



Honorables

Magistrados Corte Constitucional de Colombia

Magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger

Palacio de Justicia, Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C

Correo: secretaria3@corteconstitucional.gov.co

REF: intervención ciudadana proceso RE-338

Jorge Kenneth Burbano Villamarín actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre** y **Javier Enrique Santander Díaz**, ciudadano y **coordinador del Observatorio**; presentamos la siguiente intervención ciudadana en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991 conforme al núm. 1, del art. 242 de la Constitución Política y el art. 37 del D.2067/91¹. Intervención hecha dentro del término establecido en el Auto del 26 de junio del 2020. Este control de constitucionalidad de decretos legislativos se hace en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional -num. 7, art.241 constitucional-.

I. NORMA OBJETO DE CONTROL AUTOMÁTICO DE CONSTITUCIONALIDAD

La norma que será controlada es el Decreto Legislativo 811 del 04 de junio del 2020 “Por el cual se establecen medidas relacionadas con la inversión y la enajenación de la participación accionaria del Estado, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020.”

II. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL

¿Vender el Banco Agrario, Electrohuila, Corabastos, INDUMIL, ISA, ECOPETROL o cualquiera de las cerca de 105 empresas en las que el Estado tiene participación sería inconstitucional?² Esa es la pregunta que muchos sectores sociales se hacen cada vez que el Gobierno abre la posibilidad de enajenar la propiedad pública. No es inconstitucional que el Gobierno enajene activos pues, al ser propiedad de la Nación, se puede buscar capitalizar propiedades para proteger derechos constitucionales que necesitan prestación y cobertura. Tampoco es ilegal la controvertida idea de privatizar empresas estatales como política pública para reducir el déficit. Tampoco lo es reducir el rol del Estado en el mercado como accionista y pasarlo a ser regulador omnímodo. Colombia ha tenido siempre problemas de recaudo fiscal y huecos económicos significativos, además de desiguales³. Desde hace casi veinte años se ha contemplado la posibilidad de salir de esa crisis vendiendo activos de la Nación para aumentar el recaudo⁴. Solución que recientemente se contempló en la Ley 1943 de 2018 y su sucesora la Ley 2010 del 2019. Esas y otras políticas fiscales han buscado eso: solventar una crisis económica que se tenía. Por ello, nos preguntamos ¿por qué usar la vía del Estado de excepción para vender la propiedad pública? y ¿es constitucional usar los poderes del Estado de excepción para regular esta materia? Para el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la U Libre el DL.811 de 2020 es inconstitucional por las siguientes razones.

1. Este decreto legislativo es innecesario

La primera cuestión inconstitucional es la motivación del decreto: no cumple con el requisito de conexidad por necesidad estricta. El Decreto Legislativo 811 incumple todas las reglas de conexidad establecidas. No es la primera vez que el Gobierno usa sus poderes legislativos extraordinarios para vender lo público en tiempos de crisis y tampoco es la primera vez que la Corte podría detener esta clase de actos: ya hay precedente. Para el Observatorio, la sentencia C-241 del 2011 es aplicable a este caso para declarar la inconstitucionalidad de todo el decreto legislativo.

El control material de la Corte Constitucional implica hacer: i. un juicio fáctico o de hechos ciertos; ii. Un juicio valorativo o de valoración objetiva de los hechos; iii. un juicio de suficiencia o de suficiencia de las medidas ordinarias; un control conforme a los principios de conexidad, necesidad,

¹ D.2067/91: “ARTICULO 37. Para la efectividad de la intervención ciudadana, en la revisión de los Decretos legislativos, repartido el negocio, el magistrado sustanciador ordenará que se fije en lista en la Secretaría de la Corte por el término de cinco días, durante los cuales, cualquier ciudadano, podrá intervenir por escrito, para defender o impugnar la constitucionalidad del decreto”

² Información tomada de: Periódico La República. El Estado tiene participación en 105 empresas que valen \$170 billones. Sección Hacienda: 20 de mayo de 2019. Ver: <https://www.larepublica.co/economia/el-estado-tiene-participacion-en-105-empresas-que-valen-170-billones-2863689>

³ Un texto actual y fascinante es la demanda de Dejusticia contra todo el sistema tributario. Ver: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/05/Demanda-Estatuto-Tributario-Dejusticia-2020.pdf>

⁴ La historia judicial al respecto está en las sentencias de la Corte Constitucional: C-393 de 2012; C-1260 de 2001; C-793 de 2001 y C-384 de 1996.



finalidad y proporcionalidad de la norma conforme a los hechos. El D.811/2020, como cualquier norma transitoria expedida conforme a constitución, se rige por la regla general de limitación temporal y material⁵. La norma sólo estará vigente por un lapso concreto y para solucionar una situación particular. El constitucionalismo excepcional no tiene vocación de suprimir la vigencia plena de la Constitución y las competencias ordinarias del Congreso. La permanencia de una norma excepcional lleva a que estas medidas normativas tengan una temporalidad estricta. La temporalidad de sus contenidos debe leerse conforme a la necesidad de crear instrumentos mínimos para sostener al Estado colombiano. El control material estudia, en resumen: a. Juicio de conexidad material: relación del acto con los hechos establecidos en el decreto de declaratoria; b. juicio de ausencia de arbitrariedad: si las medidas desconocen alguna de las prohibiciones de la Constitución, de la ley de estados de excepción, del bloque de constitucionalidad o una ley que desarrolle un derecho fundamental; c. juicio de intangibilidad: la medida no puede afectar el núcleo irreductible de derechos intangibles⁶; d. Juicio de transitoriedad: la medida debe ser transitoria; e. Finalidad: el acto debe servir para conjurar las causas del estado de excepción declarado; f. Necesidad: la medida administrativa no debe estar prevista dentro de la legalidad ordinaria para conjurar las causas del estado de excepción; g. motivación de la incompatibilidad: la medida no puede suspender ilegítimamente medidas administrativas ya adoptadas.

Además de los anteriores juicios, los actos normativos que desarrollen el estado de excepción deben estar conexos con el decreto “madre” y guardar armonía con los decretos legislativos de desarrollo. La conexidad se cumple de acuerdo con una interpretación material entre el decreto legislativo, el decreto de declaratoria y la Constitución. El presidente también goza de un significativo margen de apreciación sobre situaciones jurídicas no previstas en el decreto de declaratoria o sus decretos legislativos siempre que tengan la finalidad de conjurar la crisis. Ésta última subregla debe respetar la totalidad de las competencias asignadas en la Constitución Política de Colombia. La conexidad de los actos normativos ha sido estudiada por la C. Const. Según la jurisprudencia, la conexidad se diferencia de acuerdo al tipo de acto normativo expedido. Cuando se hicieron los controles normativos del Acuerdo de Paz, la Corte tomó las reglas de conexidad normativa de los estados de excepción y allí las desarrolló profundamente. Según esas reglas de derecho:

- conexidad objetiva: las entidades administrativas deben demostrar un vínculo cierto y verificable entre la medida administrativa y la materia del decreto declaratorio. Esto implica que no pueden regular asuntos diferentes o que rebasen el ámbito de aquellos asuntos imprescindibles para el proceso de implementación;
- conexidad estricta: la carga argumentativa del acto administrativo debe demostrar que este responde a una manera precisa contenida en el decreto de desarrollo. El acto debe precisar cuál contenido del decreto desarrolla;
- conexidad suficiente: el acto administrativo debe argumentar por qué las normas que contiene son desarrollos propios del decreto declaratorio;
- conexidad por necesidad estricta: el acto administrativo debe demostrar: a) la urgencia de la medida; y, b) debe demostrar la falta de idoneidad de los mecanismos existentes: ¿por qué los mecanismos establecidos en el Constitucionalismo y en la legalidad ordinaria no son idóneos?;

Enumeraremos las inconstitucionalidades que tiene este el DL. 811/20 en cuanto a su conexidad.

2. Primera inconstitucionalidad: la planeación a futuro de la crisis no es conexas

A partir de la página 11 de la motivación el Gobierno hace apreciaciones sobre la necesidad de reactivar la economía y tomar medidas a futuro y no medidas actuales. La planeación a futuro, en tiempos de constitucionalismo ordinario, no es inconstitucional. Si es inconstitucional usar medidas extraordinarias para eludir la competencia ordinaria del Congreso a futuro como planificador de la economía: “Cuando los efectos de la crisis se proyectan hacia el futuro en un periodo igualmente prolongado, pierde piso esa consideración sobre la insuficiencia de los medios ordinarios en relación con esos efectos futuros, en la medida en que, desde esa perspectiva, su atención puede hacerse por la vía ordinaria” (Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 2011). La Corte fue clara en ese fallo: las planeaciones a futuro en un estado de excepción son argumentos inadmisibles porque el Gobierno debe planear la conjuración de la crisis en los tiempos que duren sus atribuciones especiales en el corto plazo. Por principio de separación de poderes el ejecutivo no puede usar sus poderes normativos para suplir el papel del Congreso en cuanto a políticas públicas como las tributarias. Cuando el presidente usa sus facultades normativas del estado de excepción ellas deben tener un motivo de urgencia para tomarlas y la razón para suplir el papel del legislador al no usar el constitucionalismo ordinario. La urgencia normativa es un factor determinante. Allí radica la necesidad de la medida. Si la medida no es urgente⁷ en el corto plazo y para zanjar los problemas actuales del estado de excepción

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-617 de 2015.

⁶ Art. 93 de la CP, 4 del PIDCP y 27 de la CDH.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2011. Dice la Corte “En otras palabras, los recursos de la enajenación de las acciones van al Fondo Adaptación y se ejecutarán para la atención de las finalidades propias de ese fondo, tan pronto se



¿Cuál es su necesidad? Por esta razón, el DL.811/20 es inconstitucional. Es una medida normativa de enajenación de activos pensada para sanar los efectos futuros y no para el corto plazo de la actual crisis que suple el rol del Congreso en temas presupuestales.

3. Segunda inconstitucionalidad: cuantificaciones inexistentes, conexidad inexistente

El Gobierno juiciosamente argumenta cuantas empresas podrían afectarse por los efectos económicos de la pandemia. Lo que no hace el decreto es cuantificar el dinero que necesita para apoyar a estas empresas y cuales empresas y porcentajes son necesarios de enajenar. Esto es un vicio de fondo porque: “observa la Corte que en la motivación del Decreto 4820 de 2010 no se hace una estimación de la cuantía de los recursos requeridos para atender los efectos del fenómeno de La Niña en las distintas fases que se han diseñado, ni se ha previsto una distribución entre tales fases del producto de la enajenación de las acciones” (resaltado propio). No hacer estos cálculos es inconstitucional pues abre la puerta para una competencia indeterminada y prolongada en el tiempo.

4. Tercera inconstitucionalidad: el Gobierno cae en indeterminaciones argumentativas

Aquí está sucediendo exactamente lo mismo que en aquella ocasión estudiada en el 2011 por la Corte Constitucional. El Gobierno usa la falacia de “déficit económico” para decir que no tienen dinero y que la única vía para atender la crisis y sus efectos futuros es vender la propiedad pública. El Gobierno tiene capital, solo que no lo usa. La Universidad Javeriana afirma que los recursos destinados para la morigeración de esta emergencia no se han usado en su totalidad. El Gobierno cuenta todavía con capital: “[h]ay una gran diferencia entre los recursos que el gobierno dice en declaraciones públicas haber destinado a la crisis y los que pueden verificarse, ya sea en traslados a las entidades a cargo de la respuesta a la emergencia o en contratos firmados con este fin”⁸. Ante esa duda, y la poca transparencia financiera, la solución gubernamental no puede ser vender la propiedad estatal para tener más dinero. Esta es la posición del decreto y al afirmar eso cae en varios errores: a. no dice cuánto dinero necesita; b. no argumenta cual es la urgencia de la venta; c. no dice que necesidades inmediatas se cubrirán⁹; d. no dice cuales empresas venderá; e. dice cuántas empresas se verán afectadas, pero no dice si el capital que se recoja se invertirá todo en esas empresas; f. el Gobierno no explica por qué no acudió al constitucionalismo ordinario presentando públicamente el plan de enajenaciones en las legislaturas ordinarias del Congreso y porqué se eligió la vía extraordinaria; g. el dinero recogido caerá en el mismo sistema nefasto del FOME que el Observatorio denunció en su momento: este decreto cae en el mismo riesgo que tiene el FOME y su decreto legislativo 444, el decreto creó el FOME para mitigar la crisis económica que atraviesa el país. Esos recursos tienen un uso especificado en el artículo 4 del decreto legislativo. Especialmente, los numerales 4 y 5 del artículo 4 en concordancia con en el inciso primero del artículo 15 del decreto legislativo 444 de 2020, permiten destinar los recursos del FOME en: a. inversiones de capital o deuda emitidas por empresas públicas o privadas; b. financiar empresas públicas, privadas o mixtas de interés nacional; y, c. fortalecer patrimonialmente a las empresas que presten servicios de interés nacional.

5. Cuanta inconstitucionalidad: la arbitrariedad de la inversión y la difusión del FOME hacen innecesario el decreto

El DL.811 redirige los dineros de la enajenación de propiedad pública para financiar empresas privadas al FOME. La financiación que haga este fondo es muy discrecional y solo está limitada, según el DL.555 de 2020, por los criterios de “interés nacional” y de “grave afectación económica debido a la crisis del estado de excepción”. En la práctica se estarían vendiendo activos de la Nación y redirigiendo dineros dándolos de forma indeterminada. Tales conceptos están sujetos a un margen de interpretación gubernamental bastante amplio y dinámico, originado en variables macro y micro económicas y también por apreciaciones políticas a futuro. Es un hecho notorio que la economía se ha afectado por la pandemia. Al estar todos afectados, todos necesitarían de este alivio. Solo aquellas empresas y sectores del mercado que sean de “interés nacional”, para el Gobierno pasarían el filtro para ser beneficiarias del FOME. Es aquí donde está el dilema: la facultad para elegir a una u otra empresa o sector económico beneficiario de las medidas es muy complicada y ahora mucho más pues además de no saber qué empresas venderá el Estado, no se sabe a cuáles beneficiará. Estas

hagan efectivos y sean requeridos, sin que se advierta la necesidad de que la autorización para la venta se realice con carácter urgente por la vía de los decretos de emergencia, lo cual sólo tendría sustento si tales recursos estuviesen destinados a financiar obras de ejecución inmediata” (resaltado propio)

⁸ Observatorio fiscal de la Pontificia Universidad Javeriana. Informe #11 del 21 de junio de 2020: La transparencia en el uso de los recursos para atender la emergencia - Análisis sobre la transparencia en la disposición y destinación de los recursos públicos destinados a atender la Emergencia sanitaria causada por la pandemia del COVID – 19. P. 9

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2011. M.P. Eduardo Mendoza. La Corte dice afirma que es un vicio en la necesidad de los decretos de emergencia que: “En otras palabras, los recursos de la enajenación de las acciones van al Fondo Adaptación y se ejecutarán para la atención de las finalidades propias de ese fondo, tan pronto se hagan efectivos y sean requeridos, sin que se advierta la necesidad de que la autorización para la venta se realice con carácter urgente por la vía de los decretos de emergencia, lo cual sólo tendría sustento si tales recursos estuviesen destinados a financiar obras de ejecución inmediata”.



indeterminaciones en la motivación y la falta de precisión en el articulado hacen que el DL.811 sea inconstitucional.

6. Quinta inconstitucionalidad: no existe un argumento claro o razonable que exprese la necesidad¹⁰ expresa del decreto

En 21 páginas que tiene el decreto aparecen las palabras necesario o necesidad aproximadamente 13 veces. Tales menciones hacen referencia a: necesidad para preservar el empleo; necesidad para enfrentar los futuros efectos económicos de la pandemia; necesidad de dirigir los dineros de las enajenaciones al FOME para fomentar la inversión en empresas públicas, privadas o mixtas de interés nacional; necesidad de que las personas jurídicas respondan con sus obligaciones ante, durante y después de la enajenación; necesidad para democratizar acciones; necesidad de recurrir al concepto de privatización; necesidad de precisar el régimen jurídico aplicable a los procesos de enajenación. Ninguna de esas menciones es un argumento serio y lógico que responda al porqué es necesario vender empresas para cubrir las contingencias actuales y no futuras de la crisis. El argumento que aparentemente sustenta la necesidad de la medida dice:

“Que, de conformidad con lo anterior, es necesario establecer un régimen especial para la enajenación de participaciones accionarias estatales adquiridas o recibidas por la Nación, que en el **futuro** permitirán mitigar los efectos económicos producidos por la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada a través de los Decretos 417 del 17 de marzo de 2017 y 637 del 6 de mayo de 2020, y que **le permita a la Nación recuperar los recursos empleados en la adquisición de estas participaciones**”¹¹

Este aparte sigue sin responder a la pregunta. Respetuosamente consideramos que esas menciones no demuestran la necesidad urgente y actual del DL.811/20. Son apreciaciones vacías con muchas falacias de petición de principio que no cumplen con las reglas de conexidad por necesidad estricta establecidas en el precedente de la Corte Constitucional:

“Las medidas que atienden esa situación, no tienen el carácter de urgentes, ni responden a un hecho sobreviniente de gravedad extraordinaria ya acontecido, sino que se orientan a enfrentar una situación estructural, previamente conocida y proyectan su ejecución en un horizonte de mediano y largo plazo, razón por la cual adquieren la dimensión de lo estructural y pueden adoptarse por la vía ordinaria”¹²

7. El informe de la presidencia no responde las preguntas formuladas por la Corte en cuanto a la necesidad del decreto y si revela su posición poco conciliadora

La presidencia usa lugares comunes para argumentar su posición. El decreto es necesario, dice el Gobierno, para cubrir gastos gubernamentales extraordinarios, mitigación de efectos económicos, gravedad y prolongación de la emergencia, entre otros. En cuanto a la enajenación, la presidencia dice concretamente que “la venta de la propiedad accionaria de la Nación es una fuente adicional de recursos, que pueden y deben ser utilizados para atender las necesidades que han surgido y que continúan surgiendo”¹³. Dice que, al igual como lo ha dicho en varios comunicados, muchas de esas medidas se expiden para evitar mayores costos fiscales y aprovechar la oportunidad imaginándose qué pasa si no cuenta con esos recursos. Nada en específico, solo apreciaciones generales.

Luego pasa a explicar la “necesidad” del decreto. Inicia con algo exótico: necesitan procesos rápidos para vender la propiedad pública¹⁴. La L.226 de 1995 es una traba legal pues vuelve lento un proceso que, para el Gobierno, se necesita con rapidez¹⁵. La rapidez del proceso es la clave para no acudir a las vías del constitucionalismo ordinario, no más. La presidencia dice que no desea seguir con los tiempos de venta normales fijados por ley pues el decreto legislativo vuelve más eficiente la venta; una hipótesis que no se ha comprobado financieramente.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2011. M.P. Eduardo Mendoza. Insiste la Corte: “De este modo, estima la Sala que si bien es cierto que, en cuanto se orienta a la obtención de recursos financieros para hacer frente a los requerimientos de la emergencia, el Decreto 4820 satisface prima facie el requisito de conexidad, ni en su parte motiva, ni en los escritos presentados por el gobierno para sustentar la medida adoptada, se explica de manera suficiente las razones por las cuales resultaba necesario que la autorización al gobierno para enajenar hasta un 10% de las acciones que la Nación posee en Ecopetrol se tramitase por la vía de los decretos legislativos expedidos al amparo del estado de emergencia, máxime si se tiene en cuenta que con anterioridad el gobierno había radicado un proyecto de ley con el mismo fin, cuyo trámite podía completarse en el primer semestre del año 2011, sin que de ello, de conformidad con los cronogramas que se han hecho públicos sobre los tiempos estimados para efectuar la venta, y conforme los cuales el primer paquete accionario se negociaría en el segundo semestre del año 2011, se derivase mayor traumatismo para los esquemas de atención de la situación generada por el invierno y de las condiciones asociadas a la misma”

¹¹ Decreto legislativo 811. P. 13.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2011. M.P. Eduardo Mendoza. P. 51.

¹³ El texto se consultó en la página web de la Corte Constitucional. Escrito con Respuesta a oficio N° 810 de 2020 por parte del a señora - Clara María González Zabala, Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. p. 9 del pdf.

¹⁴ Ibid. p. 9. del pdf.

¹⁵ Ibid. p. 10. del pdf.



Universidad Libre
Facultad de Derecho Bogotá

En cuanto a las fechas y plazos de venta el Gobierno respondió que no los tiene. No los tiene, o no los da, pues su decisión depende de variables macroeconómicas futuras¹⁶. Dice muy tímidamente que espera tener los dineros de tales ventas a finales del 2020 y en el transcurso del 2021; otro error. Como lo dijimos arriba: no demostrar los tiempos, cuanto se necesita y qué se venderá es un vicio insubsanable del decreto.

La respuesta a las preguntas sobre incompatibilidades entre el régimen legal ordinario y el de excepción son muy reveladoras¹⁷. El Gobierno necesita de procesos rápidos y abreviados para evadir el principio de preferencia de venta accionaria a sujetos especiales como los trabajadores de la empresa, sindicatos y confederaciones. El nuevo proceso abreviado de venta, si bien no elimina etapas, las volvería concomitantes. Esto afecta el propósito constitucional de la enajenación: la democratización de la propiedad pública y el debate ciudadano en torno a la venta. Los procesos abreviados no cuentan con las oportunidades para dar los debates y las veedurías ciudadanas necesarias para controlar el poder del Gobierno, las desaparece. Si esta propuesta fuera en tiempos ordinarios sería plausible dar el debate, aquí no lo dieron. El Gobierno modificó de forma oculta el régimen de enajenación de la L.226/95.

Por las razones anteriores el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre solicita a la Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad de todo el decreto legislativo 811 del 2020. La medida es innecesaria para el constitucionalismo de excepción. Su trámite deber ser por las vías que el constitucionalismo ordinario: debates democráticos en el Congreso de la República.

III. PETICIÓN

Por las razones expuestas solicitamos la declaratoria de inconstitucionalidad del DL.811 del 2020.

De los señores Magistrados, atentamente,

Jorge Kenneth Burbano Villamarín

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 No. 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com

Javier Enrique Santander Diaz

Coordinador Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Correo: santander.javier@hotmail.com

¹⁶ Ibid. p. 12. del pdf.

¹⁷ Ibid. p. 14. del pdf.