

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n°. 24

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá, D.C., dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04467-00 (acumulado 2020-04468-00)

Autoridad: NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-El 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. 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-El 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 PARA EL PAGO DE LA PRIMA DE SERVICIO PAP-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 PAP. 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 PAP. 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-El PAP no viola el artículo 355 CN. DECRETO LEGISLATIVO 770 DE 2020-Creó y reguló el programa de apoyo para el pago de la prima de servicios, PAP. DECRETO LEGISLATIVO 770 DE 2020-Facultó al Ministerio de Hacienda para proferir normas sobre su operatividad. DECRETO LEGISLATIVO 770 DE 2020-La Corte Constitucional declaró exequible el PAP sin condicionamientos. RESOLUCIÓN 1361 DE 2020-Reglamentó el PAP. POTESTAD REGLAMENTARIA-Su objeto es asegurar el cumplimiento de la ley y no puede extenderse más allá de lo dispuesto por el legislador. RESOLUCIÓN 1555 DE 2020-Introdujo cambios para subsanar un error en la reglamentación del PAP. SUBSIDIO A LA NÓMINA-La elección del destino de los recursos del erario no es competencia de los jueces.

Como el proyecto de fallo que presentó el consejero de Estado Carmelo Perdomo Cuéter fue

derrotado, la Sala decide el control inmediato de legalidad de las Resoluciones n°. 1361 del 2 de julio y 1555 del 5 de agosto 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 1° de abril de 2020.

## SÍNTESIS DEL CASO

La Resolución n°. 1361 de 2020 del Ministerio de Hacienda definió la metodología para el cálculo de la disminución de los ingresos de los beneficiarios del Programa de Apoyo para el Pago de la Prima de Servicios (en adelante PAP), el proceso y las condiciones a las cuales deben sujetarse las entidades financieras involucradas, la UGPP y todos los actores que participen del programa, el calendario de postulación y los plazos, la verificación y cálculo del aporte estatal, la restitución del beneficio si a ello hay lugar y otras medidas accesorias como la socialización del programa, el uso de medios electrónicos y el fomento del control ciudadano. Luego, la Resolución n°. 1555 de 2020 separó los requisitos de postulación, verificación, método de cálculo del aporte estatal, el calendario y los plazos del PAP de lo previsto en las resoluciones que regularon el Programa de Apoyo al Empleo Formal (en adelante PAEF). El PAP 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 octubre de 2020, la Secretaría General del Consejo de Estado aprehendió de oficio la Resolución n°. 1361 del 2 julio de 2020 para el control inmediato de legalidad, radicó el asunto y lo pasó a Despacho. El 28 de octubre siguiente, el consejero de Estado Carmelo Perdomo Cuéter avocó el conocimiento, dispuso la publicación del aviso para intervención ciudadana y ordenó notificar al agente del Ministerio Público para que se pronunciara acerca de la legalidad del acto. El 23 de octubre de 2020, la Secretaría General del Consejo de Estado aprehendió de oficio la Resolución n°. 1555 del 5 de agosto de 2020 para el mismo control, radicó el asunto y lo pasó a Despacho del consejero de Estado Julio Roberto Piza Rodríguez que, el 26 de octubre siguiente, remitió el asunto al Despacho del consejero Perdomo Cuéter para que decidiera sobre la posible acumulación de procesos. El 20 de enero de 2021, se acumularon los procesos n°. 11001-03-15-000-2020-04467-00 y 11001-03-15-000-2020-04468-00, porque la Resolución n°. 1555 de 2020 modificó la Resolución n°. 1361 de 2020. El consejero Perdomo Cuéter avocó el conocimiento de la resolución modificatoria, dispuso la publicación del aviso para intervención ciudadana y ordenó notificar al agente del Ministerio Público para que se pronunciara acerca de la legalidad del acto.

En el plazo para las intervenciones ciudadanas, el Ministerio de Hacienda sostuvo que el Decreto Legislativo 770 de 2020 le encargó definir el método de cálculo de la disminución de ingresos de los empleadores, que habilita recibir la ayuda del PAP (parágrafo 4 del artículo 8), el proceso y las condiciones a las que deben sujetarse las entidades financieras involucradas, la UGPP y todos los actores que participan del programa (parágrafo 2 del artículo 10) y el proceso de restitución de los recursos del PAP, si el beneficiario no cumple los requisitos (parágrafo del artículo 14). Adujo que el Gobierno Nacional consideró necesario otorgar un subsidio a los empleadores para el pago de la prima de servicios de mitad de año de 2020, porque el confinamiento y las restricciones de la movilidad que se impusieron para enfrentar la pandemia del COVID-19, afectaron las actividades económicas de la industria y el comercio, dificultaron a los empleadores

y comerciantes el cumplimiento de sus obligaciones para con sus trabajadores, proveedores y demás acreedores. Respecto de la Resolución 1555 de 2020, explicó que con este acto separó los requisitos de acceso del PAP de lo previsto para el PAEF. El Ministerio Público conceptuó en favor de la legalidad de las resoluciones. Afirmó que el Ministerio de Hacienda es competente para reglamentar el PAP y que las medidas contenidas en las resoluciones son armónicas con el Decreto Legislativo 770 de 2020.

Como el 23 de abril de 2021 el consejero Perdomo Cuéter presentó un proyecto de fallo, pero no alcanzó la mayoría para su aprobación, el 5 de mayo siguiente el entonces ponente ordenó que el expediente pasara al Despacho del consejero de Estado, de la posición mayoritaria, que siguiera en turno. El 6 de mayo de 2021, la Secretaría General remitió el expediente al Despacho de quien ahora actúa como ponente.

## 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 excepción.

#### 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. De no suceder así, la jurisdicción de lo contencioso administrativo aprehenderá de oficio el conocimiento del acto (art. 20 LEEE). Como el 22 y 23 de octubre de 2020, se avocó oficiosamente el conocimiento de las Resoluciones n°. 1361 y 1555, respectivamente, para el control inmediato de legalidad, la oportunidad para esta actuación judicial está satisfech[https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=/ConexionContent/WCC\\_CLUSTER-136238](https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=/ConexionContent/WCC_CLUSTER-136238).

### 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 de 2020. Asimismo, que el Decreto Legislativo 770 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, los actores que participan en el PAP, y definiera el proceso de restitución del aporte estatal, si el beneficiario no cumplía los requisitos para acceder a ello.

En desarrollo del Decreto Legislativo 770 de 2020, la Resolución n°.1361 del 2 de julio de 2020 definió los documentos y requisitos de postulación al PAP y la metodología del cálculo de la disminución de ingresos que habilita a los beneficiarios para recibir la ayuda. Estableció el calendario de postulación, plazos del programa, el procedimiento de asignación y las condiciones a las que debían sujetarse las entidades financieras, la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP y todos los partícipes del PAP. 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 al decreto legislativo. También, dictó medidas accesorias como la socialización del programa, el uso de medios electrónicos y el fomento del control ciudadano.

El Ministerio de Hacienda, por Resolución n°. 1555 del 5 de agosto de 2020, dispuso: (i) separar los procedimientos de postulación del PAEF y el PAP; (ii) eliminar como requisito para recibir el PAP la condición simultánea de ser beneficiario del PAEF; (iii) establecer que el procedimiento y los plazos del PAP se regulan únicamente por el Manual Operativo de ese programa, sin acudir a la Resolución 1129 de 2020 -que regula el PAEF- e (iv) incluir en el manual un mecanismo para subsanar las postulaciones al PAP, que no se presentaron o no fueron recibidas porque el postulante no tenía la condición simultánea de acceso al PAEF.

### III. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si las Resoluciones n° 1361 del 2 de julio y 1555 del 5 de agosto de 2020, expedidas por el Ministerio de Hacienda, se ajustan a los preceptos que les 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 legalidad.

Examen formal de las resoluciones n°. 1361 y 1555 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, porque solo opera hacia el futuro <https://cutt.ly/Akqynhf>.

Como las Resoluciones n°.1360 y 1555 de 2020 perdieron fuerza ejecutoria, porque fueron subrogadas por la Resolución 0360 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 para el Pago de la Prima de Servicios-PAP hasta enero 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 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 770 de 2020 facultó al Ministerio de Hacienda para que, mediante acto administrativo, determinara el método de cálculo de la disminución en ingresos (art. 8, 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 PAP (art. 10, párrafo 2), y definiera el proceso de restitución del aporte estatal del PAP (art. 14, 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 el decreto legislativo señalado.

### **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 los preceptos que sirvieron de sustento para las medidas; (iv) tienen las respectivas partes resolutivas; (v) una tiene derogatorias, pues suprime o modifica la resolución anterior.

Examen material de las Resoluciones n°. 1361 y 1555 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 empleadores.

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 de la Corte Constitucional. En segundo lugar, el decreto explicó 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, en el ámbito de la hacienda pública, se había presentado una disminución de los ingresos y un aumento de los gastos.

El Decreto Legislativo 770 de 2020, expedido en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 de 2020, creó y reguló el PAP, que consiste en un único aporte monetario de naturaleza estatal, con el objeto de apoyar y subsidiar el primer pago de la prima de servicios de 2020 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. La Corte Constitucional consideró que había conexidad entre el PAP y el estado de excepción declarado en el Decreto 637 de 2020.

Las Resoluciones n°.1361 y 1555 de 2020 desarrollaron el mencionado decreto legislativo para hacer operativo el PAP y, con ello, mitigar los efectos adversos de la pandemia en la economía y el empleo. De modo que es clara la relación de conexidad entre estos actos y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, social y 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 desarrollo.

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- 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 supuesto- 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[[]]<https://cutt.ly/Akqynhf>[[]]).

Además, la prohibición establecida en el artículo 355 CN no es absolut[[]], 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. 5[[]]), no configura una donación prohibida, sino que -por el contrario- responde al cumplimiento de los fines sociales del Estad[[]].

Por ello, la Corte Constitucional estimó que el aporte estatal creado por el Decreto Legislativo 770 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, pues es una herramienta para garantizar el postulado constitucional del pleno empleo durante la crisis generada por la pandemi.

#### Programa de Apoyo para el Pago de la Prima de Servicios-PAP

13. Como las Resoluciones n°. 1361 y 1555 de 2020 del Ministerio de Hacienda se expidieron en desarrollo del Decreto Legislativo 770 de 2020, es necesario sintetizar el contenido de ese precepto.

13.1 El Decreto Legislativo 770 del 3 de junio de 2020 creó el PAP como un programa social del Estado, que otorga al beneficiario un único aporte monetario de naturaleza pública para mitigar los efectos del virus en la economía, con cargo a los recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias-FOME, para apoyar y subsidiar el primer pago de la prima de servicios de 2020, con ocasión de la pandemia del COVID-19.

El Decreto Legislativo 770 de 2020 regula el PAP en 13 artículos -del 7 al 19-. La Corte Constitucional declaró exequible ese precept. Las medidas del PAP se agrupan en tres componentes:

(i) La medida central, su naturaleza, características y elementos: naturaleza del programa (art. 7), beneficiarios (art. 8), cuantía del aporte (art. 9), la temporalidad del subsidio (art. 11), el mecanismo de entrega del aporte (art. 12) y las causales de restitución del beneficio si se incumplen los requisitos (art. 14).

(ii) Los procedimientos administrativos que se requieren para acceder y operar el programa: se faculta al Ministerio de Hacienda para determinar el método de cálculo de la disminución de ingresos del empleador (art.8, parágrafo 4), el procedimiento de postulación de los interesados (art. 10), el procedimiento de restitución del aporte por incumplimiento de los requisitos (art. 14, parágrafo) y la habilitación de canales virtuales y medios electrónicos para la operación del programa (art. 18).

(iii) Medidas accesorias que facilitan la materialización y la finalidad del PAP: se faculta al Ministerio de Hacienda para que suscriba o modifique los convenios con los operadores bancarios para el pago del aporte y se faculta a las autoridades y particulares, que intervienen en la gestión del programa, para que manejen los datos de los postulantes y beneficiarios (arts. 13 y 15), se establece la exención del gravamen a los movimientos financieros-GMF para el traslado de recursos del aporte entre Estado-entidad financiera y entidad financiera-beneficiario y se



excluye del IVA en la comisión o servicio que se cobre en la dispersión de los recursos (art. 16), se determina la inembargabilidad y destinación específica de los dineros del aporte monetario y se autoriza los descuentos de nómina a los trabajadores sobre esos dineros (art. 17) y se fija el alcance de la responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal de los servidores públicos que intervienen en el PAP (art.19).

Resolución n°. 1361 de 2020

14. Para el estudio de las medidas de la Resolución n°. 1361 de 2020 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 el parágrafo 4 del artículo 2 de la Resolución n° 1361 de 2020.

El artículo 1° establece que quienes se postulen y cumplan los requisitos del Decreto Legislativo 770 de 2020 recibirán un aporte, por empleado, de \$220.000. Este precepto es consonante con lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto Legislativo 770 de 2020, que prevé que la cuantía del aporte corresponde al número de empleados que cumplan con los requisitos establecidos en el parágrafo 10 del artículo 8 de ese decreto multiplicado por \$220.000, es decir, que tengan la condición de trabajadores dependientes.

El parágrafo 4 del artículo 2 de la Resolución n° 1361 de 2020 señala que no podrán acceder al programa las personas naturales que tengan menos de tres empleados en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) y las personas expuestas políticamente-PEP o sus consanguíneos en segundo grado y afines en primer grado. Esta norma reproduce lo dispuesto por el parágrafo 7 del artículo 8 del Decreto Legislativo 770, que excluyó del PAP a las personas naturales que se encuentran en estas dos situaciones.

El artículo 3 de la Resolución n° 1361 de 2020 remite al artículo 3 de la Resolución 1129 de 2020 -que define la metodología de cálculo de la disminución de los ingresos de los beneficiarios del PAEF- para determinar cómo se establece la disminución del 20% de los ingresos de los empleadores, requisito que los habilita como beneficiarios del PAP, 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. Si bien, el Consejo de Estado ya estudió, en control inmediato de legalidad, la Resolución 1129 de 2020 y la declaró ajustada a derecho, es necesario verificar que esas disposiciones sean compatibles con las normas extraordinarias del PAP, para que la remisión de la Resolución n° 1361 de 2020 esté conforme a derecho.

Al confrontar el acto sujeto a control y la norma superior que le sirve de sustento, se evidencia que la metodología de cálculo de disminución de ingresos de los empleadores es armónica con los postulados del PAP y cumple la finalidad del parágrafo 4 del artículo 8 del Decreto Legislativo 770. En efecto, el precepto extraordinario faculta al Ministerio de Hacienda para extender al PAP la metodología aplicada al PAEF, en relación con la determinación de la disminución de ingresos de los beneficiarios.

La Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del artículo 8 -parágrafo 4- del Decreto Legislativo 770 de 2020 (PAP), no dispuso condicionamiento alguno respecto de la exequibilidad del precepto, por tanto, sobre este punto opera la cosa juzgada constitucional (art. 243 CN). Conviene advertir que respecto del artículo 2 -numeral 1- del Decreto Legislativo 677

de 2020, precepto que sirve de fundamento al artículo 3 de la Resolución 1129 de 2020 (PAEF), esa Corporación declaró la exequibilidad condicionada, en el entendido que las personas jurídicas constituidas hasta el 6 de mayo de 2020 podían postularse al PAEF. De allí que el Consejo de Estado, en el control automático de legalidad del artículo 3 de la Resolución 1129 de 2020, declaró ajustada a derecho la medida, pero conforme al condicionamiento dispuesto por la Corte Constitucional. Como en este caso no hubo condicionamiento alguno, el control automático de legalidad del artículo 3 de la Resolución 1361 de 2020 sigue la misma suerte de la norma superior que desarrolla, es decir, del artículo 8 -parágrafo 4- del Decreto Legislativo 770 de 2020.

Los parágrafos 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 3 de la Resolución 1129 de 2020 (aplicables por remisión del artículo 3 de la resolución controlada) 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 parágrafos desarrollan la competencia otorgada por el parágrafo 4 del artículo 8 del Decreto Legislativo 770.

14.2 La potestad reglamentaria por la vía del acto administrativo formula las medidas necesarias para la ejecución práctica de un precepto legal, es decir, torna efectivo y práctico el enunciado abstracto de la ley. Esta potestad debe contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no puede extenderse más allá de su objeto. Lo contrario, implica extralimitación. Pasaría de la cumplida ejecución de la ley, a modificarla o alterarla, e invadiría las competencias del legislador, al decretar normas que -en democracia- solo a este último le corresponde.

El artículo 4 de la Resolución 1361 de 2020 fija las reglas para la verificación y cálculo del aporte estatal por parte de la UGPP. Dispone que, para efectos de conceder el beneficio del PAP, se deberá tener en cuenta solamente los empleados por los que se concedió el PAEF. Así, el acto controlado prevé un requisito adicional a los que establece el artículo 8 del Decreto Legislativo 770 de 2020, pues exige al empleador que se postula al PAP tener la condición de beneficiario del PAEF. Como el Decreto Legislativo 770 de 2020 no estableció ese requisito, es claro que el artículo 4 de la Resolución n°. 1361 de 2020 excede la competencia reglamentaria del Ministerio de Hacienda. La disposición reglamentaria no puede establecer requisitos no previstos por el legislador extraordinario. Por ello, se declarará nulo el fragmento respectivo de la medida.

14.3 El literal a) y b) del artículo 4 de la resolución controlada establece como condiciones que debe verificar la UGPP para determinar el número de empleados y calcular el aporte estatal del PAP: (i) que los cotizantes beneficiarios tengan un ingreso base de cotización por lo menos de un SMLMV y hasta un millón de pesos y (ii) que se hayan hecho los aportes a seguridad social durante los meses de abril, mayo y junio de 2020. Estos criterios se ajustan a las normas superiores en las que se fundan, pues los mismos supuestos están contenidos en el parágrafo 10 del artículo 8 y parágrafo 1 del artículo 9, respectivamente, del Decreto Legislativo 770 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 (parágrafo 1); seguir verificando el cumplimiento de requisitos dentro de las labores de fiscalización que adelante durante los tres años siguientes al programa (parágrafo 2); adelantar el cobro coactivo contra los beneficiarios que recibieron el aporte sin cumplir requisitos (parágrafo 3); y 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 (parágrafo 4). Como todas estas

actividades a cargo de la UGPP son coherentes con la labor de fiscalización que le fue asignada en el PAP y reproducen lo contenido en el parágrafo 5 del artículo 8 y en los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 10 del Decreto Legislativo 770 de 2020, también se encuentran ajustadas a las normas superiores.

14.4 Los procedimientos administrativos que se requieren para acceder y operar el programa. En este grupo se estudiarán los artículos 2, 5, 6, 7 y 9 de la Resolución n°. 1361 de 2020.

El artículo 2 de la Resolución n°.1361 prevé que los documentos para la postulación al programa, requisito necesario para acceder al beneficio, son los mismos que establece el artículo 2 de la Resolución 1129 de 2020 (PAEF), es decir: un formulario estandarizado, elaborado por la UGPP y puesto a disposición de los beneficiarios a través de las entidades financieras, en el que se debe consignar la información del solicitante (numeral 1). 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 (numeral 2). En relación con estos documentos, no se advierte contradicción frente a lo dispuesto por las normas superiores, pues se reproduce lo que ordena el artículo 10 del Decreto Legislativo 770 de 2020.

Los párrafos 1, 2, 3 y 6 del artículo 2 de la Resolución 1361 de 2020 tratan asuntos operativos del PAP: 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, así como el trámite en los casos en que el beneficiario se encuentre en proceso de restructuración o liquidación y las alternativas para firmar la solicitud. Estas normas se enmarcan en la competencia del Ministerio de Hacienda para establecer el proceso y las condiciones a las que deben sujetarse todos los actores del programa, de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 10 del Decreto Legislativo 770 de 2020.

Por su parte, el parágrafo 5 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 parágrafo 8 del artículo 8 del Decreto Legislativo 770 de 2020.

El artículo 5 de la Resolución 1361 de 2020 remite a lo que establece el artículo 5 de la Resolución 1129 de 2020 para determinar el proceso, calendario de postulación y plazos del programa PAP. 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 se remiten 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, deben enviar 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 n°. 1242 de 2020 adiciona el artículo 5-1 a la Resolución n°. 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.

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 770 de 2020.

El artículo 6 de la Resolución 1361 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. Este artículo desarrolla la obligación de restitución del aporte estatal del PAP, contenida en el artículo 14 del Decreto Legislativo 770 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 por incumplimiento de los requisitos para acceder al beneficio. 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 no se hubiera podido distribuir los recursos, 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, por tanto, se ajusta al Decreto Legislativo 770 de 2020.

Como el artículo 9 de la resolución reproduce el artículo 18 del Decreto Legislativo 770 de 2020, que promueve el uso de canales virtuales y medios electrónicos por parte de los actores involucrados en el PAP, también se encuentra conforme a las normas superiores.

14.5 Medidas accesorias que facilitan la materialización y cumplimiento de la finalidad del PAP. En este grupo se estudiarán los artículos 8, 10 y 11 de la Resolución n° 1361.

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 PAP, 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, es decir, los artículos 3 -numeral 9- y 8 CPACA.

El artículo 11 de la Resolución n°. 1361 de 2020 determina que el Ministerio de Hacienda podrá elaborar un Manual Operativo con carácter vinculante, que establezca el detalle del mecanismo de transferencia, la certificación, restitución y devolución de recursos. La competencia para expedir el Manual Operativo se encuentra en el decreto legislativo que desarrolla la resolución controlada. En efecto, el párrafo 2 del artículo 10 y el párrafo del artículo 14 del Decreto Legislativo 770 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, 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 1361 de 2020, porque 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 10 y con el párrafo del artículo 14 del Decreto Legislativo 770 de 2020.

En conclusión, la Resolución 1361 de 2020 se ajusta a lo dispuesto por los preceptos extraordinarios -Decretos Legislativos 637 y 770 de 2020-, expedidos con ocasión de la emergencia económica, social y ecológica.

La Resolución n°. 1555 de 2020

15. El Ministerio de Hacienda, por la Resolución 1555 del 5 de agosto de 2020, modificó la Resolución 1361 de 2020 así: (i) separó, en lo pertinente, los procedimientos de postulación del PAEF y el PAP; (ii) eliminó como requisito para acceder al PAP la condición de ser beneficiario del PAEF; (iii) adicionó que el procedimiento y los plazos del PAP se regularán por lo establecido en el Manual Operativo del PAP y no solo por lo determinado en la Resolución 1129 de 2020 (PAEF) y (iv) dispuso que el manual ordenará la subsanación de las postulaciones al PAP, que no se presentaron o no fueron recibidas por no haberse postulado concurrentemente con el PAEF.

En efecto, el Ministerio de Hacienda ajustó la reglamentación del PAP con el artículo 1 de la Resolución 1555 de 2020. Eliminó el requisito del artículo 4 de la Resolución 1361 de 2020, según el cual solo los beneficiarios del PAEF podían acceder al PAP. Este ajuste armonizó la reglamentación del PAP con el Decreto Legislativo 770 de 2020, tal como lo reconoció la entidad en el memorial 2-2021-005215, que allegó a este proceso. Asimismo, el artículo 2 de la Resolución 1555 de 2020 aclaró que el procedimiento del PAP sigue los lineamientos del PAEF, sin perjuicio de algunas disposiciones propias de la reglamentación del PAP, dado el calendario para acceder a uno y otro subsidio, la naturaleza del beneficio para el pago de la prima de servicios -que se entrega por una sola vez- y la necesaria distinción que las entidades financieras deben tener entre los programas. Además, ese artículo facultó a las entidades financieras a recibir nuevas postulaciones, en los términos que establezca el Manual Operativo PAP, para aquellos postulantes que no se presentaron o cuyas solicitudes no se recibieron, porque no tenían la condición de beneficiarios del PAEF. Así, el artículo 3 de la Resolución 1555 de 2020 señaló que el Manual Operativo del PAP podía establecer plazos para esas nuevas postulaciones.

Como el Ministerio de Hacienda con estas modificaciones adecuó algunos aspectos de la reglamentación del PAP al Decreto Legislativo 770 de 2020 y estableció un procedimiento para subsanar las postulaciones que se rechazaron, porque el postulante no era beneficiario del PAEF, la Resolución 1555 de 2020 se ajusta a derecho.

16. 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 del Decreto Legislativo 770 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 del Ministerio Público, que advirtieron que las resoluciones objeto de control satisfacen esos requisitos.

Las medidas impartidas por las resoluciones -referidas a la reglamentación del PAP- 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.

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 óptim

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n°. 24, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: ANÚLASE la expresión “la UGPP contabilizará aquellos aprobados en el marco del programa PAEF” del artículo 4 de la Resolución n°. 1361 del 2 de julio de 2020, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLÁRASE la legalidad de las demás disposiciones de las Resoluciones n°. 1361 del 02 de julio de 2020 y 1555 del 05 de agosto 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.

TERCERO: En firme esta decisión, ARCHÍVESE el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Presidente de la Sala

Salvamento de voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE (E)  
ARGÜELLO

MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS      GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

SG/MAR/1C digital



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo