



## La falta de transparencia en el uso de los recursos para la pandemia:

Intervención del Observatorio Fiscal de la Pontificia Universidad Javeriana ante la Corte Constitucional sobre el decreto 444 de 2020

05 de mayo  
de 2020

El Observatorio solicita que se condicione la constitucionalidad del Decreto Legislativo 444 de 2020, específicamente de los artículos 3 y 4, a que se cumpla con el propósito de centralizar los recursos para conjurar la situación de emergencia actual a través del Fondo de Mitigación de Emergencias, y a la existencia de mecanismos que permitan estimar, controlar y vigilar el uso eficiente y transparente de los recursos destinados al FOME.



Pontificia Universidad  
**JAVERIANA**  
Bogotá

| VIGILADA MINEDUCACIÓN |

**Observatorio fiscal**  
de la Pontificia Universidad Javeriana

Bogotá D.C. mayo 05 de 2020

Honorable Magistrado  
**CARLOS BERNAL PULIDO**  
Magistrado Sustanciador

Corte Constitucional  
[secretaria3@corteconstitucional.gov.co](mailto:secretaria3@corteconstitucional.gov.co)  
[despachocarlosbernal@corteconstitucional.gov.co](mailto:despachocarlosbernal@corteconstitucional.gov.co)  
CALLE 12 N° 7 - 65, PISO 2  
Teléfono 57 (1) 3506200 Ext. 3202 3206 fax 57 (1) 3367582  
Bogotá D.C.

Ref.: Exequibilidad condicionada contra el artículo 3, *recursos*, y el artículo 4, *uso de recursos*, del Decreto Legislativo 444 de 2020 “*Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias - FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*”.

Luis Carlos Reyes, actuando en nombre del Observatorio Fiscal<sup>1</sup>, parte de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Javeriana, sede Bogotá, identificado como aparece al pie de mi firma, de acuerdo a lo dispuesto por el Auto expedido el 31 de marzo de 2020, el artículo 242, 1 de la Constitución Política y por el Decreto Ley 2067 de 1991 me permito presentar la siguiente intervención ciudadana, dentro del término exigido, solicitando la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 3, *recursos*, y el artículo 4, *uso de recursos*. Para tal efecto, se analizarán las medidas sobre los que versan los siguientes ejes temáticos: (i) creación del FOME (objeto, recursos, usos, entre otros), (ii) administración y funciones del FOME del Decreto Legislativo cuya constitucionalidad se estudia.

En el marco del Estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional declarado a través del Decreto 417 del 2020 el Gobierno Nacional, haciendo uso de las facultades extraordinarias contempladas en el artículo 215 de la Constitución Política, promulgó el Decreto Legislativo número 444 “*Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*”. Este Fondo tiene como objeto “*atender las necesidades de recursos para la atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento*”. En

---

<sup>1</sup> El Observatorio Fiscal de la Pontificia Universidad Javeriana tiene como objetivo democratizar la información sobre las finanzas públicas en Colombia, por medio del análisis de políticas públicas relacionadas con la tributación y el gasto público.

ese orden de ideas, según lo establece el Decreto 444/20, la disposición inicial del FOME es que sea un fondo especial en el que el Gobierno Nacional centralice los recursos necesarios para *“conjurar la inminente crisis e impedir la extensión de sus efectos, y contribuir a enfrentar las consecuencias adversas generadas por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19, con graves afectaciones al orden económico y social”*. Para efecto de la solicitud de la declaratoria de exequibilidad condicionada de las disposiciones de los ejes temáticos que versan sobre la creación, administración y funciones del FOME, en primer lugar se presenta un breve recuento sobre el Fondo, en segundo lugar se exponen las normas y principios que se ven vulnerados por la inexistencia de mecanismos para controlar la eficiencia del uso de los recursos del FOME, en tercer lugar se analizan las implicaciones de la administración y funciones del FOME; en cuarto lugar se describe el incumplimiento por parte el Gobierno de centralizar los recursos a través del Fondo; por último se realizará una breve conclusión y se reitera la solicitud de la presente intervención.

## **1. CREACIÓN DEL FONDO DE MITIGACIÓN DE EMERGENCIAS -FOME (OBJETO, RECURSOS, USOS, ENTRE OTROS)**

### **1.1. EL FONDO DE MITIGACIÓN DE EMERGENCIAS - FOME**

La creación del Fondo de mitigación de emergencias – FOME se anunció en el Decreto 417 de 2020, en donde se especificó que para ello se haría uso de los recursos a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, como el Fondo de Ahorro y Estabilización – FAE y el Fondo de Pensiones Territoriales – FONPET, *“a título de préstamo o cualquier otro que se requiera”*. Es importante reconocer también que en el mismo decreto se anunció el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías – FNG a través de los recursos de capital de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional *“con el fin de garantizar la continuidad del acceso al crédito de las personas naturales o jurídicas”*. El FOME es un fondo especial, que en concordancia con la Ley 225/95, (artículo 27) no tiene personería jurídica, está bajo la titularidad, administración y ordenación del gasto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Respecto de los recursos de los que dispone para la atención de la pandemia, en el Decreto 417 se proyectó que serían del orden de \$4.961.885.951.600, y que cubrirían las necesidades de la atención en salud, las incapacidades, el aumento de unidades de cuidados intensivo y la expansión del área de aislamiento a través de la abolición de capacidad hotelera. En el Decreto se reconoce que esta estimación de costos no incluye las comorbilidades, la atención a pacientes crónicos en casa para evitar la exposición al riesgo, la compensación económica temporal por aislamiento preventivo y las estrategias para modificar el comportamiento de los residentes en Colombia.

### **1.2. EL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICO SOCIAL Y ECOLÓGICO PRINCIPIOS Y NORMAS RELACIONADAS**

En virtud del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, que faculta al Gobierno Nacional para expedir decretos con fuerza de ley, se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica, causada por la expansión del virus COVID-19 en el territorio

colombiano (Decreto 417 de 2020). El artículo 215 contempla uno de los tres estados de excepción y establece que:

*Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 [estado de guerra exterior y de conmoción interior] que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. 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**, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. [...] El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia [...]. (Subraya y negrilla por fuera del texto original).*

De lo que se desprende la “naturaleza reglada, excepcional y limitada, de los estados de excepción” (Sentencia C-466 de 2017), de manera que según la Ley Estatutaria de Estados de Excepción (Ley 137 de 1994, arts. 9, 11, 12, 13 y 47.) las facultades otorgadas al Gobiernos dentro del estado de emergencia “no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción” sino que las medidas decretadas deben atender a los principios de: i. motivación de incompatibilidad; ii finalidad, estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos; iii. necesidad, expresar claramente las razones por las cuales la medida es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia, económica, social y ecológica; y iv. guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar.

Estos principios han tenido un amplio desarrollo jurisprudencial, como lo expresa la Corte Constitucional en sentencia C-226/11 en la que establece que el control constitucional de los decretos que se promulguen en el marco de la emergencia parte del análisis de la conexidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas. Así, el juicio de conexidad “se orienta a la verificación de un nexo causal entre (i) las situaciones que de manera mediata e inmediata han dado origen a la declaración del estado de excepción y la finalidad de las medidas introducidas (conexidad externa), y entre (ii) tales causas y la materia regulada por los decretos legislativos correspondientes (conexidad interna). Este juicio se desprende del artículo 215 superior que en su incisos tercero y cuarto señala que los decretos deben estar destinados “exclusivamente” a superar la situación que hubiere determinado la declaración del estado de excepción y a impedir la extensión de sus efectos, y deben referirse a materias que tengan “relación directa y específica” con el estado de emergencia”. Por su parte, respecto del juicio de cumplimiento del principio de proporcionalidad, esta corporación establece que “el juicio de proporcionalidad se dirige a verificar la adecuación de los medios con los fines propuestos tanto por la Constitución

como por los decretos de excepción. Dicho juicio comprende un estudio de (i) la necesidad de la medida; (ii) la idoneidad y conducencia de los medios escogidos por el Ejecutivo para realizar no sólo el fin general de “conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos”, sino también los fines específicos definidos por el respectivo decreto legislativo; y (iii) **la proporcionalidad en estricto sentido de la medida. La proporcionalidad estará dada por la mínima repercusión negativa que las medidas adoptadas para alcanzar el fin o los fines propuestos, tengan sobre otros principios igualmente fundamentales.**” (Subraya y negrilla por fuera del texto original).

Por su parte, la Ley 137 de 1994, artículo 52, establece que en materia de responsabilidad, el Ejecutivo deberá responder política, civil, administrativa y penalmente, según corresponda, cuando se utilice la figura del estado de excepción en vano o se comentan abusos y extralimitaciones en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en virtud de este. Para tales efectos **“en los decretos respectivos serán establecidas las medidas, sistemas y procedimientos que impidan o eviten excesos en la función que corresponde cumplir a los representantes o agentes gubernamentales”**. (Subraya y negrilla por fuera del texto original). El FOME no cuenta con herramientas, mecanismo o un sistema para el control del adecuado manejo de los recursos, lo que impide que se vigile que su administración esté exenta de abusos y extralimitaciones.

Asimismo, como se expuso anteriormente, el juicio de proporcionalidad realizado en sede de control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 444/20, además de cuidar que las medidas establecidas en el Decreto guarden una relación de proporcionalidad con los hechos que dieron lugar a la emergencia, que en el presente caso se cumple, debe velar porque el impacto negativo a otros principios sea mínimo o nulo. Por lo que la medida en cuestión debe encontrarse en armonía entre otros, con los principios de legalidad y seguridad jurídica (arts. 1, 121, 122, 123 y 230 C.P.) y los principios de la transparencia y acceso a la información pública (Ley 1712 de 2014, art. 3).

En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional se ha referido a los principios de legalidad y seguridad jurídica. Por un lado ha establecido que el principio de legalidad **“exige la existencia de una regulación previa y suficiente que oriente las funciones y permita establecer el alcance de las autoridades públicas”** (Sentencia C-435 de 2013). Por lo que los conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas abiertas atentan contra este principio, así **“si el concepto es tan abierto que no puede ser concretado en forma razonable, se desconoce el principio de legalidad.”** Igualmente, el principio de seguridad jurídica está relacionado con la buena fe, (C.P., art. 83) y con el principio de la confianza legítima en la actividad del Estado, **“los cuales no se satisfacen con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agotan en la simple adscripción nominal del principio de legalidad”**, sino que se espera que las actuaciones de las autoridades a pesar de tener un fundamento jurídico, no sean congruentes con el ordenamiento jurídico o resulten contradictorias (Sentencia 284 de 2015). (Subraya y negrilla por fuera del texto original). Aplicado al caso objeto de análisis, como se verá más adelante, el Decreto 444 de 2020 no presenta la distribución de fuentes de ingreso y de gasto del Fondo, ni establece parámetros o mecanismos para su determinación, lo que en materia fiscal se considera un concepto jurídico

indeterminado que contraría el concepto indeterminado pero determinable de gasto público social (Sentencia C-317/98).

Por su parte, el principio de transparencia, desarrollado por la Ley 1712/14 “conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos [dicha] ley se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos **están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley**” le es aplicable al Ministerio de Hacienda y Crédito Público bajo cuya administración se encuentra el FOME, en virtud del artículo 5, literal f, según el cual el “las entidades que administren instituciones parafiscales, **fondos** o recursos de naturaleza u origen público.” quedan obligadas a cumplir las disposiciones de transparencia y acceso a la información. Principio, que como se verá a continuación, tampoco se cumple.

### 1.3. ADMINISTRACIÓN Y FUNCIONES DEL FOME - IMPLICACIONES

Como aspecto principal, es importante destacar que no se expone con transparencia el uso de los recursos a cargo del FOME. Propiamente, en el Decreto 444 no se presenta la distribución de fuentes de ingreso y de gasto del FOME. Si bien, en el artículo 3 se listan los recursos, no se presenta la carga de cada uno ni su distribución. Un aspecto que más adelante se mantendría con la transferencia efectiva de recursos al FOME en el Presupuesto General de la Nación. Asimismo, si bien en el Artículo 4 se expone el uso de recursos, nuevamente, no se presenta la carga ni su distribución. Este aspecto no se desarrolla en algún decreto posterior. Igualmente, es importante destacar que algunos componentes del uso de recursos son abstractos y no se especifica a qué hacen referencia. Por ejemplo, en los numerales 4 y 5 del uso de recursos se especifica que serán invertidos en “actividades de interés nacional” sin dictar ningún lineamiento o referencia respecto a qué aspectos se consideran propiamente como “interés nacional”. De esta forma, se abre la posibilidad de que los recursos se tergiversen.

Por un lado, no existe información pública en donde se expongan las fuentes de financiamiento y los gastos del FOME. Si bien en el Decreto 417 se expuso que los recursos destinados para atender la emergencia serían del orden de cinco billones de pesos y se presentó una distribución preliminar, en el Decreto 444/20, de su creación, no se hace referencia a alguna magnitud. La magnitud del FOME se expone posteriormente en el Decreto 519/20, en el que se le adicionan quince billones de pesos provenientes de los “Fondos especiales de la nación”, sin especificar de cual o cuales fondos provienen los recursos. Posteriormente, en el Decreto 552/20 se adicionaron recursos al FOME provenientes del Fondo de Riesgos laborales.

Paralelamente, en diversos medios de comunicación se han presentado algunas inversiones sociales a realizar con los recursos del FOME, sin especificar su distribución. Ahora bien, si bien es cierto que en algunos decretos presidenciales se han expuesto destinaciones específicas de los recursos, tales como el apoyo a la población cesante (Decreto 553/20), el ingreso solidario (Decreto 518/20), entre otros, es un hecho que en no es posible identificar la distribución de

recursos entre programas sociales a partir de los decretos de presidencia. En ese orden, es imposible hacerle seguimiento, veeduría y control al uso de sus recursos.

#### **1.4. CENTRALIZACIÓN DE LOS RECURSOS - INCUMPLIMIENTO**

El FOME no centraliza los recursos para atender las necesidades por la pandemia por parte del Gobierno nacional tal como se propone en su creación. Por su parte, el Gobierno nacional ha dispuesto recursos en otras cuentas nacionales. Por ejemplo, en el Decreto 559/20 se crea una subcuenta en el Fondo nacional de gestión de riesgos de desastres para la mitigación de la emergencia, en el Decreto 496 se autoriza el fortalecimiento del Fondo nacional de garantías mencionando recursos por el orden de 650 miles de millones y en el Decreto 552 se adicionan más de \$3 billones de pesos para fortalecer el Fondo nacional de garantías. Es importante reconocer también, que el fortalecimiento del Fondo se da con recursos de capital de las entidades del orden nacional, sin embargo, no se especifica a qué entidades se hace referencia específicamente.

#### **1.5. SOLICITUD**

De acuerdo a todo lo anterior, a pesar de ser una medida adoptada dentro de una situación de emergencia, esta no puede desconocer los límites constitucionales y legales que reglamentan el ejercicio de las facultades extraordinarias del Gobierno Nacional, cuyos decretos, según las disposiciones ya mencionadas, así como lo preceptuado por la Constitución Política, serán objeto de control político y judicial, por lo que reiteramos ante la Honorable Corte nuestra petición de que se declare la exequibilidad condicionada de los artículos 3 (*Recursos*), y 4 (*Uso de los recursos*), del Decreto Legislativo número 444 “Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. Siempre que se cumpla con el propósito de centralizar los recursos a través de este Fondo para conjurar la situación de emergencia actual y se vele por la consecución de los principios de legalidad, seguridad jurídica y transparencia a través de la creación de mecanismos para la estimación de los recursos destinados al FOME y de un sistema para la vigilancia y control del uso adecuado y eficiente de los mismos.

Atentamente,



---

**LUIS CARLOS REYES HERNÁNDEZ**

C.C 80717977 de Bogotá

Director del Observatorio Fiscal de la Pontificia Universidad Javeriana

Juan David Oviedo

---

**JUAN DAVID OVIEDO**

C.C 1144 048 572 de Cali

Asesor de Finanzas Públicas del Observatorio Fiscal de la Pontificia Universidad Javeriana



---

**VALENTINA HERRERA OSPINA**

C.C 1032 468 510 de Bogotá

T.P. 311 425

Analista de Derecho con enfoque de género del Observatorio Fiscal de la Pontificia Universidad