptó como parámetro del control del Decreto Legislativo 677 de 2020, que declaró exequible, en sentencia C-459 de 2020, con las siguientes excepciones y condicionamientos:

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-458 de 2020 [fundamento jurídico 161].

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-458 de 2020 [fundamento jurídico 181].

(i) 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. La Corte Constitucional consideró que la exclusión de algunas ESAL implicaba una afectación desproporcionada del derecho a la igualdad y del derecho al trabajo de sus empleados¹⁸. Asimismo, condicionó el precepto del PAEF para que todas las ESAL, sin distinción, puedan acceder al programa si cumplen los requisitos.

(ii) Exequibles las expresiones “La configuración de estos supuestos no implica responsabilidad para quienes participen en la implementación de este programa”, contenidas en el artículo 3º bajo el entendido que 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 debe tener en cuenta las condiciones de apremio y urgencia en las que se enmarca la implementación del programa¹⁹.

13.3 El Decreto Legislativo 815 del 4 de junio de 2020: (i) aumentó a cuatro las veces en que se podía entregar el aporte monetario mensual (art.1, 2, 4 y 5); (ii) agregó como beneficiarios del PAEF a las personas jurídicas y naturales titulares de licencia de funcionamiento de establecimientos educativos no oficiales de la educación formal y a la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana (art. 2, párrafo 1); (iii) reguló la cobertura del aporte en los eventos en los que medie una sustitución de empleador (art. 3, párrafo 4) y (iv) excluyó de la retención en la fuente los pagos o abonos en cuenta que hayan realizado o realicen las entidades financieras a los beneficiarios del PAEF, sin que dichos ingresos se encuentren exentos del impuesto sobre la renta (art. 6). La Corte Constitucional, en sentencia C-460 de 2020, declaró exequible este decreto legislativo con las mismas salvedades contenidas en las sentencias C-458 y 459 de 2020.

Resumido el contenido de los Decretos Legislativos 639, 677 y 815 de 2020 y sus sentencias de constitucionalidad, procede la Sala a abordar el examen de las resoluciones objeto de control.

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-459 de 2020 [fundamento jurídico 165].

¹⁹ *Ibidem* [fundamento jurídico 111].

Resolución n°. 1129 de 2020 y sus modificaciones contenidas en las Resoluciones n°. 1191, 1200, 1242, 1331 y 1683 de 2020

14. Para el estudio del articulado de la Resolución n°. 1129 de 2020 -junto con sus modificaciones y adiciones- se retomará el esquema propuesto en el fundamento 13.1:

14.1 La medida central, su naturaleza, características, elementos y requisitos. En este grupo se analizarán los artículos 1, 3 y 4 y los párrafos 6 y 7 del artículo 2 de la Resolución n° 1129 de 2020.

El artículo 1º establece que quienes se postulen y cumplan los requisitos del Decreto Legislativo 639, recibirán un aporte, por empleado, de \$351.000, suma que corresponde al 39,9% del salario mínimo legal mensual vigente para 2020²⁰. Este precepto es consonante con lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto Legislativo 639, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 677 de 2020, que prevé que la cuantía del aporte corresponde al número de empleados multiplicado por “hasta el cuarenta por ciento (40%) del valor del salario mínimo legal vigente”.

El párrafo 6 del artículo 2 (modificado por el artículo 1 de la Resolución n°. 1242 de 2020) señala que no podrán acceder al programa las personas naturales que tengan menos de tres empleados en la PILA y las personas expuestas políticamente-PEP. Esta norma reproduce lo dispuesto por el numeral 1º del párrafo 7 del artículo 2 del Decreto Legislativo 639, modificado por el artículo del Decreto Legislativo 677, que excluyó del PAEF a las personas naturales que se encontraran en estas dos situaciones²¹.

El artículo 3 de la resolución controlada prescribe el método de cálculo de la disminución del 20% de los ingresos de los empleadores beneficiarios del programa, así: (i) que la disminución se verifique al comparar los ingresos del mes anterior al de la solicitud con el mismo mes del año 2019; (ii) que la disminución se verifique al comparar los ingresos del mes anterior al de la solicitud con el promedio aritmético de ingresos de enero y febrero de 2020. Esta metodología respeta los postulados legales del PAEF y cumple con la finalidad del párrafo 4 del artículo 2

²⁰ El salario mínimo de 2020 fue \$ 877.803

²¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-459 de 2020 [fundamento jurídico 143 y 150].

del Decreto Legislativo 639, que facultó al Ministerio de Hacienda para establecer el método con el que los beneficiarios deben demostrar la disminución de ingresos. No obstante, en la aplicación de este método los actores del PAEF están sujetos a la exequibilidad condicionada del numeral 1º del artículo 2 del Decreto Legislativo 677 de 2020, en el entendido que el beneficio también procede para las personas jurídicas constituidas antes de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el 6 de mayo de 2020²².

Los párrafos 1, 2, 3, 4 y 5 (adicionado por el artículo 3 de la Resolución nº. 1242 de 2020) del artículo 3 se ocupan de aspectos operativos relacionados con la aplicación de los marcos técnicos normativos contables de la realización del ingreso; la postulación para las cooperativas de trabajo asociado o empresas de servicios temporales y la forma de determinar la disminución de ingresos en los casos de sustitución patronal. Estos párrafos desarrollan la competencia otorgada por el párrafo 4 del artículo 2 del Decreto Legislativo 639 y, en particular, el párrafo 5 se ocupa del evento de sustitución de empleador adicionado al PAEF por el artículo 3 del Decreto Legislativo 815 de 2020.

El artículo 4 de la Resolución nº. 1129 fija las reglas para la verificación y cálculo del aporte estatal por parte de la UGPP. En primer lugar, el numeral 1º de este artículo establece que para la determinación del número de empleados a cargo del postulante se tendrá en cuenta la nómina de febrero de 2020 y que no serían tenidas en cuenta las modificaciones realizadas a la PILA después de la expedición del Decreto Legislativo 639 del 8 de mayo de 2020, ni los cotizantes que para esa fecha no aparecieran afiliados como empleados de la empresa que solicita el subsidio. Esta norma está en consonancia con lo dispuesto por el párrafo 1 y 2 del artículo 3 del Decreto Legislativo 639, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 677, los cuales fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional.

El numeral 2 del artículo 4 de la resolución controlada fija unos criterios para que la UGPP tenga en cuenta para la determinación del número de empleados, tales como que el ingreso base de cotización sea, por lo menos, de un SMLMV, que hayan cotizado el mes completo, que los cotizantes aparezcan como empleados de la empresa que solicita el subsidio, que no se les haya aplicado la novedad de suspensión del contrato o licencia no remunerada, entre otros. Estos criterios

²² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-459 de 2020 [fundamento jurídico 143].

también se ajustan a las normas superiores en las que se fundan, pues ya estaban contenidos en los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo 639 de 2020.

El resto del artículo 4 de la resolución controlada contiene instrucciones para la UGPP: llevar un registro consolidado de los beneficiarios y el número de empleos que se protegen (párrafo 1); seguir verificando el cumplimiento de requisitos dentro de las labores de fiscalización que adelante durante los tres años siguientes al programa (párrafo 2); adelantar el cobro coactivo contra los beneficiarios que recibieron el aporte sin cumplir requisitos (párrafo 3); asignar de forma aleatoria los nuevos empleados cuando haya discrepancia entre el total de los registrados el mes anterior y los tenidos en cuenta en la nómina de febrero (párrafo 4); solicitar, en caso de ser necesario, a las entidades financieras los documentos de soporte de las postulaciones, los cuales deben ser conservados por tres años (párrafo 5) e incluir tanto al empleador sustituto como el sustituido para efectos de verificar el número de empleados beneficiados (párrafo 6, adicionado por el artículo 4 de la Resolución n°. 1331 de 2020). Como todas estas actividades a cargo de la UGPP son coherentes con la labor de fiscalización que le fue asignada en el PAEF y reproducen lo contenido en los párrafos 5 y 9 del artículo 2 y párrafos 3, 4 y 5 del Decreto Legislativo 639 de 2020, también se encuentran ajustadas a las normas superiores.

14.2 Los procedimientos administrativos que se requieren para acceder y operar el programa. En este grupo se analizarán los artículos 2, 5, 6, 7 y 9 de la Resolución n°. 1129 de 2020.

El artículo 2 de la Resolución n°.1129 prevé los documentos para la postulación al programa, requisito necesario para acceder al beneficio. El numeral 1º de este artículo se refiere a un formulario estandarizado, elaborado por la UGPP y puesto a disposición de los beneficiarios a través de las entidades financieras, donde se consigna la información del solicitante. El numeral 2 establece como exigencia una certificación en la que conste la disminución del 20% de los ingresos del empleador y la identificación de los empleados por los que se recibirá el subsidio. En relación con estos documentos, no se advierte contradicción frente a lo dispuesto por las normas superiores, pues se limitan a reproducir el contenido del artículo 4 del Decreto Legislativo 639 de 2020.

El párrafo 1 del artículo 2 exige, para el caso de las ESAL, la presentación de la copia del Registro Único Tributario -RUT, requisito que reproduce el numeral 1 del párrafo 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo 639 de 2020, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 815 de 2020.

Los párrafos 2 (modificado por el artículo 1 de la Resolución n°. 1331 de 2020), 3, 4, 5 y 8 del artículo 2 regulan asuntos operativos: ante qué entidad financiera se debe realizar el procedimiento de postulación en los casos en que el eventual beneficiario cuente con productos de depósito en varias de ellas o cuando sean deudores de líneas de crédito para nómina garantizadas por el Fondo Nacional de Garantías, así como el trámite en los casos en que el beneficiario se encuentre en proceso de reestructuración o liquidación y las alternativas para firmar la solicitud. Estas normas son de mero procedimiento y se enmarcan en la competencia que recibió el Ministerio de Hacienda para establecer el proceso y las condiciones a las que deben sujetarse todos los actores del programa, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 4 del Decreto Legislativo 639 de 2020.

Por su parte, el párrafo 7 del artículo 2 determina que las personas naturales o jurídicas que integren 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. Esta norma reproduce lo dispuesto por el párrafo 8 del artículo 2 del Decreto Legislativo 639, modificado por el artículo 1º del Decreto Legislativo 677 de 2020. A su vez, el párrafo 9 del artículo 2 (adicionado por el artículo 2 de la Resolución n°. 1242 de 2020) reproduce el numeral 2 del párrafo 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo 639 de 2020, en cuanto dispone que el Ministerio de Educación deberá enviar a la UGPP el listado de establecimientos educativos que cuenten con licencia de funcionamiento de educación formal.

El párrafo 10 del artículo 2 (adicionado por el artículo 2 de la Resolución n°. 1331 de 2020) señala que para la renovación del registro mercantil se tomará como plazo máximo la fecha límite de postulación ante las entidades financieras de cada uno de los meses. Esta norma es coherente con la extensión del plazo que, para ese trámite, dispuso el artículo 1 del Decreto Legislativo 434 de 2020, que pospuso la renovación del registro mercantil hasta el 3 de julio de 2020. Aunque la Resolución n°. 1131 autoriza que la renovación del registro mercantil pueda hacerse con posterioridad a esta última fecha -respecto del año 2020-, la

Sala estima que el plazo de la resolución controlada no desconoce el Decreto Legislativo 434 de 2020, pues la posibilidad de renovación de dicho registro, con posterioridad al 3 de julio de 2020, se concede exclusivamente para acceder al programa y para efectos de cumplir el requisito del numeral 2 del artículo 2 del Decreto Legislativo 639 de 2020.

El artículo 5 de la Resolución nº. 1129 (modificado por el artículo 5 de la Resolución nº. 1242 de 2020) desarrolla el proceso, calendario de postulación y plazos del programa. El proceso inicia con la recepción de los documentos por parte de las entidades financieras, que deben revisar que se encuentren completos y firmados. Luego las solicitudes son remitidas a la UGPP, que debe expedir un concepto de conformidad con el número e identificación de los cotizantes con contrato laboral que serán subsidiados y remitirlo de vuelta a las entidades financieras, que, a su vez, enviarán al Ministerio de Hacienda una cuenta de cobro acompañada del concepto de conformidad y la indicación de la cuenta del Banco de la República en la que se depositarán los recursos. La Dirección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda consigna el aporte en dicha cuenta, desde la cual las entidades financieras lo distribuyen hacia los beneficiarios. La norma establece plazos perentorios en cada uno de los pasos descritos.

Asimismo, el artículo 6 de la Resolución nº. 1242 de 2020 adiciona el artículo 5-1 a la Resolución nº. 1129, para establecer un proceso y calendario de trámite y pago de postulaciones no procesadas o rechazadas por la UGPP a causa de errores operativos involuntarios atribuibles únicamente a las entidades financieras. Este nuevo procedimiento es necesario para permitir a los beneficiarios -excluidos del programa por errores no atribuibles a ellos- el acceso a la ayuda. Al expediente de este proceso se allegaron las comunicaciones de algunos bancos, en las que informaron al Ministerio de Hacienda sobre los errores involuntarios cometidos con algunos postulantes, lo que da cuenta de la realidad de los motivos del calendario establecido por el artículo 5-1 de la Resolución nº 1129 (adicionado por el artículo 6 de la Resolución nº. 1242).

Este procedimiento -tanto el calendario ordinario como el diseñado para los excluidos del programa por errores de las entidades financieras- persigue el acceso efectivo al programa y facilita la entrega del subsidio a las empresas que tuvieron una disminución de sus ingresos por motivo de la pandemia. De modo

que no se advierte contradicción alguna entre los artículos 5 y 5-1 de la resolución controlada y el Decreto Legislativo 639 de 2020 y sus modificaciones.

El artículo 6 de la Resolución nº 1129 (modificado por el artículo 5 de la Resolución nº. 1331 de 2020) dispone que las entidades financieras deben indicar a los postulantes el procedimiento de restitución de recursos cuando sea procedente, así como la forma en que estos deben ser restituidos a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda. Este artículo desarrolla la obligación de restitución del aporte estatal del PAEF, contenida en el artículo 8 del Decreto Legislativo 639 de 2020 y, en concreto, del párrafo de esa norma que autorizó al Ministerio de Hacienda para reglamentar el procedimiento de restitución de los aportes. Así, no se encuentra contradicción entre la resolución y la norma superior.

El artículo 7 de la resolución controlada se refiere a la obligación de las entidades financieras de certificar con destino a la UGPP la efectiva dispersión de los recursos y el monto abonado a cada beneficiario, así como el procedimiento de devolución, en caso de que los recursos no hubieran podido ser dispersados, el cual incluye un reporte que discrimine los beneficiarios y las razones por las cuales no se pudo entregar el aporte. Esta medida persigue la correcta destinación de los dineros del programa y su fiscalización. Se ajusta al Decreto Legislativo 639 de 2020.

Como el artículo 9 de la resolución reproduce el artículo 12 del Decreto Legislativo 639 de 2020, que promueve el uso de canales virtuales y medios electrónicos por parte de los actores involucrados en el PAEF, también se encuentra conforme a las normas superiores.

14.3 Medidas accesorias que facilitan la materialización y cumplimiento de la finalidad del PAEF. En este grupo se analizarán los artículos 8, 10 y 11 de la Resolución nº 1129.

Los artículos 8 y 10 establecen, en su orden, la socialización, comunicación y la publicidad para fomentar el control ciudadano. Todos los actores del programa deben gestionar la socialización del programa y la UGPP debe publicar en su portal web la información del PAEF, así como sus beneficiarios y el número de trabajadores subsidiados. Estas medidas facilitan la transparencia de la

información relacionada con el manejo de recursos públicos y el control ciudadano. También, están acordes con la normativa ordinaria, esto es, los artículos. 3 numeral 9 y 8 CPACA.

El artículo 11 de la Resolución n°. 1129 de 2020 determina que el Ministerio de Hacienda debe elaborar un Manual Operativo con carácter vinculante, que establezca el detalle del mecanismo de transferencia, la certificación, restitución y devolución de recursos. El artículo 7 de la Resolución n°. 1242, modificado por el artículo 1º de la Resolución 1683, adiciona un párrafo a este mandato para que en el Manual Operativo también se establezca el procedimiento para corregir posibles fallas de los mecanismos de captura e intercambio de información y conformación de bases de datos para la verificación de potenciales beneficiarios.

La competencia para expedir el Manual Operativo se encuentra en los decretos legislativos que desarrollan las resoluciones controladas. En efecto, el párrafo 2 del artículo 4 y el párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 639 de 2020 facultan al Ministerio de Hacienda para establecer el proceso y las condiciones a las que se sujetan las entidades financieras involucradas, la UGPP y, de manera general, todos los actores que participan en este programa, así como el proceso de restitución del aporte estatal.

El Ministerio de Hacienda tiene, pues, la facultad legal para determinar el contenido del Manual Operativo de que trata el artículo 11 de la Resolución n°. 1129, ya que la corrección de fallas en los mecanismos de intercambio de información para la verificación de los requisitos de los beneficiarios y el detalle operativo del mecanismo de transferencia y la certificación, restitución y devolución de recursos (contenido del Manual Operativo) son aspectos consonantes con el párrafo 2 del artículo 4 y con el párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 639 de 2020.

En conclusión, la Resolución n°.1129 y las modificaciones y adiciones realizadas por las Resoluciones n°.1191, 1200, 1242, 1331 y 1683 se ajustan a lo dispuesto por los preceptos extraordinarios -Decretos Legislativos 637, 639, 677 y 815 de 2020-, expedidos con ocasión de la emergencia económica, social y ecológica.

15. Los actos están acordes con la motivación que llevó a la declaratoria del estado de excepción ante la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 y

con las razones que justificaron la expedición de los Decretos Legislativos 639, 677 y 815 de 2020. En relación con la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la proporcionalidad con la gravedad del hecho que pretende conjurar, la Sala coincide con los conceptos de la Universidad Externado y el Ministerio Público, que advirtieron que las resoluciones objeto de control satisfacen esos requisitos.

Las medidas impartidas por las resoluciones -referidas a la reglamentación del PAEF- son, pues, adecuadas y proporcionales a los fines que persiguen, ya que buscan que el programa sea operativo, para así mitigar los efectos económicos adversos de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, en especial, la disminución de ingresos de los empleadores. En consecuencia, se declararán ajustados a derecho los actos fiscalizados, en cuanto al control formal y material hecho en este control inmediato de legalidad.

En todo caso, la Sala reitera que la competencia del juez de la Administración, al ejercer el control inmediato de legalidad, es limitada. El juez no es la autoridad más indicada para tomar decisiones sobre la elección del destino de los recursos del erario. La Constitución y las leyes no le otorgan al juez atribución alguna para crear “subsidios judiciales” a través de los fallos. Esta consideración cobra mayor validez, si los escasos recursos de los que dispone la Administración tienen por objeto la política de gasto público que, para mitigar los efectos derivados de una inusual crisis sanitaria y económica, requieren de un manejo eficiente y óptimo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n°. 26, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE la legalidad de las Resoluciones n°. 1129 del 20 de mayo de 2020, 1191 del 29 siguiente, 1200 del 1º de junio de 2020, 1242 del 11 siguiente, 1331 del 26 de junio de 2020 y 1683 del 1º de septiembre de 2020, expedidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto a la fiscalización formal y material hecha en este control inmediato de legalidad. El alcance y aplicación de los preceptos controlados se sujeta a los condicionamientos dispuestos por la Corte Constitucional, a los Decretos

Legislativos 639, 677 y 815 de 2020, en las sentencias C-458, C-459 y C-460 de 2020, como se explicó en la parte considerativa de la providencia.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente de la Sala

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

MILTON CHAVES GARCÍA

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
(AUSENTE CON PERMISO)

SG/LGC/MAR/1C digital

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ