

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

Referencia: Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 639 de 8 de mayo de 2020

Expediente: RE-000306

Magistrado sustanciador: Diana Fajardo Rivera

Asunto: Intervención ciudadana

JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la **UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO**, y **NICOLÁS PÁJARO MORENO**, profesor adjunto de la misma Casa de Estudios, por medio del presente memorial acudimos a esa Corporación para rendir concepto sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 639 de 8 de mayo de 2020, expedido por el Presidente de la República a partir de las facultades derivadas del Decreto 637 de 2020, que decretó el estado de emergencia económica, social y ecológica en el territorio nacional de la República de Colombia, dentro del trámite de control posterior y automático anunciado en la referencia.

TABLA DE CONTENIDO

La presente intervención se encuentra organizada de la siguiente manera:

I. OPORTUNIDAD

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL ESTUDIO DEL DECRETO 639 DE 2020

III. ESTUDIO DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL DECRETO 639 DE 8 DE MAYO DE 2020

1. *Estudio del Artículo 1. Objeto.*
 - 1.1. Síntesis de la norma
 - 1.2. Primera observación. El PAEF depende del Decreto Legislativo 444 de 21 de marzo de 2020 y de lo que resuelva la Corte Constitucional sobre éste.
 - 1.3. Segunda observación. El análisis de constitucionalidad de la norma en cuestión debe incorporar un estudio de su sostenibilidad fiscal.



- 1.4. Tercera observación. Posibles decisiones adicionales a constitucionalidad de las normas bajo análisis.
2. *Estudio del Artículo 2. Beneficiarios del Programa de apoyo al empleo formal - PAEF.*
 - 2.1. Síntesis de la norma
 - 2.2. Violación al principio de igualdad, no discriminación y falta de motivación suficiente. La disposición omite a las personas naturales que ejercen actividades empresariales y ofrecen empleos formales.
 - 2.3. Violación al principio de igualdad, no discriminación y falta de motivación suficiente. La disposición omite a las personas jurídicas constituidas con anterioridad a la declaratoria de emergencia.
 - 2.4. Falta de proporcionalidad y de motivación de la norma. La disposición ancla la necesidad del beneficio a la reducción de un porcentaje de ingresos.
 - 2.5. Violación al principio de igualdad, no discriminación y ausencia de motivación. La disposición excluye a las empresas que carecen de productos de depósito en entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.
3. *Estudio del Artículo 3. Cuantía del aporte estatal de Programa de apoyo al empleo formal - PAEF.*
 - 3.1. Síntesis de la norma
 - 3.2. Violación a la igualdad y al principio de no discriminación. La disposición abre la puerta a aplicación desigual de beneficios sin establecer criterios objetivos para ello.
4. *Estudio del Artículo 4. Procedimiento de postulación para la obtención del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal - PAEF.*
 - 4.1. Síntesis de la norma
 - 4.2. Violación al principio de igualdad, no discriminación y falta de motivación suficiente. La disposición omite a las personas naturales que ejercen actividades empresariales y ofrecen empleos formales.
 - 4.3. Violación al principio de igualdad, no discriminación y ausencia de motivación. La disposición excluye a las empresas que carecen de productos de depósito en entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.
5. *Estudio del Artículo 5. Temporalidad del Programa de apoyo al empleo formal- PAEF.*
 - 5.1. Síntesis de la norma
 - 5.2. Violación al principio de igualdad, no discriminación y proporcionalidad. La disposición en estudio privilegia a los empresarios que ya obtuvieron líneas de crédito para beneficiar su operación.
6. *Estudio del Artículo 6. Pago mensual del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal-PAEF.*
 - 6.1. Síntesis de la norma
 - 6.2. Concepto sobre la norma
7. *Estudio del Artículo 7. Suscripción de contratos.*
 - 7.1. Síntesis de la norma
 - 7.2. Concepto sobre la norma
8. *Estudio del Artículo 8. Obligación de restitución del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal- PAEF.*
 - 8.1. Síntesis de la norma
 - 8.2. Concepto sobre la norma.
9. *Estudio del Artículo 9. Tratamiento de la información.*
 - 9.1. Síntesis de la norma
 - 9.2. Concepto sobre la norma



10. *Estudio del Artículo 10. Exención del gravamen a los movimientos financieros -GMF y exclusión del impuesto sobre las ventas -IVA.*
 - 10.1. Síntesis de la norma
 - 10.2. Concepto sobre la norma
11. *Estudio del Artículo 11. Inembargabilidad e inmodificabilidad de la destinación de los recursos.*
 - 11.1. Síntesis de la norma
 - 11.2. Juicio de finalidad. La autorización para realizar descuentos sobre las sumas del PAEF excede la finalidad de la norma.
12. *Estudio del Artículo 12. Virtualidad y medios electrónicos.*
 - 12.1. Síntesis de la norma
 - 12.2. Concepto sobre la norma
13. *Estudio del Artículo 13. Vigencia.*

IV. SOLICITUD

1. *Sobre la generalidad del Decreto 639 de 2020*
2. *Sobre el artículo 2*
 - 2.1. Sobre el inciso primero
 - 2.2. Sobre el numeral 1
 - 2.3. Sobre el numeral 3
 - 2.4. Sobre el Parágrafo 2
3. *Sobre el artículo 3*
4. *Sobre el artículo 4*
5. *Sobre el artículo 5*
6. *Sobre el artículo 11*
7. *Sobre el resto del articulado del Decreto*

V. NOTIFICACIONES

I. OPORTUNIDAD

El Decreto Legislativo 639 de 2020 “Por el cual se crea 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” fue firmado por el Presidente de la República el 8 de mayo de 2020, publicado en la edición del Diario Oficial número 51.308 de 8 de mayo de 2020¹, y remitido a la Corte Constitucional el día 15 de mayo de 2020².

¹ Diario Oficial 51.308 de 8 de mayo de 2020, recuperado el 5 de junio de 2020 en los vínculos <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/diario/view/diariooficial/consultarDiarios.xhtml> y <https://lince.softmanagement.com.co/sites/default/files/archivosglobales/diariosoficiales/2020/51308.pdf>

² La fecha de radicación fue tomada de la página web de la Secretaría de la Corte Constitucional, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?proceso=11&palabra=RE0000306&mostrar=ver> recuperado el 5 de junio de 2020.



Mediante auto de 19 de mayo de 2020, al H. Corte Constitucional dispuso, entre otras órdenes:

“Decimoprimer.- FIJAR EN LISTA, para efectos de la intervención ciudadana, por el término de cinco (5) días, el presente proceso, a efectos de permitir que la ciudadanía pueda intervenir por escrito, con el fin de defender o impugnar la constitucionalidad del Decreto Ley 639 de 2020.

De manera simultánea a la fijación en lista, a través de la Secretaría General de la Corte, INVÍTESE a participar a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), a la Federación Nacional de Comerciante (Fenalco), a la Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo (Fedesarrollo); a la Central Unida de Trabajadores (CUT), a la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), a la Asociación Colombiana de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (ACOPI), al Consejo Gremial Nacional, al Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico (CEDE) de la Universidad de los Andes; al Instituto de Políticas de Desarrollo de la Universidad Javeriana, al Colegio de Estudios Superiores (CESA) y a las universidades de La Sabana los Andes, Externado, Javeriana, Nacional, Rosario, Sergio Arboleda, de Antioquia, del Valle, Eafit, del Norte y del Tolima, con el objeto de que emitan concepto técnico sobre la norma objeto de control de constitucionalidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.” (negritas originales).

El día 4 de junio de 2020 la Secretaría General de la H. Corte Constitucional ejecutó la fijación en lista según lo dispuesto en el citado auto y en el artículo 37 del Decreto 2067 de 2020, por el término de 5 días, que vence el 10 de junio de 2020.

Como consecuencia de lo anterior, el término para intervenir vence el día 10 de junio de 2020; plazo dentro del cual se radica este escrito, que en consecuencia se presenta a ese Alto Tribunal de manera oportuna.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL ESTUDIO DEL DECRETO 639 DE 2020

El Decreto 639 de 2020 hace parte de un conjunto de normas proferidas por el Presidente de la República en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado mediante Decreto 637 de 2020.



De acuerdo con la Carta Política, durante el término de vigencia del Estado de Excepción, el Presidente está facultado para “*dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos*” (artículo 215 Superior). En el mismo sentido, La Ley 137 de 1994 (Ley Estatutaria de Estados de Excepción, en adelante LEEE), establece una serie de condiciones a las que se debe circunscribir la actividad legislativa que emprenda el Jefe de Estado, y que restringen fuertemente su actividad.

Si bien los decretos legislativos expedidos en el marco de la emergencia son leyes en sentido material, éstos se encuentran sujetas a fuertes limitantes en cuanto a las materias que pueden ser abarcadas y en cuanto al sentido en el que puede abordarlas. En otras palabras: **el Presidente de la República, a la hora de expedir decretos legislativos, carece de la libertad de configuración legislativa que constitucionalmente compete al Congreso de la República.**

En esta medida, la revisión que la H. Corte Constitucional realice del Decreto Legislativo debe ser particularmente rigurosa, y ceñirse a las pautas constitucional, estatutaria y jurisprudencialmente fijadas para ello.

Así las cosas, teniendo en cuenta la naturaleza de las normas sometidas a revisión de la Corte Constitucional, la presente intervención estudiará de manera separada cada uno de los trece artículos del Decreto 639 de 2020, según los criterios depurados por la jurisprudencia constitucional para el análisis de los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional en el contexto de los estados de excepción. Así, de acuerdo con lo indicado en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994) y en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional³, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- (i) La relación entre la norma y las razones que la motivaron, con miras a verificar que aquélla guarde una relación con éstas, y que no se persigan objetivos distintos (*juicio de conexidad material*)⁴.

³ Ver las sentencias C-149 de 2003, C-172 de 2009, C-224 de 2009, C-193 de 2011, C-244 de 2011, C-251 de 2011, C-272 de 2011, C-274 de 2011, C-275 de 2011, C-296 de 2011, C-297 de 2011, C-298 de 2011, C-299 de 2011, C-300 de 2011, C-466 de 2017, C-517 de 2017, entre otras

⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 215, “(...) Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia (...)”.



(ii) La relación directa y específica entre la norma y las causas de la crisis que desató el decreto de estado de emergencia (**juicio de finalidad**)⁵. (art. 10 LEEE)

(iii) La necesidad de las medidas adoptadas en las normas del decreto legislativo para conjurar o contener las causas de la crisis, y la ausencia de disposiciones similares en la regulación existente en tiempos de normalidad (**juicio de necesidad**, fáctica y jurídica)⁶.

(iv) La correspondencia entre las medidas previstas en el decreto legislativo y la gravedad de los hechos cuyas consecuencias nocivas se pretende conjurar o contener (**juicio de proporcionalidad**)⁷. Al respecto, “*Se considera que las medidas serán legítimas si (i) no es posible establecer otras menos gravosas, (ii) son aptas para contribuir en la solución del hecho que dio origen a la amenaza, (iii) la perturbación no puede conjurarse con procedimientos ordinarios y (iv) no exista otra medida de excepción que genere un impacto menor en términos de protección de derechos y garantías*”⁸.

(v) Que en el decreto legislativo haya demostrado la existencia de un vínculo de conexidad entre las causas de la perturbación y las limitaciones impuestas a los derechos constitucionales (**juicio de motivación suficiente**)⁹.

(vi) Que, en aquellos casos en que el decreto legislativo haya suspendido la aplicación de normas de la legislación ordinaria, ello se deba a que dichas medidas son

⁵ Ley 137 de 1994 (LEEE), “Artículo 10. Finalidad. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos”.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-149 de 2003.

⁷ Ley 137 de 1994 (LEEE), “Artículo 13. Proporcionalidad. Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar. La limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad”.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-149 de 2003.

⁹ Ley 137 de 1994 (LEEE), “Artículo 8. Justificación expresa de la limitación del derecho. Los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por los cuales se hacen necesarias”.



incompatibles con el estado de excepción (*juicio de motivación de incompatibilidad*)¹⁰.

(vii) Que las medidas adoptadas en el decreto desarrollen el principio de igualdad constitucional (*juicio de no discriminación*)¹¹.

(viii) Que las disposiciones del decreto legislativo examinado no contradigan la Constitución ni los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (*juicio de no contradicción específica*)¹².

(ix) Que las normas expedidas por el Gobierno durante la emergencia no vulneren un núcleo mínimo de derechos de particular relevancia constitucional (*juicio de intangibilidad de ciertos derechos*)¹³.

(x) La normativa de excepción debe garantizar la vigencia del Estado de Derecho (*juicio de ausencia de arbitrariedad*)¹⁴. Lo anterior supone, como mínimo, que está prohibido: (1) que justicia penal militar investigue a civiles; (2) suspender derechos humanos y libertades fundamentales; (3) interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del Poder Público¹⁵.

¹⁰ Ley 137 de 1994 (LEEE), “Artículo 12. Motivación de incompatibilidad. Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción”.

¹¹ Ley 137 de 1994 (LEEE), “Artículo 14. No discriminación. Las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción, no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. Lo anterior no obsta para que se adopten medidas en favor de miembros de grupos rebeldes para facilitar y garantizar su incorporación a la vida civil.

La Procuraduría General de la Nación, en desarrollo de su función constitucional, velara por el respeto al principio de no discriminación consagrado en este artículo, en relación con las medidas concretas adoptadas durante los Estados de Excepción. Para ello tomara medidas, desde la correctiva, hasta la destitución, según la gravedad de la falta y mediante procedimiento especial, sin perjuicio del derecho de defensa”.

¹² Ley 137 de 1994 (LEEE), artículos 49 y 50. Cfr. también Corte Constitucional, sentencia C-149 de 2003.

¹³ Ley 137 de 1994 (LEEE), artículo 4.

¹⁴ Ley 137 de 1994 (LEEE), “Artículo 7°. 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”.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-298 de 2011.

III. ESTUDIO DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL DECRETO 639 DE 8 DE MAYO DE 2020

1. Estudio del Artículo 1. Objeto.

1.1. Síntesis de la norma

La disposición que se revisa anuncia la creación del Programa de Apoyo al Empleo Formal-PAEF, con cargo a los recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME.

El PAEF es definido como un programa social del Estado, que consiste en el otorgamiento de hasta tres aportes monetarios mensuales de naturaleza estatal

El objeto del PAEF se determina en el apoyo y protección del empleo formal del país durante la emergencia.

1.2. Primera observación. El PAEF depende del Decreto Legislativo 444 de 21 de marzo de 2020 y de lo que resuelva la Corte Constitucional sobre éste.

La norma en estudio crea un programa de auxilios monetarios, basado exclusivamente en los recursos que ingresen a un fondo (el FOME) creado por un Decreto Legislativo anterior, el 444 de 21 de marzo de 2020.

A la fecha de la presente intervención, el examen de constitucionalidad posterior y automático del referido decreto (bajo el número de expediente RE-000238) se encuentra aun en trámite ante la Corte Constitucional, siendo su último movimiento el registro de proyecto de fallo por parte del magistrado ponente¹⁶.

Teniendo en cuenta la dependencia absoluta de la financiación del PAEF con lo que se establece en el Decreto Legislativo 444 de 2020, resulta apenas obvio que la decisión sobre esta última norma tendrá un impacto inmediato en el objeto, contenido y alcance del programa que se revisa en el presente expediente. En consecuencia, la sentencia que resuelva sobre la constitucionalidad del Decreto 639 de 2020 deberá necesariamente estarse a lo que se resuelva en el proceso de constitucionalidad RE-000238, sea que en dicho fallo se declare

¹⁶ La información proviene de la página web de la Secretaría de la Corte Constitucional, en el vínculo <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?palabra=RE0000238%20%20%20&proceso=11&sentencia=-> recuperado el 5 de junio de 2020.



la inexequibilidad, la exequibilidad parcial, condicionada o modulada de alguna otra forma, o la constitucionalidad de dicha norma.

1.3. Segunda observación. El análisis de constitucionalidad de la norma en cuestión debe incorporar un estudio de su sostenibilidad fiscal.

En adición a lo indicado respecto de los resultados del Decreto 444 de 2020, debe tenerse en cuenta, a la hora de resolver sobre la exequibilidad del Decreto Legislativo 639 de 2020 que los recursos que se destinen al FOME resulten suficientes para atender las prestaciones que se prevén en la normativa en comento. Lo anterior, por cuanto uno de los criterios constitucionales para el diseño e implementación de políticas sociales es la sostenibilidad financiera y fiscal de las normas establecidas para ello.

La sostenibilidad fiscal ha sido definida desde la jurisprudencia constitucional como “*la capacidad de un gobierno de hacer frente a sus obligaciones de pago y de mantener la estabilidad macroeconómica*” y que se trata de un criterio que “*tiene como fin disciplinar las finanzas públicas para reducir el déficit fiscal limitando la diferencia entre los ingresos nacionales y el gasto público*”¹⁷

Ante la posibilidad de que los recursos reservados en el Decreto 444 de 2020 para el FOME lleguen a ser insuficientes para subvencionar los porcentajes de beneficios para las nóminas previstas en el Decreto 639 de 2020 para el FOME, la H. Corte Constitucional deberá tomar las decisiones que sean menester con el ánimo de asegurar la sostenibilidad de la medida y evitar un impacto negativo en las finanzas públicas.

1.4. Tercera observación. Posibles decisiones adicionales a constitucionalidad de las normas bajo análisis.

Como consecuencia de las observaciones presentadas en los dos puntos anteriores, existe un margen amplio de posibilidades de que, al variar la procedencia, y en caso de que se declare la inexequibilidad total o parcial de alguno de los referidos decretos, que deje sin fundamento legal el Decreto 639 de 2020 o las fuentes de financiación del PAEF. En ese caso, la H. Corte Constitucional debe disponer las órdenes pertinentes para asegurar el restablecimiento de las cosas al estado anterior, incluida la devolución de los recursos que se haya alcanzado a pagar en ejecución del PAEF, si es el caso.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-753 de 2013.

2. Estudio del Artículo 2. Beneficiarios del Programa de apoyo al empleo formal - PAEF.

2.1. Síntesis de la norma

La norma sujeta el beneficio del PAEF al cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una persona jurídica.
- b. Que su constitución sea anterior al 1 de enero de 2020.
- c. Si fue constituida en 2018 o antes, que haya renovado el registro mercantil por lo menos en 2019.
- d. Que demuestre la necesidad del beneficio por una baja de más del 20% en los ingresos.
- e. Que no haya recibido el beneficio en tres ocasiones anteriores.
- f. Que no hayan sido obligadas a devolver el beneficio.

Adicionalmente, la norma consta de cinco párrafos, que establecen reglas adicionales:

- Una exoneración parcial de requisitos para las entidades sin ánimo de lucro.
- La obligación de contar con un producto financiero de depósito en una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Que no se trate de entidades con participación pública superior al 50%.
- Una habilitación para que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público determine el método de disminución de ingresos.
- Una habilitación a la UGPP para revisar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en la norma, y para consultar la información de la DIAN.

2.2. Violación al principio de igualdad, no discriminación y falta de motivación suficiente. La disposición omite a las personas naturales que ejercen actividades empresariales y ofrecen empleos formales.

De acuerdo con su parte motiva, el Decreto Legislativo 639 de 2020 se planteó como propósito conjurar las consecuencias negativas de la pandemia de la COVID-19 en la *“afectación de las distintas actividades económicas, el empleo, la industria y el comercio, en particular **del sector empresarial**, que no puede seguir operando en condiciones normales y encuentra dificultades para mantener su actividad económica y, por lo tanto, para cumplir*



con sus obligaciones para con sus trabajadores, proveedores y demás acreedores, así como de las personas individuales, incluyendo trabajadores independientes y empleados que podrían ser objeto de despidos o terminación de sus contratos, lo cual, a su turno, puede traer para ellos la falta de capacidad para cubrir los gastos necesarios para su normal sostenimiento, incluyendo gastos de salud, educación, servicios públicos, entre otros” (se destaca).

En ese sentido, la misma parte considerativa refiere que *“con el objetivo de mitigar el deterioro de las condiciones económicas y las consecuencias adversas generadas por la pandemia del COVID- 19 anteriormente descritas, se hace necesario crear un programa social de apoyo al empleo que permita realizar un aporte estatal temporal a las empresas del país, para que con él paguen los salarios de sus trabajadores”* (se resalta).

De las anteriores consideraciones resulta evidente que el propósito del Decreto Legislativo 639 de 2020 era el de proteger los empleos formales generados **por la actividad empresarial** desarrollada en el país.

Ahora bien, la empresa es definida dentro de nuestro ordenamiento jurídico **como una actividad**. De acuerdo con el artículo 25 del Código de Comercio, *“[s]e entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios (...);* por su parte, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 590 de 2000, modificada por el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, *“se entiende por empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, en el área rural o urbana”*.

El desarrollo de actividades empresariales es un objeto de protección constitucional (artículos 333 y 334 de la Carta Política) que **no se encuentra atado a la naturaleza que asuma el empresario**. Así, la H. Corte Constitucional ha expresado que *“[e]l empresario puede entenderse como aquella persona natural o jurídica que en nombre propio ejercita una actividad de intermediación en el mercado, con fines de lucro. En tal sentido, puede ser individual (persona natural) o social, mediante la creación de sociedades mercantiles constituidas de acuerdo con la ley”*¹⁸.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-265 de 2019.



Como forma de organización, el empresario puede optar por establecerse como una persona jurídica, actuar directamente como persona natural, u optar por otros mecanismos de gestión, como el establecimiento de formas asociativas que no involucran la creación de una persona jurídica, como las uniones temporales, los consorcios, u otro tipo de figuras contractuales atípicas, como las diversas especies de *joint venture*. La decisión sobre qué forma de organización empresarial es una consecuencia obvia de la libertad de empresa, actividad económica e iniciativa privada consagrada en la Constitución Política de Colombia como el principio base de la “constitución económica”.

Constitucionalmente hablando, el empresario es libre para escoger el tipo de organización empresarial que más le convenga, con base en criterios de eficiencia, información y racionalidad, y en función de sus necesidades específicas y de las estructuras administrativas y de costos que mejor se ajusten a sus necesidades. Así, por ejemplo, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, la constitución de sociedades se justifica en aquellos casos en los que optar por dicha estructura ayuda a reducir costos de información, de negociación o de ejecución de contratos, en comparación con lo que ocurriría si operase como persona natural¹⁹.

En algunos casos, el establecimiento de sociedades puede ser un instrumento eficiente, que genere algunas ventajas, como la existencia de un escenario centralizado para la celebración de los contratos que requiere el desarrollo de la actividad empresarial, la generación de oportunidades de reducción de algunos costos de transacción, y la delegación de la administración de los negocios empresariales a través de relaciones de mandato (*agency*). Sin embargo, ello sólo ocurre cuando las cargas que genera el establecimiento de una sociedad son más convenientes para el empresario; y no siempre resulta conveniente para el empresario adoptar la forma societaria o constituirse como persona jurídica.

Entre otras, por este motivo el Código de Comercio contempla, regula y permite la operación del empresario como persona natural, asignándole de paso las obligaciones de todo comerciante, como su inscripción en el registro mercantil, llevar el él los libros y documentos que la ley disponga, mantener la contabilidad regular de sus negocios, y abstenerse de ejecutar conductas de competencia desleal, entre otras²⁰. El empresario persona natural se

¹⁹ Sobre el particular, ver el estudio de Reyes Villamizar, Francisco. Análisis económico del derecho societario. Bogotá, Javeriana/Ibáñez, 2012, p. 45 y ss.

²⁰ La obligación de denunciar judicialmente su cesación de pagos se encuentra actualmente suspendida en virtud de lo dispuesto por el Decreto Legislativo 560 de 2020, que actualmente es materia de control por parte de la Corte Constitucional.



dedica de manera profesional y habitual al desarrollo de actividades de producción, transformación o comercialización de bienes o servicios, y también él es fuente generadora de empleo y motor de la economía. En estas condiciones, el empresario persona natural también es materia de protección por parte de la Constitución Política, y debe ser materia de la misma protección que la persona jurídica, en especial en casos como el actual, en los que se ha declarado la emergencia económica en el país.

En este contexto, llama la atención que el Decreto 639 de 2020 haya limitado su radio de acción “a las personas jurídicas que demuestren la necesidad del aporte estatal” y haya dispuesto, en su artículo 2, que sólo “[p]odrán ser beneficiarios del PAEF las personas jurídicas”. En otras palabras, **la norma establece una distinción en el trato de las personas naturales y de las personas jurídicas que ejercen funciones empresariales, y prevé un beneficio para el alivio de la nómina de estas últimas, mas no para las primeras.**

La distinción realizada en el Decreto Legislativo carece de sustento a la luz de los criterios dispuestos por la H. Corte Constitucional, tal como resulta de la aplicación de la figura que jurisprudencialmente ha sido denominado “test de razonabilidad”²¹, “test de proporcionalidad”²² o “juicio integrado de igualdad”²³. En materias económicas, como la presente, el referido test debe aplicarse en un grado leve, y por tanto, debe dirigirse a verificar que tanto los fines perseguidos con dicha medida, como los medios para obtenerlos sean constitucionalmente legítimos, es decir, deben enmarcarse dentro de los límites trazados por la Constitución, sin importar si la Carta los mencione expresamente o no; pero además, los medios deben ser adecuados o idóneos para obtener los fines²⁴.

De entrada, se observa que la distinción no satisface los criterios constitucionales para considerar que la distinción entre personas naturales y jurídicas resulte admisible para efectos del acceso al PAEF.

En efecto, **la distinción contenida en la norma no sólo carece de una finalidad legítima o constitucionalmente admisible, sino que además carece de cualquier finalidad.** El Decreto Legislativo omite, en su parte considerativa, justificar las razones por las cuales el beneficio del PAEF sólo se prevé para las personas jurídicas, y excluye a las personas naturales comerciantes. A pesar de que las consideraciones se refieren a la protección de la

²¹ Corte Constitucional, sentencias C-022 de 1996 y C-673 de 2001.

²² Corte Constitucional, sentencia C-965 de 2013.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2014.

²⁴ Ver al respecto las sentencias de la Corte Constitucional C-093 de 2001 y C-673 de 2001.



empresa y del empleo en la situación de emergencia generada por la pandemia, la restricción del auxilio monetario para las personas jurídicas aparece de la nada, como una gratuidad. Y si bien la distinción entre personas naturales y jurídicas está prevista y es admitida en nuestro ordenamiento jurídico, en el contexto de la asignación del beneficio monetario del PAEF, ella genera un privilegio a favor de los empresarios que se han constituido como persona jurídica con respecto a los empresarios-personas naturales.

Es más: lejos de establecerse un criterio de equidad a través de la diferenciación, **la disposición en comento genera un privilegio adicional a los empresarios que ya contaban con una situación de beneficio.** En efecto, los empresarios constituidos como personas jurídicas cuentan, por ese solo hecho, del beneficio de la separación entre el patrimonio de ésta y el patrimonio de sus constituyentes; privilegio con el que no cuentan los empresarios personas naturales, que agrava su situación y pone en aún mayor riesgo los puestos de trabajo formales que este tipo de personas generan.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, solicitamos a la H. Corte Constitucional que declare la inexecutable de la expresión “*jurídicas*” contenida en el artículo 2 primer inciso del Decreto bajo análisis, por vulnerar el principio de igualdad previsto en el artículo 13 constitucional, la regla de no discriminación establecida en el artículo 14 de la LEEE, y por carecer de motivación suficiente, conforme a lo expuesto en la jurisprudencia constitucional.

2.3. Violación al principio de igualdad, no discriminación y falta de motivación suficiente. La disposición omite a las personas jurídicas constituidas con anterioridad a la declaratoria de emergencia.

El artículo 2 numeral 1 del Decreto Legislativo 639 de 2020 establece como requisito para acceder al PAEF que el beneficiario se haya constituido como persona jurídica antes del 1 de enero de 2020.

En la práctica, la norma establece una distinción entre las personas jurídicas constituidas antes del 31 de diciembre de 2019 y después del 1 de enero de 2020, y excluye a estas últimas de los auxilios monetarios previstos. Un estudio de la norma lleva a concluir que la referida distinción es inconstitucional, pues carece de razonabilidad a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 Superior, y vulnera el principio de no discriminación dispuesto en el artículo 14 de la LEEE.



En efecto, debe recordarse que el propósito de la norma es el de ayudar a las empresas que presenten dificultades en el pago de la nómina de sus empleados con ocasión de la pandemia de la COVID-19, con miras a preservar el empleo formal que éstas han venido ofreciendo. Para estos efectos, carece de toda razonabilidad y legitimidad constitucional el establecimiento de una fecha de corte (el 1 de enero de 2020) que no tienen ninguna relación con la propagación de la pandemia, ni con la declaratoria de emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud, ni con la declaratoria de ninguno de los dos Estados de Emergencia Económica, Social y Ecológica (Decreto 417 y 637 de 2020, respectivamente). Si bien los cortes de constitución de sociedades y otras personas jurídicas pueden ser legítimos y relevantes para algunos efectos fiscales y administrativos, constituyen un criterio arbitrario y antojadizo para el establecimiento de distinciones entre beneficiarios de programas sociales del Estado, como el PAEF.

En los términos planteados, la disposición no sólo establece una distinción irrazonable entre empresas que pueden encontrarse en idénticos supuestos de hecho (por haber sido afectadas en igual medida por la pandemia de la COVID-19 y poner a sus empleados en la misma situación de riesgo de pérdida del trabajo). Adicionalmente, la norma en comento establece una distinción odiosa, que pone en aprietos a empresas que se habían constituido inmediatamente antes de la pandemia y que contaban únicamente con el capital de riesgo (*venture capital*) aportado por los accionistas o socios para subsistir. A diferencia de las compañías constituidas con anterioridad al 1 de enero de 2020, estas sociedades carecieron de la posibilidad económica, física ni jurídica de generar ninguna utilidad para los socios o accionistas constituyentes.

Lo anterior lleva a discriminar las empresas constituidas, por ejemplo, en los primeros días de enero de 2020, que empezaban a posicionarse en el mercado, y que estaban sujetas a un fuerte endeudamiento para estructurar su operación inicial. A pesar de que estas empresas vieron reducidos los ingresos obtenidos en los primeros dos meses del año, y que su situación podía ser mucho más riesgosa que las de empresas que operaban con anterioridad, debido al endeudamiento inicial para financiar su puesta en marcha, el Decreto 639 de 2020 las excluyó de cualquier clase de auxilio para preservar los puestos de trabajo que ya habían creado.



La discriminación resulta aún más evidente cuando se advierten los criterios planteados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para calcular la disminución de los ingresos, y que parte del promedio aritmético de los percibidos en enero y febrero de 2020²⁵.

Al igual que la disposición que se expuso en el punto anterior, el Decreto Legislativo carece de toda clase de motivación que justifique una restricción temporal en la constitución de la persona jurídica beneficiaria del auxilio de que trata el Decreto 639 de 2020.

Ahora bien, podría inferirse que la motivación de la referida norma consiste en evitar que se constituyan personas jurídicas con el solo propósito de obtener el beneficio del PAEF; sin embargo, un estudio más detallado del Decreto Legislativo lleva a desvirtuar esta hipótesis. En efecto, dada la vigencia temporal y los requisitos exigidos para beneficiarse del programa, los aspirantes a obtener el auxilio monetario debían haber pagado salarios y prestaciones sociales con anterioridad (acreditados con las planillas oficiales de aportes al sistema de seguridad social), y debían haber recibido ingresos antes de la pandemia (que debían verse reducidos con ocasión de la pandemia). En esta medida, el riesgo de constituir o simular la constitución de sociedades como fachada para recibir el auxilio es una posibilidad remota que no sirve para justificar una distinción discriminatoria.

En esta medida, es preciso que la H. Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad del numeral 1 del artículo 2 de la referida norma, o que, en subsidio, declare su constitucionalidad condicionada a que en dicho rango deben comprenderse también las sociedades constituidas con anterioridad a la declaratoria de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, que cumplan con los requisitos de necesidad previstos en el Decreto Legislativo, y que acrediten la existencia de una nómina por pagar en los términos allí indicados.

2.4. Falta de proporcionalidad y de motivación de la norma. La disposición ancla la necesidad del beneficio a la reducción de un porcentaje de ingresos.

El artículo 2 numeral 3 del Decreto 639 de 2020 exige que las empresas que aspiren a beneficiarse del auxilio monetario del PAEF deben acreditar la necesidad de obtener dicho

²⁵ Ver el artículo 3 numeral 2 de la Resolución 1129 de 20 de mayo de 2020, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y allegada por la Presidencia de la República al expediente del presente proceso de constitucionalidad: “2. *Dicha disminución en sus ingresos deberá evidenciarse al comparar los ingresos del mes inmediatamente anterior al de la solicitud del aporte con el promedio aritmético de ingresos de enero y febrero de 2020*” (se destaca).



auxilio. Sin embargo, dicha necesidad se ancla a un único criterio, como es la reducción del porcentaje de ingresos en un porcentaje igual o superior a un 20%.

Si bien se encuentra completamente razonable la exigencia de un requisito de necesidad para adquirir la calidad de beneficiario del auxilio, no resulta razonable la exigencia de una disminución del 20% en sus ingresos.

Por un lado, existen múltiples indicadores que pueden llevar a inferir la existencia de dificultades en la continuidad de las operaciones de una empresa y la preservación de los puestos de trabajo que ésta ofrece. Las normas sobre insolvencia empresarial, por ejemplo, establecen indicadores como la cesación de pagos o la incapacidad de pago inminente, que permiten inferir la existencia de un estado de crisis, pero que no están ligados a los ingresos.

Por otro lado, la reducción de ingresos no es un mecanismo único ni adecuado para determinar la necesidad de un auxilio. Así, por ejemplo, existen diversos negocios que por la naturaleza de los productos o servicios ofrecidos, siempre tendrán un alto porcentaje de sus ingresos en temporadas específicas, como el periodo entre diciembre y enero, en el que se recibe un alto porcentaje de ventas con ocasión de las fiestas de fin de año, los saldos de inicio del año siguiente y el recibo de ingresos por la financiación de estas operaciones. En esta medida, es normal que el promedio aritmético de los ingresos de enero y febrero sea muy superior a los ingresos de marzo o de abril.

Adicionalmente, el indicador escogido en el Decreto Legislativo no comprende toda la información relevante para determinar la necesidad del auxilio del PAEF. En efecto, para que algo se el indicador sea adecuado para sustituir el criterio de necesidad previsto en la norma, debe existir una relación de causalidad entre uno y otro. En otras palabras, siempre que haya un descenso en los ingresos superior al 20% se hace necesario recibir un auxilio para el pago de nómina; y viceversa, sólo hay necesidad para recibir el auxilio en el pago de nómina cuando los ingresos se reducen en la proporción indicada. Sin embargo, la referida reducción en los ingresos no necesariamente está atada a dificultades para el pago de los salarios de los trabajadores. Así, por ejemplo, las empresas con estructuras de costos pequeñas y amplios márgenes de utilidad pueden sobrellevar grandes reducciones en el nivel de los ingresos sin poner en peligro los puestos de trabajo; viceversa, en las empresas que apenas subsisten con el flujo de caja y en las que los salarios ocupan un porcentaje importante de su estructura de costos, la necesidad puede surgir de manera apremiante a partir de un descenso mucho menor en los ingresos mensuales obtenidos.



Por último, pueden existir empresas que, a pesar de haber tenido una reducción significativa de ingresos en los primeros meses del año, no tengan necesidad de acudir al auxilio del PAEF para mantener los puestos de trabajo, por contar con reservas, utilidades de ejercicios anteriores, o activos suficientes para enjugar dicha circunstancia.

En esta medida, podría ser desproporcionado el establecimiento de un beneficio condicionado a un único indicador, como la reducción de los ingresos en un porcentaje del 20%. Por tanto, la expresión “*certificando una disminución del veinte por ciento (20%) o más en sus ingresos*” vulnera lo dispuesto en el artículo 13 de la LEEE y por tanto se encuentra viciado en su constitucionalidad.

En subsidio, la H. Corte Constitucional debe declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión en comento, en el entendido de que la prueba de la necesidad de recibir el auxilio monetario del PAEF no se limita a la certificación referida y puede comprender la certificación de otro tipo de hechos económicos o la presentación de otro tipo de elementos probatorios.

**2.5. Violación al principio de igualdad, no discriminación y ausencia de motivación.
La disposición excluye a las empresas que carecen de productos de depósito en entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.**

De acuerdo con el artículo 2 parágrafo 2 del Decreto 639 de 2020, para ser beneficiario del PAEF, la persona jurídica en cuestión debe contar con una cuenta de depósito en una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. El anterior **es un requisito operativo de la figura**, en la medida en que los establecimientos de crédito son **el medio** a través del cual se presentarán las solicitudes y se entregarán los auxilios monetarios, de acuerdo con el diseño del Decreto.

Sin embargo, el establecimiento de este tipo de requisitos parte del supuesto errado de que todos los empresarios que ofrecen puestos de empleo formal y contribuyen al desarrollo de la economía tienen la posibilidad de contar con productos ofrecidos por el sistema financiero. De lado se dejan empresas que cuentan con nóminas importantes que, debido a causas varias, como la inclusión en listas negras por parte de gobiernos extranjeros, han sido excluidas de la utilización de servicios financieros de todo tipo, y han sido relegadas a una situación marginal. Este es el caso, por ejemplo, de las empresas que se encuentran comprendidas en los supuestos previstos, entre otras, en la línea jurisprudencial de la que hace parte la



sentencia SU-167 de 1999, y que protege la autonomía de las entidades financieras para negarse a contratar productos financieros que le sean solicitados.

La lógica que aparentemente presenta el Decreto Legislativo 639 de 2020 consiste en que, como este tipo de empresas no podrían acudir **al mismo intermediario** (bancario) que las demás empresas para solicitar y recibir el beneficio del PAEF, entonces deben ser excluidas de cualquier posibilidad de obtenerlo. Sin embargo, dicha lógica no responde a ningún criterio objetivo de igualdad, y por el contrario, genera una discriminación odiosa, que opera en contra de la población no bancarizada.

No puede negarse que las plazas de empleo generadas por las empresas excluidas del sistema financiero son tan importantes como las que generan las empresas que cuentan con productos bancarios; y que el propósito del Decreto Legislativo 639 de 2020 es precisamente el apoyo a las empresas para evitar afectar el pago de sus nóminas o la subsistencia de los puestos de trabajo. En esta medida, no resulta razonable, equitativo ni proporcionado establecer que sólo pueden recibir el beneficio quienes tengan productos con el sistema financiero, pues ello excluye a aquellas empresas que carecen de este tipo de medios, pero requieren el auxilio para atender las necesidades salariales de sus trabajadores.

En consecuencia, la H. Corte Constitucional deberá declarar inexecutable el párrafo 2 del artículo 2 del Decreto 639 de 2020, por violar los artículos 13 Superior, y 13 y 14 de la LEEE, así como sus desarrollos en la jurisprudencia constitucional. En subsidio, debe declarar su constitucionalidad condicionada, en el entendido de que las entidades financieras no pueden negarse a recibir y entregar recursos del PAEF a personas que no cuentan con cuentas de depósito por decisión autónoma de la misma entidad financiera.

3. Estudio del Artículo 3. Cuantía del aporte estatal de Programa de apoyo al empleo formal - PAEF.

3.1. Síntesis de la norma

La norma establece que el beneficio monetario de que trata el PAEF comprenderá una suma de hasta el número de empleados multiplicado por el 40% del salario mínimo legal mensual vigente, y establece dos criterios para determinar quién se entiende que es empleado y cómo calcular su número total.



3.2. Violación a la igualdad y al principio de no discriminación. La disposición abre la puerta a aplicación desigual de beneficios sin establecer criterios objetivos para ello.

El artículo en comento establece que el monto del beneficio del PAEF consistirá en “*hasta*” el 40% de la cifra resultante del número de trabajadores por el salario mínimo legal mensual vigente.

El establecimiento de un tope en una prestación de este tipo debería estar acompañado de criterios objetivos que permitan su determinación de manera objetiva; sin embargo, este no es el caso de la norma en examen, que se limita a establecer el tope máximo sin indicar quién o por qué motivos puede establecer una suma inferior.

La existencia de este tipo de topes sin criterios se puede prestar para la aplicación desigual y arbitraria de la disposición por parte de los sujetos involucrados en el pago del beneficio, desde las entidades financieras, hasta la UGPP. Con ello se puede incurrir en discriminaciones no amparadas en el principio constitucional de la igualdad, y contrarias al requisito de no discriminación contenido en el artículo 14 de la LEEE.

En consideración a lo anterior, se solicita a la H. Corte Constitucional que declare la inexecutable de la expresión “*hasta*”, contenida en el primer inciso de la norma en comento, o que, en subsidio, declare su constitucionalidad condicionada a que la asignación del auxilio monetario del PAEF por una suma inferior al tope allí previsto debe responder a la voluntad del solicitante o a una decisión motivada de la Administración, de acuerdo con criterios objetivos definidos de manera general, abstracta e impersonal, como la disponibilidad de recursos en el FOME, y que en ningún caso puede responder a razones de mero arbitrio.

4. Estudio del Artículo 4. Procedimiento de postulación para la obtención del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal - PAEF.

4.1. Síntesis de la norma

La disposición establece un procedimiento para que los sujetos expresados en el artículo 2 puedan postularse para recibir el beneficio monetario de que trata del PAEF.



El procedimiento inicia con una solicitud del interesado en recibir el beneficio, que debe formular ante la entidad financiera donde tenga cuenta. Dicha entidad estará encargada de verificar la completitud de los documentos exigidos y la identidad y calidad del solicitante, para luego remitir dicha documentación a la UGPP. Esta última, a su turno, debe verificar que el solicitante no se haya postulado para el beneficio ante otras entidades bancarias.

La norma habilita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para fijar detalles del procedimiento, y a la UGPP para diseñar formatos estandarizados y fijar la forma de comunicación con las entidades financieras. También se prevén sanciones y consecuencias en caso de inconsistencias en la información presentada o improcedencia de los beneficios del PAEF.

4.2. Violación al principio de igualdad, no discriminación y falta de motivación suficiente. La disposición omite a las personas naturales que ejercen actividades empresariales y ofrecen empleos formales.

El procedimiento previsto en la norma en examen está estructurado sobre la base de que el solicitante del PAEF es una persona jurídica, que actúa por medio de su representante legal. En esta medida, nos remitimos y reiteramos todos y cada uno de los argumentos expuestos más arriba, en el punto 2.2 de este escrito.

Así las cosas, deberá la H. Corte Constitucional declarar la inexecutable de la expresión “*jurídicas*” contenida en el artículo 4 inciso primero del Decreto 639 de 2020 por infracción al artículo 13 constitucional, así como la exequibilidad condicionada de las expresiones “*por el representante legal de la empresa*”, “*del representante legal*” y “*el representante legal*” contenidos en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 4 del Decreto 639 de 2020, respectivamente, en el entendido de que en ellas también se encuentra comprendida la persona natural que pueda resultar beneficiaria del PAEF.

4.3. Violación al principio de igualdad, no discriminación y ausencia de motivación. La disposición excluye a las empresas que carecen de productos de depósito en entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

En la medida en que el procedimiento previsto en la norma depende de que el empresario que pretende beneficiarse del PAEF cuente con productos en entidades supervisadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, cabe reiterar las mismas observaciones y argumentos presentados más arriba, en el punto 2.5 del presente escrito.



En consecuencia, deberá declararse la inconstitucionalidad de la expresión “*en la que tenga un producto de depósito*”, contenida en el artículo 4 inciso primero del Decreto 639 de 2020, por infracción al artículo 13 constitucional, la regla de no discriminación establecida en el artículo 14 de la LEEE, y por carecer de motivación suficiente.

En subsidio, deberá declarar la exequibilidad condicionada de la referida disposición en el entendido de que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia no pueden negarse a contratar un producto financiero de depósito a aquellas personas que lo requieran para efectos de aplicar al beneficio monetario del PAEF.

5. Estudio del Artículo 5. Temporalidad del Programa de apoyo al empleo formal-PAEF.

5.1. Síntesis de la norma

La disposición prevé que el auxilio monetario comprendido en el PAEF estará vigente durante los meses de mayo, junio y julio de 2020, salvo para los beneficiarios de las líneas de crédito para nómina del Fondo Nacional de Garantías, que podrán solicitarlo hasta el mes de agosto.

5.2. Violación al principio de igualdad, no discriminación y proporcionalidad. La disposición en estudio privilegia a los empresarios que ya obtuvieron líneas de crédito para beneficiar su operación.

La disposición establece un trato diferencial para la generalidad de los empresarios que aspiren a ser beneficiarios del PAEF y aquellos que además de este auxilio ya obtuvieron un crédito respaldado a través del Fondo Nacional de Garantías, en los términos de los Decretos 466 y 492 de 2020.

Sin necesidad de reiterar las consideraciones generales sobre el juicio de razonabilidad, se advierte que nuevamente la disposición en comento realiza una distinción que no encuentra fundamento en la realidad, y que termina por favorecer a los empresarios que ya fueron beneficiados con líneas de crédito; empresarios estos a quienes se les amplía el término de duración del beneficio del PEAF por un mes adicional.



Además de la evidente falta de motivación sobre esta diferencia en el trato, la distinción resulta ser discriminatoria por cuanto castiga a quienes no habían logrado obtener recursos líquidos y los excluye de la posibilidad de reclamar un eventual auxilio monetario en el mes de agosto de 2020.

En consecuencia, la H. Corte Constitucional está llamada a declarar la inexecutable de la expresión “*hasta agosto de 2020*” contenida en el artículo 5 inciso segundo del Decreto 639 de 2020, por infracción al derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 constitucional, al principio de no discriminación del artículo 14 de la LEEE y al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 13 *ibídem*.

En subsidio, debe declarar la exequibilidad condicionada de la referida expresión, en el entendido de que el límite temporal hasta agosto de 2020 cubre a todos los beneficiarios del PAEF, y no sólo a quienes además cuentan con líneas de crédito garantizadas por el Fondo Nacional de Garantías.

6. Estudio del Artículo 6. Pago mensual del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal- PAEF.

6.1. Síntesis de la norma

La norma establece que el beneficio monetario se pagará mensualmente a los beneficiarios del programa.

6.2. Concepto sobre la norma

En la medida en que la disposición se limita a establecer las condiciones de tiempo y periodicidad del pago del beneficio del PAEF, no existe reparo alguno sobre su constitucionalidad.

7. Estudio del Artículo 7. Suscripción de contratos.

7.1. Síntesis de la norma

El artículo en comento autoriza al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a celebrar convenios con entidades financieras para poner en marcha el programa.



7.2. Concepto sobre la norma

Como la norma en examen establece un mecanismo eficiente para la puesta en marcha del programa previsto en el Decreto, que desarrolla los principios de la administración previstos en el artículo 209 Superior, no existe reparo alguno para que la Corte Constitucional declare su exequibilidad.

8. Estudio del Artículo 8. Obligación de restitución del aporte estatal del Programa de apoyo al empleo formal- PAEF.

8.1. Síntesis de la norma

La disposición establece algunos eventos en los que quien ha sido beneficiario del PAEF quedará obligado a restituir las sumas recibidas:

- Cuando las sumas no se utilicen para el pago de salarios;
- Cuando se demuestre que el beneficiario no cumplía con los requisitos exigidos para ser beneficiario del PAEF;
- Cuando haya existido falsedad en los documentos aportados;
- Cuando el beneficiario informe que las sumas recibidas fueron superiores a las efectivamente empleadas para el pago de salarios.

La norma permite que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público celebre convenios con entidades financieras para facilitar la restitución de los recursos.

8.2. Concepto sobre la norma.

La disposición en comento establece criterios válidos para asegurar que los recursos del PAEF tendrán como destinación única el pago de los salarios de los trabajadores, y sancionar las conductas de quienes se aparten de ello; en esta medida, no se observa reparo alguno en cuanto a su constitucionalidad.

9. Estudio del Artículo 9. Tratamiento de la información.

9.1. Síntesis de la norma

En esta disposición se establece que la información personal empleada en el pago de los beneficios del PAEF debe recibir el trato exigido en las leyes 1581 de 2012 y 1266 de 2008.

9.2. Concepto sobre la norma

La disposición en comento hace expreso un deber proveniente de dos leyes estatutarias relacionadas con el tratamiento de la información personal y el derecho al hábeas data de los sujetos involucrados en el PAEF; leyes que, a su turno, son desarrollo de los derechos constitucionales al buen nombre y al hábeas data contenidos en el artículo 15 Superior. En esa medida, y a pesar de que en estricto sentido no es necesaria en los términos del artículo 11 de la LEEE, no existe reparo alguno en que la Corte declare su exequibilidad.

10. Estudio del Artículo 10. Exención del gravamen a los movimientos financieros - GMF y exclusión del impuesto sobre las ventas -IVA.

10.1. Síntesis de la norma

La norma exonera del gravamen a los movimientos financieros a los traslados de recursos involucrados con el PAEF, entre el Tesoro Nacional, las entidades financieras y los beneficiarios del programa.

Del mismo modo, la norma exonera de IVA a las comisiones de servicios que cobren las entidades financieras por este tipo de operaciones.

10.2. Concepto sobre la norma

Las consideraciones del Decreto Legislativo 639 de 2020 expresan que el auxilio que se entrega a través del PAEF busca *“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, incluyendo gastos de salud, educación, servicios públicos, entre otros, situación que afecta el tejido social y económico del país”* (se resalta).



En procura de lo anterior, es natural que se establezcan exenciones tributarias con miras a asegurar que los dineros destinados a cumplir con dicho propósito efectivamente sean utilizados para alcanzar este fin y conjurar o paliar con ello las causas de la emergencia, razón por la cual no se encuentra reparo alguno a la constitucionalidad de la disposición.

11. Estudio del Artículo 11. Inembargabilidad e inmodificabilidad de la destinación de los recursos.

11.1. Síntesis de la norma

La norma establece que los recursos involucrados en el PAEF deben tener por destinación exclusiva el pago de los salarios, y por tanto, se trata de recursos inembargables.

Sin embargo, permite que antes del pago de los salarios se realicen sobre dichos recursos los descuentos previamente autorizados por los trabajadores.

11.2. Juicio de finalidad. La autorización para realizar descuentos sobre las sumas del PAEF excede la finalidad de la norma.

Las consideraciones del Decreto Legislativo 639 de 2020 expresan que el auxilio que se entrega a través del PAEF busca “*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, incluyendo gastos de salud, educación, servicios públicos, entre otros, situación que afecta el tejido social y económico del país*” (se resalta).

Sin embargo, se advierte que la frase final del artículo 11 del Decreto Legislativo en estudio permite que de las sumas entregadas en ejecución del PAEF se puedan realizar los descuentos previamente autorizados por los trabajadores sobre su nómina. Ello involucraría, entre otros, el pago de distintos créditos y contribuciones que los trabajadores en algún momento autorizaron realizar sobre las cifras de su salario, como contribuciones a fondos de empleados, pagos de bienes o servicios recibidos del mismo empleador, o cuotas de créditos de libranza obtenidas con el sector financiero o cooperativo, entre muchos otros.

La deducción de sumas del salario no representa, en principio, ningún reparo de orden constitucional, pues el trabajador debe recibir la totalidad de su salario menos los descuentos que haya autorizado hacer sobre él. Sin embargo, la redacción actual permite que los recursos



del PAEF se destinen de manera preferente a satisfacer créditos a favor de terceros en lugar de cubrir los gastos necesarios para el sostenimiento del trabajador y de su familia.

En la redacción contenida en el artículo 11 del Decreto 639 de 2020 se corre el riesgo de que el auxilio monetario recibido se destine en primer lugar a cubrir las deducciones, y que si el empleador carece de liquidez suficiente para cubrir el porcentaje restante del salario del trabajador, éste deje de recibir incluso el mínimo vital. Se trata de una imputación de las sumas a finalidades distintas de las que planteó la parte motiva del Decreto Legislativo, y que desbordan el ámbito de las medidas necesarias para conjurar la crisis. **El PAEF está llamado a asegurar la subsistencia del trabajador, no a cubrir sus créditos garantizados con órdenes de libranza:** permitir el cambio de su destinación excede la finalidad propuesta por el Legislador y por tanto debe ser evitada.

Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que, incluso en aquellos casos en los que el trabajador ha autorizado la deducción de sumas de sus salarios, éstas no pueden reducir el monto de las cifras que recibe el trabajador por debajo del 50% de su salario²⁶. De esta forma, si el auxilio monetario que el empleador recibe con el PAEF es del 40% de un salario mínimo por cada uno de sus trabajadores, no resulta atinado permitir que de tales sumas se realice descuento alguno.

No puede, por último, olvidarse que los estados de excepción no habilitan al Presidente de la República a desmejorar los derechos sociales de los trabajadores²⁷, de manera que no es concebible ningún escenario en el que los créditos de libranza o los descuentos autorizados por los trabajadores rebasen la barrera del 50% prevista en la legislación anterior al estado de emergencia.

Así las cosas, debe la H. Corte Constitucional declarar la inexecutable de la expresión “*No obstante, el beneficiario podrá adelantar, en el marco del pago de nómina, los descuentos previamente autorizados por sus trabajadores*”, contenida en el artículo 11 del Decreto Legislativo 639 de 2020, por desbordar la finalidad del estado de emergencia y proteger intereses distintos de los anunciados en la parte motiva de dicho cuerpo normativo. En subsidio, deberá la Corte Constitucional declarar la exequibilidad condicionada de la referida disposición, en el entendido de que la realización de los mencionados descuentos sólo es

²⁶ Ley 1527 de 2012, artículo 3 numeral 5.

²⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 215 *in fine*.

posible si se han asegurado recursos suficientes para que el trabajador reciba la totalidad de la porción de su salario restante una vez realizadas las referidas deducciones.

12. Estudio del Artículo 12. Virtualidad y medios electrónicos.

12.1. Síntesis de la norma

En esta disposición se establece que deben utilizarse, de preferencia, medios virtuales y canales electrónicos para la realización de las gestiones relacionadas con el PAEF.

12.2. Concepto sobre la norma

En la medida en que se trata de un mecanismo que desarrolla los principios constitucionales de eficacia, economía y celeridad previstos en el artículo 209 de la Carta Política, a favor de mecanismos de implementación de tecnologías de la información y de las comunicaciones, no se observa reparo alguno en cuanto a su constitucionalidad, y puede ser declarada exequible por la Corte Constitucional.

13. Estudio del Artículo 13. Vigencia.

En la medida en que la norma en comento se limita a establecer una regla de vigencia posterior a su publicación, no se observa reparo alguno para que la Corte Constitucional declare su exequibilidad.

IV. SOLICITUD

Con fundamento en las anteriores consideraciones, respetuosamente solicitamos a la H. Corte Constitucional:

1. Sobre la generalidad del Decreto 639 de 2020

Estar a lo resuelto en la sentencia que resuelva sobre la constitucionalidad de los Decretos 444 y 637 de 2020, en la medida en que a través de dichos decretos se estableció el Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME, y se declaró por segunda vez un estado de emergencia económica, social y ecológica en el territorio nacional.



En consecuencia, y en caso de que se declare la inexecutable total o parcial de alguno de los referidos decretos, que deje sin fundamento legal el Decreto 639 de 2020 o las fuentes de financiación del PAEF, la Corte deberá declarar el decaimiento de este último decreto y disponer las órdenes pertinentes para asegurar el restablecimiento de las cosas al estado anterior, incluida la devolución de los recursos que se haya alcanzado a pagar en ejecución del PAEF.

2. Sobre el artículo 2

2.1. Sobre el inciso primero

Declarar la inexecutable de la expresión “*jurídicas*” contenida en el artículo 2 inciso primero del Decreto 639 de 2020 por infracción al artículo 13 constitucional, la regla de no discriminación establecida en el artículo 14 de la LEEE, y por carecer de motivación suficiente.

2.2. Sobre el numeral 1

Declarar la inexecutable del artículo 2 numeral 1 del Decreto 639 de 2020, por infracción al artículo 13 constitucional, la regla de no discriminación establecida en el artículo 14 de la LEEE, y por carecer de motivación suficiente.

En subsidio, declarar la constitucionalidad condicionada del referido numeral 1, en el entendido de que pueden acceder al PAEF las personas jurídicas constituidas con anterioridad a la declaratoria de la emergencia sanitaria causada por la pandemia de la COVID-19.

2.3. Sobre el numeral 3

Declarar la inexecutable de la expresión “*certificando una disminución del veinte por ciento (20%) o más en sus ingresos*”, por falta de proporcionalidad y motivación suficiente.

En subsidio, declarar la executable condicionada de la citada expresión, en el entendido de que la necesidad del aporte monetario del PAEF puede ser acreditada a través de indicadores económicos distintos de la reducción de ingresos allí descrita.

2.4. Sobre el Parágrafo 2

Declarar la inexecutable del Parágrafo 2 del artículo 2 del Decreto 639 de 2020, por infringir el artículo 13 constitucional la regla de no discriminación establecida en el artículo 14 de la LEEE, y por carecer de motivación suficiente.

En subsidio, declarar la exequibilidad condicionada de la referida disposición en el entendido de que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia no pueden negarse a contratar un producto financiero de depósito a aquellas personas que lo requieran para efectos de aplicar al beneficio monetario del PAEF.

3. Sobre el artículo 3

Declarar la inexecutable de la expresión “*hasta*” contenida en el artículo 3 del Decreto 639 de 2020 por vulnerar el principio de igualdad contenido en el artículo 13 constitucional y el principio de no discriminación establecido en el artículo 14 de la LEEE.

En subsidio, declarar la constitucionalidad condicionada de la referida expresión, en el entendido de que la asignación del auxilio monetario del PAEF por una suma inferior al tope allí previsto debe responder a la voluntad del solicitante o a una decisión motivada de la Administración, de acuerdo con criterios objetivos definidos de manera general, abstracta e impersonal, como la disponibilidad de recursos en el FOME, y que en ningún caso puede responder a razones de mero arbitrio.

4. Sobre el artículo 4

Declarar la inexecutable de la expresión “*jurídicas*” contenida en el artículo 4 inciso primero del Decreto 639 de 2020 por infracción al artículo 13 constitucional.

En consecuencia, declarar la exequibilidad condicionada de las expresiones “*por el representante legal de la empresa*”, “*del representante legal*” y “*el representante legal*” contenidos en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 4 del Decreto 639 de 2020, respectivamente, en el entendido de que en ellas también se encuentra comprendida la persona natural que pueda resultar beneficiaria del PAEF.



Declarar la inexecutable de la expresión “*en la que tenga un producto de depósito*”, contenida en el artículo 4 inciso primero del Decreto 639 de 2020, por infracción al artículo 13 constitucional, la regla de no discriminación establecida en el artículo 14 de la LEEE, y por carecer de motivación suficiente.

5. Sobre el artículo 5

Declarar la inexecutable de la expresión “*hasta agosto de 2020*” contenida en el artículo 5 inciso segundo del Decreto 639 de 2020, por infracción al derecho a la igualdad.

En subsidio, declarar la executable condicionada de la referida expresión, en el entendido de que el límite temporal hasta agosto de 2020 cubre a todos los beneficiarios del PAEF, y no sólo a quienes además cuentan con líneas de crédito garantizadas por el Fondo Nacional de Garantías.

6. Sobre el artículo 11

Declarar la inexecutable de la expresión “*No obstante, el beneficiario podrá adelantar, en el marco del pago de nómina, los descuentos previamente autorizados por sus trabajadores*”, contenida en el artículo 11 del Decreto 639 de 2020, por desbordar la finalidad del estado de emergencia y proteger intereses distintos de los anunciados en la parte motiva de dicho cuerpo normativo.

En subsidio, declarar la executable condicionada de la referida expresión en el entendido de que las sumas de las que consta el auxilio deben destinarse de manera preferente al pago de salarios a los trabajadores, y que de las referidas cifras sólo pueden descontarse las sumas que no alcancen a ser cubiertas por la porción del salario que deba ser asumida por el empleador beneficiario del PAEF.

7. Sobre el resto del articulado del Decreto

Declarar la executable de las demás disposiciones del Decreto 639 de 2020.

V. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Secretaría de la H. Corte Constitucional, así como en las direcciones de correo electrónico *jose.gaitan@urosario.edu.co* y *nicolas.pajaro@urosario.edu.co*, que expresamente autorizamos para recibir notificaciones en el curso del presente trámite de constitucionalidad.

De la H. Corte Constitucional,

JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ NICOLÁS PÁJARO MORENO

Decano
Facultad de Jurisprudencia
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Profesor Adjunto
Facultad de Jurisprudencia
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO