



Doctora
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General
CORTE CONSTITUCIONAL
Ciudad

Referencia: Expediente RE-338
Decreto Legislativo 811 del 04 de junio de 2020
Magistrado Sustanciador: Cristina Pardo Shlesinger

Respetada Dra. Sáchica,

José Alberto Gaitán Martínez, Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Diana Carolina Valencia Tello y Hugo Andrés Arenas Mendoza, obrando como Profesores de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, en atención a lo comunicado por su despacho mediante oficio número 2813 del veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020), por este medio presentamos intervención dentro del referido asunto.

Con tal fin, y para los efectos del artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, desde ahora solicitamos a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL que se declare la INCONSTITUCIONALIDAD del Decreto Legislativo 811 de 2020 en su integridad, por violar los artículos 6, 60, 150, 209, 215, 267 de la Constitución de 1991, al establecer un “régimen especial aplicable a la inversión y enajenación de los instrumentos de capital en empresas que adquiera o reciba la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público”, que excede los poderes extraordinarios del Presidente en estados de excepción, pues modifica de forma permanente la estructura del Estado, las competencias atribuidas a los órganos públicos, y el régimen de obligaciones y de responsabilidad en cabeza de las empresas privadas, mixtas o públicas, así como también de las personas naturales encargadas de su gestión.

Estas modificaciones, en caso de aprobarse, tendrán impactos permanentes en el tiempo, para nuestro ordenamiento jurídico y para las finanzas públicas, razón por la cual, el Decreto legislativo 811 de 2020 excede los límites formales y materiales establecidos en los artículos 215 de la Constitución y 47 de Ley 137 de 1994, así como en varias sentencias de la Corte Constitucional¹. Al respecto, la Sentencia C-252 de 2010 establece:

“Como lo ha sostenido la Corte, los estados de excepción no excepcionan la Constitución y no son, ni pueden ser un Estado de facto. Si bien la Carta Política le confiere al Presidente de la República poderes extraordinarios, éstos no revisten un grado absoluto,

¹ Sentencias C136 de 1999, C-240 de 2011, C-701 de 2015, C-722 de 2015, C-723 de 2015, C-742 de 2015, C-723 de 2015, C-466 de 2017.



al encontrarse limitados por diversos tipos de controles que buscan impedir los excesos y a la vez garantizar los principios fundamentales que soportan el Estado de derecho”.²

Así, además de los requisitos formales y temporales, una muy importante limitación es su motivación³, puesto que los decretos expedidos durante el estado de excepción por alteración al orden económico, social o ecológico tienen que estar “destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos”, es decir que las medidas deben ser soluciones inmediatas para remediar la situación anormal, las resoluciones futuras deben ser tomadas por el Congreso de la República o por medio de la potestad reglamentaria ordinaria, no por este tipo de decretos con fuerza de ley⁴.

Adicionalmente, es indispensable que se demuestre “su relación directa y específica con el Estado de Emergencia”, lo que le exige al ejecutivo probar que el objetivo verdadero del decreto es hacer frente a la pandemia actual. No obstante, la Administración Pública no argumenta el impacto que tendrá establecer un “régimen especial aplicable a la inversión y enajenación de los instrumentos de capital en empresas que adquiera o reciba la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público”, para las finanzas públicas y para la recuperación económica de los diferentes sectores productivos, pues no cuenta con datos suficientes ni con información confiable sobre la crisis económica que se avecina. En este sentido, la efectividad de la estrategia presentada por el gobierno puede ser mínima, pero el riesgo de endeudamiento para el Estado es evidente al adquirir acciones de empresas privadas que se encuentran en crisis, modificando también el ordenamiento jurídico y en especial el régimen de obligaciones y de responsabilidad del Estado y de las empresas.

Del mismo modo, dentro de la motivación se afirma que se requiere la venta de acciones públicas para sostener los costos de la pandemia y conjurar la crisis. No obstante, esta posibilidad que precipitadamente plantea el ejecutivo es un mecanismo realmente excepcional (dentro de las fuentes de financiación), por lo que su disposición no le corresponde al ejecutivo y, en todo caso, claramente desborda sus facultades en un estado de excepción.

La decisión de vender el patrimonio público, especialmente parte de sus empresas, no corresponde tan sólo al ejecutivo, puesto que impacta las bases mismas del Estado Social y Democrático de Derecho colombiano y afecta directamente tanto su patrimonio como su capacidad de negociación, a nivel nacional e internacional, convirtiendo al Estado colombiano en un Estado desmantelado que vende sus mejores activos en tiempos de crisis, para adquirir activos más riesgosos que tendrán un impacto permanente en la organización del Estado y en

² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252 de 2010, MP. Jorge Palacio.

³ “Los requisitos formales que deben cumplir los decretos legislativos que se expidan en virtud del estado de emergencia, son en términos del artículo 215 superior y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, los siguientes: i) la firma por el Presidente de la República y todos sus ministros; ii) los motivos que condujeron a su expedición; y iii) la indicación del ámbito temporal y territorial de la declaratoria. Para el caso de los decretos de desarrollo se examina, además, si se dictaron dentro del límite temporal previsto”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252 de 2010, MP. Jorge Palacio.

⁴ ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. Derecho Administrativo. Bogotá: Legis, 2020. p. 113-131.



las finanzas públicas. A continuación, se realizarán observaciones puntuales a los artículos del Decreto legislativo 811 de 2020, así:

1. El artículo 1 establece un régimen especial aplicable a la inversión y enajenación de los instrumentos de capital en empresas que adquiera o reciba la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de mitigar los efectos económicos adversos por COVID-19. Conforme el memorial de intervención del 7 de julio de 2020 remitido por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, el marco legal busca: “(...) determinar las reglas básicas de inversiones de capital en empresas privadas, mixtas o públicas, que desempeñen actividades de interés nacional y que hayan sufrido de manera grave los efectos económicos negativos causados por la prolongación de las medidas dirigidas a enfrentar la pandemia.” Pero conforme se evidencia en el articulado del decreto legislativo el régimen especial se circunscribe a determinar que las normas aplicables son las del derecho privado, sin definir condiciones mínimas que permitan salvaguardar el patrimonio público, el control fiscal y la rendición de cuentas que debe tener toda gestión de los recursos públicos conforme los artículos 209, 267 y ss.
2. El Decreto 811 de 2020, no establece criterios objetivos que determinen o aclaren la priorización de las empresas que recibirán la ayuda del Gobierno Nacional, dejando un amplio margen de discrecionalidad, que está en contra de varios principios constitucionales, como el principio de legalidad, imparcialidad, publicidad y transparencia. Además, la falta de reglas claras para las inversiones de capital del Estado, puede favorecer indebidamente algunos sectores, sin el debido debate democrático. La flexibilización del proceso de enajenación de la propiedad accionaria estatal cuyas acciones se encuentren en bolsa, atenta contra la separación de los poderes en las ramas de gobierno, como será explicado más adelante, así como también incumple el artículo 60 de la Constitución.
3. El artículo 2 #1 no determina criterios objetivos que permitan definir cuáles son las empresas beneficiarias de la acción estatal, cuando la Nación reciba o adquiera participaciones minoritarias en el capital de determinada sociedad privada, pública o mixta. No se establece que se entienda por participación minoritaria, ni la forma en que se podrá exigir a los propietarios privados comprar la participación del Estado dentro de un “plazo determinado”, pero indefinido en el decreto, en una coyuntura de profunda crisis económica, en donde no existen mayores garantías de liquidez en un corto o mediano plazo, para los empresarios. Esto implica un alto riesgo de endeudamiento y de futuras demandas para el Estado colombiano. En este orden de ideas, el artículo es bastante amplio y no identifica con claridad los criterios de conexidad con el Estado de emergencia, ya que el Estado podría tomar otras medidas para ayudar a las empresas, las cuales podrían ser menos riesgosas y con menores efectos para las finanzas públicas.
4. Conforme el artículo 2 # 2, no es claro cómo las entidades privadas, públicas o mixtas van a seguir siendo responsables del cumplimiento de sus obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza, “sin que la Nación sea responsable por cualquiera de esas obligaciones”, aunque es accionista de la empresa. Este artículo modifica todo el régimen de responsabilidad tanto de las empresas como del Estado, lo cual sin duda va a generar



numerosas demandas, pues el decreto legislativo no desarrolla de forma adecuada este nuevo régimen, generando vacíos jurídicos y antinomias dentro del actual ordenamiento que va en contra de la seguridad jurídica y la coherencia que debe cuidar un régimen constitucional.

5. Conforme el artículo 3, ¿Qué tipo de medidas efectivas puede tener el Estado para garantizar la continuidad en la prestación de servicios de interés público, cuando enajena total o parcialmente la propiedad accionaria de la entidad? La importancia estratégica de ciertos servicios de interés público debe obligar a un debate democrático en el Congreso de la República, conforme el artículo 150 # 9 de la Constitución, para evaluar la razonabilidad y conveniencia de la enajenación de acciones, de empresas estratégicas para el Estado, en momentos de profunda crisis económica global, pues la actual coyuntura indica que toda venta que se realice no representará ganancias importantes para el Estado colombiano, sino que otorgará liquidez al gobierno de turno dejando sin activos productivos al Estado de forma permanente.
6. El artículo 4 no determina condiciones o criterios objetivos para el “Programa de enajenación”, pues solo indica que el ministerio o departamento administrativo cabeza de sector decidirá la “oportunidad y las condiciones de la enajenación de la propiedad accionaria o de las formas de participación de las empresas que adquiera o reciba la Nación”; conforme estudios técnicos idóneos, sobre los cuales también trata el artículo 8, sin que se determine con claridad cuales son los criterios de idoneidad para la contratación de las asesorías o para la elaboración de estudios de enajenación de la participación accionaria del Estado. La falta de una estrategia y objetivos claros puede llevar a tomar decisiones de alto riesgo, de forma discrecional por parte de los funcionarios competentes, que causarán daños irreparables a las finanzas públicas, en momentos donde la volatilidad del mercado de capitales, es muy alta, debido a la alta incertidumbre generada por la pandemia sobre el rumbo de la economía global ⁵. Así, el análisis de los datos de la Superintendencia de Sociedades utilizado en la parte motiva del decreto legislativo, es demasiado general y ambiguo, para permitir verificar cuál es la verdadera estrategia del gobierno nacional para enfrentar la crisis económica de las empresas, y por esto el decreto legislativo 811 de 2020 *no cumple con los criterios materiales que exige la Ley Estatutaria de Estados de Excepción en desarrollo del artículo 215 de la Constitución*.
7. En sistemas democráticos, los gobiernos deben buscar el interés general y el beneficio de la mayoría, razón por la cual las garantías establecidas en el régimen público y en especial los mecanismos de control y de rendición de cuentas deben cumplir con criterios mayores, que en las empresas privadas, pues todo gobernante o administrador de recursos públicos debe rendir cuentas y ser responsable por el buen o mal uso dado a estos recursos. Por esto, no es viable que la Nación entregue recursos a las empresas privadas y que de forma general se determine por un Decreto Legislativo que su régimen

⁵ BRC. Standard & Poor’s. S&P Global. “Covid-19 y volatilidad de los mercados pondrán a prueba la resiliencia de los bancos en Colombia”. 6 Abril de 2020. Disponible en:

<http://www.brc.com.co/archivos/Articulo%20coyuntura%20bancaria%20Abr%202020.pdf>

Fecha de Consulta: 29/07/2020.



continuará siendo privado “de manera integral, independientemente de la participación pública en su capital”⁶. Esto además por que el artículo 5 del decreto legislativo no establece limite en el tiempo para la aplicación del régimen privado, en el uso de dineros públicos y, por tanto, representa un cambio sustancial en nuestro ordenamiento jurídico, que obligatoriamente generará diversos conflictos normativos y dificultades de aplicación por los diversos organismos competentes como la Contraloría General de la República.

8. La Constitución solo tiene sentido cuando se concibe como un instrumento de limitación y control del poder de los órganos públicos conforme sus competencias⁷. El énfasis colocado sobre el control es importante, pues bajo esta perspectiva, la única forma de proteger las libertades de los individuos y la pluralidad de intereses existentes en las sociedades modernas, es mediante las limitaciones al poder del Estado y el establecimiento de controles efectivos sobre quienes tienen competencia⁸, especialmente en Estados de Excepción, pues las grandes atribuciones otorgadas al Presidente pueden violar derechos y cambiar el ordenamiento jurídico, sin los debidos consensos democráticos. En este sentido, la Constitución de 1991 estableció claras competencias a cada rama del Estado, para efectos de evitar la indebida concentración del poder en la rama ejecutiva de gobierno en cabeza del Presidente, conforme sucedía en la anterior Constitución de 1886, especialmente bajo el llamado Estado de Sitio⁹.
9. Para el caso objeto de estudio, la Constitución determina en el artículo 150 # 9 que para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales, el Congreso debe autorizar al Gobierno Nacional y éste debe rendir informes periódicos sobre las autorizaciones otorgadas por el Congreso. Así, el control político ejercido por el Congreso es fundamental para debatir las propuestas y estrategias del Gobierno nacional en materia de contratos, para nuevas adquisiciones del Estado, así como también, para la enajenación de bienes nacionales, lo que incluye la enajenación de los instrumentos de capital de las empresas donde el Estado tiene participación accionaria.
10. También, el artículo 150 # 7 de la Constitución establece como función del Congreso determinar la estructura de la administración nacional, así como crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. Así, las amplias potestades que otorga el Decreto 811 de 2020 impiden determinar con claridad que tipo de estructura tendrá un sector administrativo y que tipo de régimen será aplicable en cada caso.

⁶ COLOMBIA. Decreto Legislativo 811 del 04 de Junio de 2020. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20811%20DEL%204%20DE%20JUNIO%20DE%202020.pdf> Fecha de Consulta: 28/07/2020

⁷ JACOBSON, Gary, J. Modern Jurisprudence and the Transvaluation of Liberal Constitutionalism, En: Journal of Politics, Vol 47, N° 2, mayo 1985, p. 405 y ss.

⁸ ARAGÓN REYES, M. *Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. p. 15.

⁹ VALENCIA TELLO, D. C., & DE CHUEIRI, V. K. (2014). Descentralización y re-centralización del poder en Colombia. La búsqueda de equilibrios entre la nación y las entidades territoriales. *Díkaion*, Vol 23, Iss 1, Pp 171-194 (2014), (1), 171.

Finalmente, aquí es importante resaltar que desde la reforma al Estado sucedida en la década de los años noventa, una de las formas más importantes de intervención del Estado es como accionista en juntas directivas, en importantes empresas que son estratégicas para el desarrollo de la economía y para la promoción de sectores y servicios de interés público¹⁰, razón por la cual el debate en el Congreso sobre la adquisición y la enajenación de acciones es fundamental para la organización del Estado de forma legítima, teniendo en cuenta la importancia de estas operaciones para la viabilidad financiera del Estado en el corto, mediano y largo plazo. En estos términos dejamos consignada nuestra intervención dentro del presente asunto,

Con todo respeto,



JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ

C.C # 11.430.520

Decano Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario

DIANA CAROLINA VALENCIA TELLO

Profesora Principal
Facultad de Jurisprudencia

HUGO ANDRÉS ARENAS MENDOZA

Protesora Principal
Facultad de Jurisprudencia

¹⁰ VALENCIA-TELLO, D.C. *El Estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*. Bogotá: Ibañez, 2015.