

INFORME DE EVALUACIÓN

PRONUNCIAMIENTO COLECTIVO DE CONGRESISTAS INDEPENDIENTES, ALTERNATIVOS Y DE OPOSICIÓN

- **EVALUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DECRETOS DE EMERGENCIA A TREINTA DÍAS DEL INFORME PRESENTADO POR EL GOBIERNO NACIONAL**
- **LOS PARTIDOS INDEPENDIENTES Y DE OPOSICIÓN, Y LAS BANCADAS ALTERNATIVAS Y DE PAZ HAN ELABORADO SUS RESPECTIVOS INFORMES DE EVALUACIÓN SOBRE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA. COMPARTIMOS EN ESTE INFORME NUESTRAS COINCIDENCIAS FUNDAMENTALES.**

Junio 2 de 2020

La pandemia tiene profundas repercusiones negativas en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), especialmente el derecho a la salud de los grupos más vulnerables. Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para prevenir, o al menos mitigar, esos efectos. Si los Estados no actúan dentro de un marco de derechos humanos, existe un claro riesgo de que las medidas adoptadas puedan violar los DESC y aumentar el sufrimiento de los grupos más marginados. Nadie debe quedar rezagado en la adopción de las medidas necesarias para combatir esta pandemia. - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, 20 de marzo de 2020.

Luego de 30 días de la presentación del informe por parte del Gobierno Nacional, al Congreso de la República, con la justificación de las medidas tomadas por éste en el marco de la declaratoria del Estado de Excepción, congresistas miembros de diferentes bancadas al interior del Congreso de la República, de conformidad con los artículos 114, 135 y 215 de la Constitución Política, hacemos el siguiente pronunciamiento colectivo:

Los datos y decretos que a continuación relacionamos demostrarán que transcurridos dos meses de aislamientos preventivos obligatorios¹ y de los enormes esfuerzos de la población colombiana para poder cumplir con las medidas de confinamiento, no se fortaleció en forma eficaz el sistema de salud colombiano, no hubo un direccionamiento de recursos de emergencia o extraordinarios con montos específicos para los hospitales, IPSs, Secretarías de Salud Departamentales y Distritales y demás prestadores directos del servicio de Salud, y no se apoyó a los entes territoriales con los recursos adicionales requeridos para la protección de la salud y la garantía de seguridad alimentaria.

¹ Decretos Ordinarios 457, 531, 636, 689 y 749 de 2020

La declaratoria del Estado de Excepción el 17 de marzo de 2020 a través del Decreto 417, se justificó en la necesidad imperiosa de generar las condiciones para hacer frente a la epidemia del Covid-19, particularmente esas medidas se debían encaminar a garantizar los planes de contingencia para la adecuación hospitalaria, extra hospitalaria, domiciliaria, de bioseguridad y alimentaria, en el marco de la crisis generada por esta enfermedad que según se dijo en los considerandos justificativos de éste Decreto puede llegar a tener un índice de contagio de 2,68 y puede llegar a afectar tres millones novecientos ochenta y nueve mil ochocientos cincuenta y tres personas -3.989.853².

La declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica se dio para utilizar las herramientas constitucionales del Estado de Excepción ante una crisis de salud pública mundial, como consecuencia de la pandemia del Covid-19³, presente en Colombia desde el pasado 06 de marzo, con el objetivo de garantizar la toma de decisiones con la inmediatez requerida para poder hacer frente a los casos de contagio, particularmente a los casos que requieren atención intrahospitalaria y de cuidados intensivos.

Vencidas las facultades extraordinarias del Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley, con base en el artículo 215 de la Constitución y la Ley Estatutaria 137 de 1994 y luego de la expedición de setenta y cinco decretos legislativos, no se cumplió el objetivo que debía perseguir la declaratoria del Estado de Excepción.

El 21 de marzo, se profirió el Decreto Legislativo 444 de 2020 creando el Fondo de Mitigación de Emergencias FOME, con el objetivo de crear un fondo adscrito al Ministerio de Hacienda para desde el Gobierno Nacional irradiar los recursos para atender la emergencia asociada a la epidemia del Covid-19.

Este fondo fue creado bajo el principio de solidaridad y corresponsabilidad entre cada uno de los niveles territoriales de gobierno y de acuerdo con esto, la Nación hizo un préstamo de los recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización- FAE y el Fondo Nacional de Pensiones Territoriales – FONPET con el objetivo de obtener recursos por el orden de quince punto un billones de pesos.

En el artículo 2º del Decreto se establece:

Artículo 2. Objeto. El FOME tendrá por 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 el marco del Decreto 417 de 2020. (Énfasis adicionado)

No obstante, el mismo decreto prevé en su artículo 9º:

²Decreto 417 de 2020, página 3.

³ Caracterización dada por la OMS el 11 de marzo de 2020.

*ARTÍCULO 9. Operaciones de apoyo de liquidez. Se consideran apoyos de liquidez a los que hace referencia el numeral 3 del artículo 4 del presente Decreto legislativo, **los depósitos que efectúe la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, con los recursos del FOME, a las bancas estatales de primer y segundo piso.** Dichos depósitos se llevarán a cabo en moneda legal colombiana y su plazo será de hasta 12 meses. (Énfasis adicionado)*

El apoyo de liquidez de que trata el presente artículo únicamente será destinado a solventar las necesidades sociales y económicas del sector empresarial, ocasionadas por la situación a la que se refiere el Decreto 417 de 2020.

Para la realización de las operaciones, las bancas estatales podrán realizar sindicaciones entre ellas.

Con estas disposiciones, del artículo 9º del Decreto, que son además inconstitucionales por tratarse de una competencia del Banco de la República (Artículo 371, inciso 2º de la Constitución Política), la finalidad de la declaratoria de emergencia se empezaba a desvirtuar porque se previó irrigar recursos en el sector financiero para que los entes territoriales hagan créditos sobre sus propios recursos, perdiendo tiempo invaluable para poder tener esa liquidez de recursos requerida, así las cosas, hoy esos entes territoriales dependen de sus propios presupuestos para hacer frente a la crisis derivada de la epidemia del Covid-19.

Ahora bien, en lo relativo al fortalecimiento del sistema de salud ante una epidemia, solo se expidió un decreto para garantizar de manera eficaz el derecho fundamental a la salud, el Decreto Legislativo 538 de 2020, este decreto consagra medidas para garantizar el acceso y continuidad de los servicios de salud de los pacientes afectados por la epidemia del Covid-19, garantizar la Protección del Talento Humano en Salud y la atención del Covid 19 mediante el aseguramiento en salud.

No obstante, ninguno de los recursos destinados para la adecuación hospitalaria y extra hospitalaria, en este decreto se hace con cargo a los recursos del FOME, a pesar de que uno de los objetivos por los que este fondo fue creado consistía en **atender las necesidades de recursos para la atención en salud,** en este decreto por el contrario se prevé que la irrigación de recursos al sector salud se hará a través de los recursos del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud-FONSAET creado en la Ley 1438 de 2011 y de los recursos que gira la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud- ADRES, con base en la estrategia de punto final.

Los recursos que se refieren a los avances de la estrategia de Punto Final, que es el pago de la cartera vencida al sector salud (regulada por los Decretos Ordinarios 481 y 521 de 2020), estaban ya previstos en la subsección 4 de la Sección 111 y el artículo 237 de la Ley 1955 de 2019 Plan Nacional de Desarrollo y en el artículo 11

de la Ley 1966 de 2019 “*Por medio del cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia en el sistema de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones*”, y son por tanto recursos ordinarios y no extraordinarios destinados al sector salud con ocasión del Estado de Emergencia.

En cuanto a la protección del personal de salud, lo primero que dispuso el Decreto 538 de 2020 fue el “*llamado al talento humano para la prestación de Servicios de Salud*”, antes de disponer las garantías necesarias para la protección eficaz de la vida y la integridad del personal que ya estaba prestando sus servicios. Adicional a esto, no se previó en este Decreto ni en ningún otro la formalización del talento humano en salud y solo se reafirmó la inclusión del “*Coronavirus Covid-19 como enfermedad laboral directa*”.

En lo relativo a las medidas de bioseguridad para el personal de salud esta fue derivada hacia las ARLs (Decretos Legislativos 488 y 500 de 2020), que no lo han cumplido de manera integral, ni tampoco cubren a todo el personal de salud, por cuanto gran parte de este personal se encuentra tercerizado, además los recursos de las ARLs, si bien fueron redistribuidos por la contingencia, son recursos ordinarios destinados para eventos relacionados con los riesgos laborales.

Por otra parte, a pesar de que el aseguramiento en salud funciona bajo los principios generales del contrato de seguro en lo relativo al riesgo incierto que debe asumir el asegurador, ante la contingencia de la epidemia del Covid-19, en el Decreto 538 se previeron disposiciones para compensar a las EPSs por el reconocimiento de las incapacidades medicas, derivadas del contagio del Covid-19.

En lo relativo a la seguridad alimentaria, el Gobierno Nacional dispuso la entrega de subsidios a través de los programas sociales tradicionales que son Familias en Acción, Jóvenes en Acción y Protección al adulto mayor (Decretos Legislativos 458 y 563 de 2020), estos programas benefician un total de de dos millones seiscientos sesenta y cinco mil ochocientos veinte dos personas-2.665.822-, para personas no inscritas en estos programas se previó la creación del Ingreso Solidario (Decreto Legislativo 518 de 2019) que ha beneficiado dos millones sesenta y nueve mil novecientos cuarenta -2.069.940- personas, este programa social prevé por tres meses una transferencia monetaria no condicionada por ciento sesenta mil pesos - \$160.000-, es decir el 15,8% de un salario mínimo mensual vigente.

En este Decreto 518 se prevé además, que el Ministerio de Hacienda podrá suscribir o modificar los convenios existentes con la red bancaria para aumentar la capacidad de dispersión de los giros monetarios y los costos operativos de este Programa se asumirán con cargo a los recursos del FOME.

Por una parte el Decreto no prevé alternativas para la dispersión de estos recursos, que no sean a través de la banca a pesar de que actualmente en Colombia el porcentaje de bancarización es del 81,4% y el porcentaje restante corresponde precisamente a la población más vulnerable, a su vez los productos que son

abandonados en un mayor porcentaje, son las cuentas de ahorro, existiendo en el país más de cuarenta millones de cuentas de ahorro inactivas⁴.

En este mismo sentido, si bien es cierto que los programas sociales del Gobierno de transferencias monetarias no condicionadas han generado la bancarización de las personas en condición de vulnerabilidad que accede a estos programas, también lo es que precisamente el ingreso solidario es para aquellas personas que no acceden a ninguno de los programas sociales preexistentes, incluyendo la devolución del IVA de conformidad con la Ley 2010 de 2019.

En este decreto se pudo prever, por ejemplo, el apoyo del sector solidario que llega en un mayor porcentaje sobre todo a los sectores rurales, adicional a esto, es ajeno al principio de solidaridad, disponer que los costos operativos se asumirán con cargo a los recursos del FOME, por el contrario lo que debió preverse fue un incentivo para las entidades financieras que generaran una mayor dispersión de los recursos a menor costo, antes de pensar en garantizar la liquidez de recursos para los costos de operaciones que no llegan a la población más vulnerable, porque dicho sea de paso, se utilizaron métodos de transferencia a través de aplicaciones celulares⁵, que exigían un mínimo de tecnología, con la que claramente no cuenta la población más vulnerable.

Adicional a la discusión relativa a la dispersión de los recursos del Ingreso Solidario, el principal punto de discusión en torno a esta medida está en que este ingreso debió constituir una renta básica, transferida por el mismo periodo de tres meses, por el orden de un salario mínimo legal mensual vigente, beneficiando a los nueve millones de hogares más vulnerables, tal y como se propuso en el Proyecto de Ley 310 de 2020, radicado el pasado 27 de mayo, suscrito por cincuenta y tres Senadores.

Adicional a estas transferencias monetarias, desde el Gobierno Nacional se hizo una entrega de mercados con productos alimenticios para quince días, con destino particularmente a los adultos mayores, a través del programa “Colombia está contigo”, estos mercados han sido entregados a seiscientos veintidós mil familias es decir el 2,4% de las personas en condición de pobreza y pobreza extrema⁶.

Ahora bien, en el marco de la declaratoria del Estado de Excepción se expidieron otros Decretos que no cumplen con el principio de finalidad que debe regir las normas proferidas con las facultades derivadas de una Emergencia Económica Social y Ecológica, este principio prevé que *“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”*⁷.

⁴ Reporte Inclusión Financiera, Superintendencia Financiera, 2019.

⁵ Verbigracia las aplicaciones Nequi, Moovi y Daviplata, que implican contar con conexión a internet y celulares mínimo con tecnología 3G.

⁶ DANE, índice de pobreza multidimensional 2019.

⁷ Artículo 10 Ley 137 de 1994.

Así por ejemplo se aprovecho la expedición del Decreto Legislativo 558 de 2020, para no solo disminuir el porcentaje de cotización de la seguridad social en pensiones al 3%, sino que además, a pesar de que los fondos privados de pensiones tienen la obligación de garantizar la asignación de un salario mínimo en forma vitalicia a las personas que hacen parte del régimen de ahorro programado⁸, este decreto le quitó esta responsabilidad a los fondos privados y se la transfirió a Colpensiones.

Así las cosas, la responsabilidad financiera de los fondos privados de pensiones pasó al fondo público de pensiones en Colombia, es decir que con los impuestos de todos los colombianos se cubrirá esta obligación, beneficiando por consiguiente a los conglomerados financieros dueños de estos fondos.

Es claro que a través de la disminución de la cotización en pensión se buscó un alivio en materia económica para las empresas, con lo cual esas disposiciones guardan determinada relación de conexidad con las causas que generaron la declaratoria del Estado de Excepción, sin embargo las disposiciones relativas al régimen de ahorro programado no cumplen en absoluto con el mencionado principio de finalidad.

Por otra parte, el Decreto 562 Legislativo de 2020 establece la obligación de suscribir TDS en el mercado primario a los establecimientos de crédito en los siguientes porcentajes:

1. Hasta el 3% de los depósitos a la vista sujetos de encaje de los sujetos obligados, deducido previamente del encaje con base en los estados financieros reportados a 31 de marzo de 2020.
2. Hasta el 1% del total de los depósitos y exigibilidades a plazo sujetos de encaje de los sujetos obligados deducido previamente del encaje con base en los estados financieros reportados a 31 de marzo de 2020.

Este decreto es del 15 de abril de 2020 y el día inmediatamente anterior en una Junta Directiva extraordinaria el Banco de la República decidió:

“inyectar liquidez permanente a la economía mediante la reducción del encaje de la siguiente forma:

Disminución de tres puntos porcentuales del requisito de encaje sobre las exigibilidades cuyo porcentaje de encaje requerido actual sea de 11% (cuentas corrientes, cuentas de ahorro etc). Es decir, el requisito de encaje para estas exigibilidades pasa de 11% a 8%.

Disminución de un punto porcentual del requisito de encaje sobre las exigibilidades cuyo porcentaje de encaje requerido actual sea de 4,5% (CDT

⁸Artículo 82 Ley 100 de 1993.

de menos de 18 meses). Es decir, el requisito de encaje para estas exigibilidades pasa de 4,5% a 3,5%”.

Esta disminución del encaje comenzó a regir a partir del 22 de abril, por un monto cercano a los nueve billones.

Posteriormente, mediante el Decreto ordinario 685 de 2020, se reguló lo establecido en el Decreto Legislativo 562, ordenando la emisión, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, *de títulos de deuda pública interna denominados Títulos de Solidaridad - TDS, hasta por la suma de NUEVE BILLONES OCHOCIENTOS ONCE MIL TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$9.811.300.000.000) moneda legal colombiana, cuyos recursos, en virtud del Decreto Legislativo 562 de 2020, serán incorporados presupuestalmente como una fuente de recursos adicional del Fondo de Mitigación de Emergencias - FOME, creado por el Decreto Legislativo 444 de 2020.*

Es decir que a través de la disminución del encaje se garantizaron los recursos para la obligación de las entidades financieras de la suscripción de títulos de deuda pública, garantizándoles en un lapso de veinticuatro horas ganancias por el orden de trescientos cincuenta mil millones de pesos \$350.000.000.000, con un mínimo porcentaje de riesgo por tratarse de títulos de deuda pública.

Frente a la responsabilidad de las Cajas de Compensación Familiar, hubo una previsión similar que para las EPS, que a pesar de estar creadas para contingencias, ante situaciones de crisis como se la que se vive actualmente a raíz de la epidemia del Covid-19, el Estado dispone de recursos adicionales para apoyar la responsabilidad de los costos de los riesgos cubiertos, así las cosas, a través del Decreto Legislativo 553 de 2020 se autoriza al Ministerio de Trabajo para que con los recursos asignados del FOME, *realice giros directos a las Cajas de Compensación familiar con destinación específica a la cuenta de prestaciones económicas del Fondo de Solidaridad, Fomento al Empleo y Protección al Cesante, con el fin de apalancar la financiación de las prestaciones económicas para los trabajadores cesantes.*

Adicional a estos decretos que benefician a sectores económicos específicos, se proferieron otros Decretos Legislativos que tampoco cumplen con el principio de finalidad de las normas en el marco del Estado de Excepción, así por ejemplo a través del Decreto Legislativo 535 de 2020 se estableció un procedimiento abreviado para la devolución de los saldos a favor en el impuesto sobre la renta y complementarios y en el impuesto sobre ventas –IVA, las personas beneficiarias de estas medidas no tienen una condición de vulnerabilidad que implique la necesidad de la devolución de esos saldos en forma ágil, antes de disponer incluso la devolución del IVA para la población más vulnerable.

Otros decretos proferidos por fuera de los principios que deben regir las normas expedidas dentro del Estado de Excepción, como el principio de necesidad, son los Decretos Legislativos 516 y 554 de 2020, disminuyendo el porcentaje de producción

mínima nacional de productos audiovisuales durante la emergencia sanitaria. Estos Decretos modifican la Ley 182 de 1995 en lo relacionado a la distribución de porcentajes de programación de producción nacional, durante la Emergencia Sanitaria, disminuyéndola al 20% en todos los horarios.

En este mismo sentido, vale la pena recordar, que para lo primero que se utilizó la declaratoria del Estado de Excepción fue para proferir el Decreto Legislativo 434 de 19 de marzo de 2020, con el objeto de fijar plazos especiales para la renovación de la matrícula mercantil, el RONEOL y los demás registros que integran el Registro Único Empresarial y Social - RUES, así como para las reuniones ordinarias de las asambleas de socios y demás cuerpos colegiados.

La declaratoria del Estado de Excepción a través del Decreto 417 de 17 de marzo de 2020 se justificó en la necesidad de obtener en forma eficiente los recursos económicos necesarios para fortalecer el sistema de salud colombiano y poder afrontar con la eficacia requerida la epidemia del Covid-19, en este sentido uno de los considerandos justificativos de este decreto establece:

*Que lo expuesto anteriormente evidencia que el sistema de salud colombiano no se encuentra físicamente preparado para atender una emergencia de salud, **requiere ser fortalecido de manera inmediata para atender un evento sorpresivo** de las magnitudes que la pandemia ha alcanzado ya en países como China, Italia, España, Alemania, Francia e Irán, entre otros, los cuales presentan actualmente una tasa promedio de contagio de 0,026% de su población total (esta tasa de contagio sería equivalente a 13,097 casos en el país). En consecuencia y por estas razones el sistema requiere un apoyo fiscal urgente. (Énfasis adicionado)*

A pesar de esta consideración, los desarrollos posteriores a través de los decretos legislativos dan cuenta de cuarenta y ocho decretos legislativos con medidas en materia económica y solo un decreto relacionado con la prestación de los servicios de salud. Sin desconocer la existencia de medidas como la exención de impuestos y la flexibilización de importaciones para la compra de productos, equipos y dispositivos médicos, medicamentos y reactivos para las pruebas del Covid-19, el único decreto legislativo relacionado específicamente con la garantía de prestación del servicio de salud es el Decreto 538 de 2020, expedido tres días antes del vencimiento de la declaratoria del Estado de Excepción.

Por otra parte, en los decretos legislativos se encontraron disposiciones que benefician en forma desproporcional a determinados grupos económicos, que antes bien deberían estar contribuyendo eficazmente en la protección de los derechos de las personas más vulnerables en medio de esta crisis de salud pública.

Así las cosas, no hay destinación de los recursos del FOME al Sistema de Seguridad Social en Salud, pero si hay norma específica que reconoce el pago de las operaciones financieras para el giro de recursos a la población vulnerable con cargo a este Fondo, asimismo hay garantías de liquidez para las Administradoras de

Riesgos Laborales y las Cajas de Compensación⁹ que precisamente fueron creadas para la protección de los trabajadores ante contingencias.

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, en medio de una crisis de salud pública para la cual el sistema de salud no estaba preparado tal y como lo dijo el propio Gobierno Nacional, se utilizaron las facultades constitucionales extraordinarias del Estado de Excepción para proteger la economía, específicamente en los sectores más fuertes, dejando de lado la protección de la salud y la seguridad alimentaria, sobre todo a la población más vulnerable.

En conclusión, el enorme sacrificio de los colombianos con el aislamiento social, con la pérdida de empleo e ingresos, la limitación a sus derechos y libertades básicas fundamentales, la negación del hombre como ser social, la discriminación contra grupos poblaciones como los mayores, no han sido compensados, ni siquiera mínimamente, con las medias contenidas en los decretos legislativos del Estado de Emergencia.

Cordialmente,

Iván Marulanda

Roy Barreras

Guillermo García Realpe

Iván Cepeda

Angélica Lozano

Rodrigo Lara

Juan Luis Castro

Antonio Sanguino

Jorge Robledo

Wilson Arias

Gustavo Bolívar

Luis Fernando Velasco

Roosevelt Rodríguez

Ritter López

Germán Hoyos

Aida Abella

Feliciano Valencia

Carlos Antonio Lozada

Sandra Ramírez

Iván Name

Wilson Arias

María José Pizarro

Germán Navas Talero

Ángela María Robledo

Jhon Jairo Hoyos

Harold Valencia

⁹ Decretos Legislativos 552 y 553 de 2020.

Omar Restrepo

David Racero

Wilmer Leal

Luis Albán

León Freddy Muñoz