

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

**PROCESO RE0000300**

**REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 575 DEL 15  
ABRIL DE 2020**

**Intervención Ciudadana *Amicus Curiae***

**CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA**

**CEDEC**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Presentado por**

**Alfonso Miranda Londoño y Carlos José Lasprilla Villalobos**

**Bogotá D.C., Junio de 2020**

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>II. ALCANCE DE LA NORMA BAJO ANÁLISIS Y SUS EFECTOS - ARTÍCULO 10 DEL DECRETO LEGISLATIVO 575 DE 2020.....</b>	<b>6</b>
<b>III. ELEMENTOS CONCEPTUALES NECESARIOS PARA LA ADECUADA COMPRENSIÓN DE LA MEDIDA .....</b>	<b>7</b>
<b>1. NATURALEZA DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA.....</b>	<b>7</b>
<b>2. BREVE RECUENTO DE LAS COMPETENCIAS DEL PRESIDENTE EN EL ESTADO DE EXCEPCIÓN DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA.....</b>	<b>10</b>
<b>3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: JUICIO FORMAL Y MATERIAL.....</b>	<b>10</b>
<b>IV. EXPLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ARTÍCULO 10 DEL DECRETO 575 DE 2020</b>	<b>11</b>
<b>1. PARTE MOTIVA DEL DECRETO 417 DE 2020 .....</b>	<b>11</b>
1.1 SITUACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA RELACIONADA EN EL DECRETO 417 DE 2020 .....	11
1.2 MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO EN EL DECRETO 417 DE 2020.....	12
<b>2. LA MOTIVACIÓN DEL DECRETO 575 DE 2020.....</b>	<b>12</b>
<b>V. APLICACIÓN DEL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD.....</b>	<b>13</b>
<b>1. JUICIO FORMAL DE CONSTITUCIONALIDAD.....</b>	<b>14</b>
1.1 EL ARTÍCULO 10 DEL DECRETO 575 DE 2020 ESTÁ INDEBIDAMENTE MOTIVADO .....	14
1.2 EL DECRETO 575 DE 2020 FUE SUSCRITO POR EL PRESIDENTE Y TODOS LOS MINISTROS .....	16
1.3 EL DECRETO 575 DE 2020 SE EXPIDIÓ DURANTE LA VIGENCIA Y EN DESARROLLO DEL RESPECTIVO ESTADO DE EXCEPCIÓN .....	16
1.4 EL DECRETO 575 DE 2020 TIENE DETERMINADO CLARAMENTE EL ÁMBITO TERRITORIAL PARA SU APLICACIÓN .....	16
<b>2. JUICIO MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.....</b>	<b>17</b>
2.1 JUICIO DE CONEXIDAD Y DE FINALIDAD: LA MEDIDA NO CUMPLE CON EL JUICIO DE CONEXIDAD MATERIAL (NI INTERNA NI EXTERNA), NI CON EL DE FINALIDAD .....	17
2.1.1 La conexidad material no se verifica ni en el plano interno ni en el externo: es apenas conjetural.....	17
a. Plano interno.....	17
b. Plano externo .....	18
c. Finalidad .....	18
2.1.2 Juicio de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad: la medida es arbitraria y suspende el derecho fundamental al debido proceso.....	19
2.1.3 Juicio de no contradicción específica: la medida no contraría la Constitución o los tratados expresamente, pero sí desconoce el marco de referencia de la actuación del ejecutivo. ....	23
a. Contradicción específica.....	23
b. Marco de referencia.....	23
2.1.4 Juicio de motivación suficiente: la medida, que limita el derecho fundamental al debido proceso, no se encuentra debidamente motivada .....	24
2.1.5 Juicio de incompatibilidad: se analiza si la medida suspende alguna ley.....	24
2.1.6 Juicio de necesidad: la medida no es necesaria, ni fáctica ni jurídicamente, para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción.....	24

a.	La medida no es fácticamente necesaria.....	24
b.	La medida no es jurídicamente necesaria, es decir, no supera el juicio de subsidiariedad.....	25
2.1.7	Juicio de proporcionalidad: la medida va mucho más allá de lo necesario para lograr el retorno a la normalidad y no es proporcional con los hechos. ....	26
a.	La medida limita el derecho al debido proceso más allá de lo necesario para lograr retorno a la normalidad.....	26
b.	La medida no es proporcional con los hechos.....	27
2.1.8	Juicio de no discriminación: Se analiza si la medida entraña discriminación.....	28
<b>VI.</b>	<b>CONCLUSIÓN Y SÍNTESIS .....</b>	<b>28</b>
<b>1.</b>	<b>JUICIOS NO SUPERADOS .....</b>	<b>28</b>
<b>2.</b>	<b>OTRAS DIFICULTADES ADICIONALES .....</b>	<b>29</b>
2.1	CONFUSIÓN EN EL ARTÍCULO DEL DECRETO 2153 DE 1992 MODIFICADO.....	29
2.2	FALTA DE COHERENCIA SOBRE EL SECTOR DESTINATARIO Y LA MEDIDA.....	30
<b>VII.</b>	<b>PETICIÓN .....</b>	<b>32</b>

Bogotá D.C., mayo 27 de 2020

**Honorables Magistrados**  
**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**  
Magistrado sustanciador: Alejandro Linares Cantillo  
**Palacio de Justicia Calle 12 #7 – 65**  
**Ciudad**

**Ref.** Intervención ciudadana – Proceso RE0000300, para la revisión de constitucionalidad del Decreto 575 del 15 abril de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas para mitigar los efectos económicos generados por la pandemia Coronavirus COVID-19 en el sector transporte e infraestructura, en el marco del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica”*.

**ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**, identificado con cédula de ciudadanía 19'489.933 de Bogotá, director del **CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA (CEDEC)** de la Pontificia Universidad Javeriana y **CARLOS JOSÉ LASPRILLA VILLALOBOS**, identificado con la cédula de ciudadanía 1.032'441.789, profesor de Derecho Constitucional de la misma universidad; en atención a la invitación que formuló la Corte Constitucional al **CEDEC** en el resuelve sexto del Auto del 27 de abril de 2020 del despacho del magistrado sustanciador, por medio del presente memorial procedemos a intervenir en el proceso de revisión de constitucionalidad de la referencia, en virtud de lo establecido en el Decreto 2067 de 1991, con el fin de impugnar la constitucionalidad del artículo 10 del Decreto 575 de 2020.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El artículo 10 del Decreto 575 de 2020 es inconstitucional. Y lo es, como se demostrará a lo largo de este escrito, puesto que no cumple con los parámetros que deben respetar los decretos legislativos expedidos en el marco de un estado de emergencia económica, social y ecológica.

Para sustentar la inconstitucionalidad alegada, este documento expondrá en primer lugar el contexto fáctico y normativo relevante, tanto previo como posterior a la vigencia del artículo 10 del Decreto 575 (**II. Alcance de la norma bajo análisis y sus efectos**). Luego, abordará los conceptos jurídicos necesarios, desde el derecho de la libre competencia y desde el derecho constitucional, para el análisis de la norma acusada, dentro de los que se incluyen los parámetros que deben respetar los decretos legislativos (**III. Elementos conceptuales necesarios para la adecuada comprensión de la medida**). Posteriormente, y bajo dichos criterios, explorará las motivaciones de la medida, tanto en el Decreto 417 de 2020, como en el 575 del mismo año (**IV. Explicación de las medidas adoptadas por el artículo 10 del Decreto 575 de 2020**).

Más adelante, el documento aplica los estándares formales y materiales de control de constitucionalidad adoptados por la jurisprudencia constitucional al artículo 10 del Decreto 575 de 2020 (**V. Aplicación del juicio de constitucionalidad**). Seguidamente, a modo de conclusión y síntesis, el escrito presenta los juicios no superados y las dificultades adicionales de relevancia constitucional que presenta la norma (**VI. Conclusión y síntesis**). Finalmente, solicitamos a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad de dicho artículo (**VII. Petición**).

Sin perjuicio del desarrollo de estos argumentos más adelante, valga anticipar que el artículo 10 del Decreto Legislativo 575 de 2020 es contrario a la Constitución porque:

- No cumple con el juicio formal de debida motivación.
- No cumple con el juicio material de conexidad y de finalidad.
- No cumple con el juicio material de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad.
- No cumple con el juicio material de no contradicción específica.
- No cumple con el juicio material de motivación suficiente.
- No cumple con el juicio material de necesidad.
- No cumple con el juicio material de proporcionalidad.
- Presenta una grave confusión en materia de alcance, pues no identifica con precisión la norma que pretende modificar.
- Carece de coherencia respecto del sector destinatario de la medida.

## **II. ALCANCE DE LA NORMA BAJO ANÁLISIS Y SUS EFECTOS - ARTÍCULO 10 DEL DECRETO LEGISLATIVO 575 DE 2020**

La medida objeto de esta intervención está contenida exclusivamente en el artículo 10 del Decreto Legislativo 575 de 2020, que agrega un numeral al artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en el cual se enlistan conductas constitutivas de actos contrarios a la libre competencia:

*“Art. 10. Adiciónese el numeral 7 al artículo 50 [sic] del Decreto 2153 de 1992. Durante el término de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, o durante el término de cualquier emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, adiciónese el numeral 4 al artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, así:*

*“4. El incumplimiento en la fecha pactada para el pago de una obligación dineraria por parte de cualquier contratista que tenga a su cargo la ejecución de un contrato estatal de, infraestructura de transporte, obras públicas y construcción, con cualquiera de sus proveedores que tenga la calidad de PYME o MYPYME, luego de contar con una factura debidamente aceptada por la entidad contratante.”*

El cambio que comporta la citada norma consiste, básicamente, que en el evento de que cualquier contratista del Estado que tenga a su cargo un contrato de “*infraestructura de transporte, obras públicas y construcción*” incumpla en el pago de una obligación dineraria respecto de cualquiera de sus proveedores que tengan “*la calidad de PYME o MYPYME*”, además de las consecuencias jurídicas ordinarias que dicho incumplimiento le podría acarrear al contratista (tal y como lo son la configuración de eventuales responsabilidades contractuales), dicho incumplimiento implicará igualmente que este último incurra, en los términos del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en un acto contrario a la libre competencia.

En esta medida, sin perjuicio de que el proveedor afectado tenga la posibilidad de adelantar un proceso declarativo o ejecutivo, según sea el caso, en contra del contratista del Estado y, con ello, reclamarle a este último los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación dineraria, la Superintendencia de Industria y Comercio podría igualmente abrirle una investigación administrativa al contratista. En el evento de que determine que este último incurrió en un acto contrario a la libre competencia,

esta entidad podrá sancionarlo con multas que ascienden a los 100.000 SMLMV o el 150% de las utilidades percibidas con la conducta, lo que resulte mayor y, así mismo, sancionar a aquellas personas que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren la conducta con multas que ascienden a los 2.000 SMLMV, de conformidad con lo establecido, respectivamente, en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por su parte, teniendo en cuenta que el artículo 10 del Decreto 575 de 2020 no solo definió un nuevo comportamiento contrario a la libre competencia, sino que lo hizo en términos objetivos, el solo incumplimiento por parte del contratista del Estado en la fecha pactada para el pago de las obligaciones dinerarias tendrá como consecuencia que este último incurra en un acto contrario a la libre competencia.

En esta medida, una contradicción inaceptable resultaría posible: el contratista incumplido podría alegar, en el marco del proceso judicial adelantado en su contra, que la falta de pago de la obligación dineraria se debió a causas ajenas a su voluntad tal como lo podrían ser eventos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor. Y también sería posible que así lo reconociera el juez respectivo. Sin embargo, ello no imposibilitaría a la SIC para que adelante una investigación en contra del contratista, así como aquellas personas involucradas con la realización de la conducta y, en el evento de que así lo considere, que los sancione con las multas arriba señaladas.

### **III. ELEMENTOS CONCEPTUALES NECESARIOS PARA LA ADECUADA COMPRENSIÓN DE LA MEDIDA**

#### **1. NATURALEZA DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Desde el punto de vista objetivo, el Derecho de la Competencia es el conjunto de normas que protegen la libre competencia en el mercado. Se trata de normas por medio de las cuales el Estado interviene en la economía y limita las libertades de las personas y las empresas para proteger la libre competencia económica.

La intervención del Estado en la economía fue introducida a la Constitución de 1886 por el Acto Legislativo No. 1 de 1936, en el cual se estableció que el Estado intervendría en la economía *“por medio de leyes”*. Ese mandato fue modificado, con el fin de hacerlo más amplio, por medio del Acto Legislativo No. 1 de 1945, en el cual se estableció que el Estado intervendría en la economía *“por mandato de la ley”*. El mencionado principio sería finalmente desarrollado y enriquecido en el Acto Legislativo No. 1 de 1968, en el cual se establecieron algunos criterios relativos a la finalidad de la intervención estatal,

que son el antecedente de los actuales artículos 333 y 334 de la Constitución Política de 1991.

En virtud del referido principio constitucional, se le otorgó al Estado la posibilidad de establecer el marco jurídico de la actividad económica del país, lo cual trajo como resultado la expedición de la Ley 155 de 1959 “*por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*”, que aunque tiene antecedentes tales como la Ley 27 de 1888, la Ley 16 de 1936, la Ley 5 de 1947 y el Decreto 2061 de 1955, debe ser considerada como la norma fundadora del derecho a la libre competencia en Colombia.

El espíritu y la naturaleza del Derecho de la Competencia se encuentran adecuadamente explicados en las palabras del doctor Hernando Agudelo Villa, entonces ponente de la actual Ley 155 de 1959, quien en su exposición de motivos señaló:

*“El proyecto **no se inspira** en el ánimo de **desalentar**, ni mucho menos, **el crecimiento de las empresas o su integración**, por cuanto precisamente la disminución de costos, los precios favorables y la mejor calidad de los productos, dependen de manera especial de industrias que puedan producir en grande escala. Y porque los males sociales no provienen en sí del hecho de que las empresas sean unidades económicas robustas, **sino de las prácticas nocivas, que con base en su poder económico, pueden ejecutar en perjuicio de los intereses generales de la comunidad.**”*

*“Bien entiende el Gobierno que el estatuto sobre prácticas restrictivas es imperfecto y que la discusión de él en el Congreso puede mejorarse con la incorporación de sanciones a otros hechos que se consideren lesivos de la libre competencia. El ánimo del Ejecutivo es únicamente el de iniciar en el país el proceso legislativo tendiente a **impedir prácticas restrictivas**, y a **garantizar la real operancia de la fuerza competitiva**, que considera de **utilidad social**, porque protege los **intereses de los consumidores** y **evita los abusos de poder**, emanados de las combinaciones impersonales y de las concentraciones monopolísticas, fuera de que la competencia es el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico” (Se destaca).*

Las palabras del doctor Agudelo Villa mantienen su vigencia en el día de hoy, ya que capturan lo que en esencia busca el moderno derecho de la competencia, cuyo objetivo



no es prohibir ni satanizar el monopolio en si mismo, sino más bien, proteger y promover la competencia, para lo cual se prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la misma, así como el ejercicio abusivo de la posición dominante en el mercado, en perjuicio de los consumidores, de los competidores actuales y potenciales, y de la economía en general.

En efecto, este fue el espíritu que imperó en la Constitución Política de 1991 cuando se estableció la libre competencia como un principio de rango constitucional (artículo 333) y también como un derecho colectivo (artículo 88):

*“La libre competencia es principio básico de este sistema económico. La nueva Constitución lo recoge de manera expresa al señalar que ella **es un derecho de todos**, que como cualquier derecho presupone responsabilidades. Es un postulado que quiere tutelar de tal manera, que **le impone al Estado la obligación de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica**, así como la de **evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante en el mercado nacional**.*

*La verdad es que poniéndose a la altura de nuestro tiempo, caracterizado por la internacionalización de la economía, que implica facilitar a las empresas nacionales ser todo lo grande que sea posible para que puedan alcanzar la capacidad competitiva que las saque avantes en el mercado internacional, **no prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino apenas su abuso**”<sup>1</sup> (Se destaca).*

En esta medida, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de la posibilidad que tiene el Estado para intervenir en la economía, y con el fin de proteger el derecho colectivo a la libre competencia, debe ejercer sus facultades de inspección, vigilancia y control para evitar que los agentes en el mercado incurran en prácticas restrictivas de la competencia, entre estos, actos contrarios a la libre competencia (artículo 48 del Decreto 2153 de 1992), con el fin de garantizar “*la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Ponencia para segundo debate titulada “*régimen económico, libre empresa e intervención del Estado*” del constituyente Jesús Pérez González -Rubio.

<sup>2</sup> Artículo 3°. Ley 1340 de 2009.

## **2. BREVE RECUENTO DE LAS COMPETENCIAS DEL PRESIDENTE EN EL ESTADO DE EXCEPCIÓN DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA**

De acuerdo con el artículo 215 de la Constitución y con los artículos 47 a 50 de la Ley 137 de 1994, a la luz de la interpretación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-179 de 1994, una vez declarada la emergencia económica, social y ecológica por parte del Gobierno Nacional, este podrá dictar decretos con fuerza material de ley.

Estos decretos deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, deben estar destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Las medidas adoptadas deben estar expresamente justificadas como necesarias para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, así como ser proporcionales a los hechos que buscan conjurar, es decir, ser razonables frente a la magnitud de la crisis.

Si por vía de estos decretos se establecen nuevos tributos o se modifican los existentes, las medidas estarán en vigor solo hasta el final de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso les otorgue carácter permanente en el año siguiente.

En todo caso, las medidas adoptadas por esta vía no pueden implicar una desmejora de los derechos sociales de los trabajadores, afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales o entrañar alguna discriminación por razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. Tampoco pueden suspender derechos ni libertades fundamentales, interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado, ni suprimir o modificar los organismos y funciones básicas de acusación y juzgamiento.

Como se verá a continuación, estos son los criterios que adopta la Corte Constitucional para verificar la conformidad de las medidas adoptadas con la Constitución.

## **3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: JUICIO FORMAL Y MATERIAL**

La Sentencia C-466 de 2017 de la Corte Constitucional sintetizó buena parte de los avances jurisprudenciales en materia de control de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos en los estados de excepción. El control de estos decretos, de acuerdo con la Corte, debe verificar aspectos tanto formales como sustanciales, así:

*“54. El examen formal consiste en verificar que el Decreto Legislativo cumpla con los siguientes requisitos: (i) que esté motivado, (ii) que esté suscrito por el Presidente y todos los Ministros, (iii) que sea expedido durante la vigencia y en desarrollo del respectivo estado de excepción, y, finalmente, (iv) que determine el ámbito territorial para su aplicación.*

[...]

*“57. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el estudio de los límites materiales específicos de los decretos legislativos expedidos en desarrollo de un Estado de Emergencia económica, social y ecológica, debe ser llevado a cabo a partir los siguientes juicios: (i) de conexidad material y de finalidad, (ii) de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad, (iii) de no contradicción específica, (iv) de motivación suficiente, (v) de necesidad, (vi) de incompatibilidad, (vii) de proporcionalidad, y, finalmente, (viii) de no discriminación”*

#### **IV. EXPLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ARTÍCULO 10 DEL DECRETO 575 DE 2020**

##### **1. PARTE MOTIVA DEL DECRETO 417 DE 2020**

###### **1.1 Situación fáctica y jurídica relacionada en el Decreto 417 de 2020**

El Decreto 417 de 2020 por el cual se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el territorio nacional, señaló las razones de salud pública y económica que motivaron dicha declaratoria. Dentro del presupuesto fáctico del orden económico nacional se indica que: *“las medidas sanitarias resultan en una reducción de los flujos de caja de personas y empresas. Los menores flujos de caja conllevan a posibles incumplimientos pagos y obligaciones, rompiendo relaciones de largo plazo entre deudores y acreedores que se basan en la confianza y pueden tomar períodos largos en volver a desarrollarse”*<sup>3</sup>.

Por su parte, el presupuesto valorativo del Decreto indica que existe una evidente afectación del empleo ocasionada por la propagación del Coronavirus COVID-19, así como también de actividades económicas tales como las de los comerciantes y

<sup>3</sup> Página 4 del Decreto 417-2020. Numeral (1) Presupuesto Fáctico, Título (B), literal (a.) En el ámbito nacional.

empresarios que “... alteran los ingresos de los habitantes y el cumplimiento de los compromisos previamente adquiridos”<sup>4</sup>. Por ello, el gobierno se ve en la necesidad de promover mecanismos que permitan impulsar las actividades productivas de los agentes económicos y mitigar los impactos económicos negativos que conlleva la crisis.

El Gobierno consideró que las facultades ordinarias que le otorga la Constitución no eran suficientes para afrontar estas circunstancias, por lo que optó por acudir al mecanismo de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, con el fin de poder adoptar por sí mismo normas con fuerza material de ley.

Sin embargo, el Decreto 417 de 2020 no hace mención expresa del reconocimiento de las obligaciones de las PYMES o MYPYMES de que trata el Decreto 575 de 2020, como tampoco sobre las pertenecientes al sector transporte. El Decreto 417 de 2020 no señala ninguna medida relacionada con la salida del mercado de un agente económico a causa de un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sean o no proveedoras de contratistas del Estado.

## **1.2 Medidas adoptadas por el Gobierno en el Decreto 417 de 2020**

Las medidas del Decreto 417 de 2020 en el ámbito económico giran entorno al financiamiento de recursos adicionales por parte del Gobierno Nacional a cargo de la Nación y las Entidades Territoriales para enfrentar las necesidades ocasionadas en la emergencia económica. Además, señala que se deben adoptar medidas extraordinarias encaminadas a “atender las obligaciones de diferente naturaleza, como tributarias, financieras, entre otras, con el fin de proteger el sector salud, promover la industria y el comercio del país y permitan absorber las pérdidas económicas y fuerza laboral afectada por esta pandemia”<sup>5</sup>.

No obstante, el Decreto 417 de 2020 no hace relación a ninguna medida específica de incumplimiento contractual en el sector transporte, así como tampoco hace mención a pagos de contratistas que tengan a su cargo la ejecución de un contrato estatal con proveedores que tengan la condición de PYME o MYPYME, que es a lo que hace referencia el Decreto 575 de 2020.

## **2. LA MOTIVACIÓN DEL DECRETO 575 DE 2020**

<sup>4</sup> Página 8 del Decreto 417-2020. Numeral (2) Presupuesto Valorativo.

<sup>5</sup> Página 12 del Decreto 417-2020 Numeral (3) Justificación de la Declaratoria de Estado de Excepción. Medidas.

La parte motiva del Decreto 575 de 2020 solo hace referencia a una medida de protección de las PYMES y MIPYMES, que es justamente la que en el artículo 10 adiciona una nueva conducta contraria a la libre competencia.

En la parte final de la página 9 y en la inicial de la 10 del Decreto se lee:

*“Que de acuerdo con lo previsto en el Documento Conpes 3484 de 2007, MIPYMES y las PYMES son ‘actores estratégicos’ en el crecimiento de la economía, la transformación del aparato productivo nacional, y el mejoramiento de posición competitiva del país. Además, segmentos contribuyen a reducir pobreza y la inequidad, al ser alternativas de generación de empleo, ingresos y activos para un gran número de personas’ “.*

*“Que por la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19, las empresas del sector transporte se han visto afectadas económicamente, y es necesario adoptar una medida que permita reconocer las obligaciones de los agentes económicos frente a las PYMES y MIPYMES. Así, las conductas encaminadas a que un agente económico no obtenga la contraprestación derivada del cumplimiento de sus obligaciones, restringe, impide y limita la posibilidad que las PYMES y MIPYMES puedan ejercer su actividad empresarial generando un beneficio para la economía del país en materia de y productividad, con lo que, se propiciaría su salida del mercado de manera artificial, hecho que se constituye en una restricción indebida a la libre competencia económica prevista en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia.”*

## **V. APLICACIÓN DEL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 215 de la Constitución Política y por la Ley 137 de 1994, así como con observancia de la forma en que la Corte Constitucional ha desarrollado el control de constitucionalidad que le corresponde (en particular los lineamientos contenidos en la Sentencia C-466 de 2017 arriba referenciada), a continuación se presentan algunas consideraciones sobre los defectos del artículo 10 del Decreto 575 de 2020 y cómo ellos deberían dar lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad de aquella norma.

## 1. JUICIO FORMAL DE CONSTITUCIONALIDAD

### 1.1 El artículo 10 del Decreto 575 de 2020 está indebidamente motivado

De acuerdo con la Sentencia C-466 de 2017, un decreto legislativo debidamente motivado es aquél que:

*“expresamente señala los hechos y razones que motivan su expedición, los propósitos que persigue, así como los fundamentos específicos de las medidas adoptadas, su importancia, su necesidad, y, finalmente, su relación con la calamidad pública que dio lugar a la expedición del Estado de Emergencia económica, social y ecológica”*

La medida adoptada por el artículo 10 del Decreto 575 de 2020 cuenta con una muy escueta justificación, apenas los dos párrafos transcritos en el acápite **“4.2. Motivación”** de este documento, que se limita a: **(i)** referenciar una consideración en un Documento Conpes de 2007 relativo a las PYMES y MIPYMES en la economía; y a **(ii)** señalar que la afectación de las empresas del sector transporte con motivo del Coronavirus COVID-19 hace necesario adoptar una medida que permita reconocer las obligaciones de los agentes económicos frente a las PYMES y MIPYMES.

Allí mismo, y supuestamente como consecuencia de lo anterior, el decreto explica que las conductas encaminadas a que un agente económico no obtenga la contraprestación que le corresponde *“restringe, impide y limita”* [sic] a las PYMES y MIPYMES en el ejercicio de su actividad empresarial y propicia que ellas salgan artificialmente del mercado. Luego, concluye que lo anterior constituye una restricción indebida a la libre competencia prevista en el artículo 333 de la Constitución Política.

A la luz de las exigencias jurisprudenciales señaladas más atrás, es posible concluir que el Decreto 575 de 2020, respecto del artículo 10, omite señalar en su motivación lo siguiente:

- a. **Los hechos y razones que motivan su expedición.** Para sustentar la medida del artículo 10 del Decreto 575 de 2020, la motivación debería expresar, al menos: **(i)** cuáles eran condiciones de las PYMES y MIPYMES proveedoras de contratistas estatales en las tres modalidades que contempla el artículo 10; **(ii)** cómo cambiaron estas circunstancias con la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19, específicamente en cuanto a un incumplimiento de obligaciones estos contratistas con dichas proveedoras; y **(iii)** que el incumplimiento de los

contratistas tuvo como finalidad sacar artificialmente del mercado a sus proveedoras PYMES y MIPYMES. Por supuesto, el cumplimiento del estándar de debida motivación demandaría que cada uno de estos puntos contara, al menos, con algún tipo de sustento o acreditación.

Sin embargo, nada dice al respecto el decreto y, por ende, cualquier conclusión sobre cada uno de estos puntos termina por ser una mera especulación del lector.

Ese déficit en el recuento fáctico correspondiente incide a su vez, como se verá adelante, en la imposibilidad de identificar con claridad y suficiencia los propósitos que persigue la medida, así como sus fundamentos, importancia, necesidad y relación con la calamidad pública.

- b. Los fundamentos de la medida.** Tampoco expone el decreto en qué se fundamenta la medida de su artículo 10: ni en materia jurídica contractual, ni en la del derecho a la libre competencia. Tampoco explica el fundamento fáctico relativo a las circunstancias de las PYMES y MIPYMES del sector transporte, ni las del sector de construcción de obra pública, de infraestructura de transporte, obras públicas y construcción. Mucho menos lo hace con la relación entre unos y otros fundamentos.
- c. La importancia de la medida.** De manera análoga, el decreto omite expresar la importancia de la medida. Se limita a exponer la importancia de las PYMES y MIPYMES para la economía nacional allá en el año 2007, pero nada dice sobre las cifras y condiciones fácticas actuales con la emergencia originada por la pandemia, ni de aquellas que se espera alcanzar con la medida. Y si bien es posible que el lector del decreto —incluso el operador jurídico que lo debe aplicar— intuyan las razones que explican la importancia de la medida, es cierto que la norma carece de la justificación expresa que sí le exigen la Constitución y la Ley 137 de 1994, ambas normas a la luz de la jurisprudencia constitucional.

Lo relativo a la necesidad, la finalidad y la relación de la medida con la calamidad pública será abordado con detalle en la siguiente sección, relativa a los requisitos materiales. En todo caso, vale la pena anticipar que la norma en cuestión también peca por indebida motivación porque no señala de manera expresa la necesidad, la finalidad y la relación de la medida con la emergencia económica, social y ecológica.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la escueta justificación que ofrece el decreto en su parte motiva hace referencia a una circunstancia diferente de aquella que termina por regular el artículo 10. En efecto, por un lado, la motivación del decreto señala que: *“las empresas del sector transporte se han visto afectadas*

*económicamente, y es necesario adoptar una medida que permita reconocer las obligaciones los agentes económicos frente a las PYMES y MIPYMES.”* Por otro, empero, el artículo 10 establece que la medida protege únicamente a los proveedores PYME y MIPYME de contratistas del Estado, pero solo de aquellos que lo sean en las tres modalidades de obra pública, de infraestructura de transporte, obras públicas y construcción.

Es decir, el decreto identifica un sector afectado (el de transporte) pero adopta medidas tendientes a proteger otro diferente (PYMES y MIPYMES) que específicamente sean proveedoras de contratistas estatales en las modalidades referidas.

Nada más se dice sobre la medida en la parte motiva del decreto.

## **1.2 El Decreto 575 de 2020 fue suscrito por el Presidente y todos los Ministros**

En las páginas 15 a 18 del decreto se aprecia que este fue suscrito por el Presidente de la República y sus 18 ministros.

## **1.3 El Decreto 575 de 2020 se expidió durante la vigencia y en desarrollo del respectivo estado de excepción**

El Decreto fue expedido el 15 de abril de 2020 y publicado en el Diario Oficial 51.286 de la misma fecha. De este modo, fue expedido en el lapso de 30 días de la emergencia económica, social y ecológica declarada por el Gobierno Nacional con el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, publicado en el Diario Oficial 51.259 de la misma fecha.

Así mismo, el encabezado del decreto indica que fue expedido en ejercicio de las atribuciones que le confiere al Presidente el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia de la Ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo previsto por el referido Decreto 417 de 2020.

## **1.4 El Decreto 575 de 2020 tiene determinado claramente el ámbito territorial para su aplicación**

El estado de excepción de emergencia económica, social y ecológica declarado por el Decreto 417 de 2020 lo fue en todo el territorio nacional, de modo que el Decreto 575



de 2020, al estar motivado en dicha declaración, tiene también alcance para todo el territorio nacional.

## **2. JUICIO MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDAD**

### **2.1 Juicio de conexidad y de finalidad: la medida no cumple con el juicio de conexidad material (ni interna ni externa), ni con el de finalidad**

En esta sección se demostrará que el artículo 10 del Decreto 575 de 2020 no cumple el requisito de conexidad ni con el de finalidad respecto de la norma que decretó la emergencia ocasionada por el Coronavirus COVID-19.

#### **2.1.1 La conexidad material no se verifica ni en el plano interno ni en el externo: es apenas conjetural**

La Corte Constitucional explica en la Sentencia C-466 de 2017 que la valoración de conexidad tiene como finalidad “[e]stablecer si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que generaron la declaratoria del Estado de Excepción”. Esta relación debe ser directa y específica, y se verifica tanto desde un punto de vista interno como desde uno externo.

##### **a. Plano interno**

Verifica la “relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente”<sup>6</sup>.

Como lo anticipa el acápite relativo al requisito formal de motivación, el Decreto 575 de 2020 no explica la relación de la medida adoptada en el artículo 10 y los motivos para proferir ese decreto.

Mientras que la medida se enfoca en el muy particular segmento de PYMES y MIPYMES (aquellas que cumplan con los requisitos concurrentes de ser: **(i)** proveedoras de contratistas del Estado; y **(ii)** que lo sean específicamente en las modalidades de obra pública, de infraestructura de transporte, obras públicas y construcción), la motivación correspondiente se ocupa de las PYMES y MIPYMES del “sector transporte”.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, C-466 de 2017

Una pretendida relación en entre unas y otras, aunque posible, sería apenas una conjetura del intérprete y, ciertamente, no una directa y específica hecha de manera explícita por el gobierno.

### **b. Plano externo**

Verifica la *“relación entre el decreto legislativo de desarrollo y la declaratoria de emergencia.”*<sup>7</sup>.

Todavía menos relación puede verificarse en este sentido. Como se aprecia del acápite *“4.1. Parte motiva del Decreto 417 de 2020”*, no hay consideración del Decreto Legislativo declaratorio de la emergencia económica, social y ecológica, que de manera expresa pueda relacionarse con la medida adoptada en el artículo 10 del Decreto 575 de 2020.

En efecto, nada dice dicho Decreto 417 de 2020 sobre afectaciones empresariales específicas que relacionadas con las PYMES y MIPYMES “del sector transporte”, ni a aquellas proveedoras de los contratistas del Estado en las modalidades de obra pública, de infraestructura de transporte, obras públicas y construcción.

Es cierto que el Decreto 417 de 2020 reconoce que la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19 tiene importantes efectos económicos, lo que inevitablemente puede llevar al incumplimiento de obligaciones contractuales. Pero no lo es menos que el decreto declaratorio de la emergencia no considera que los incumplimientos contractuales deban ser tenidos como voluntarios, y menos que estos se presuman realizados con la finalidad de sacar artificialmente del mercado a uno de sus participantes.

También sería conjetural la relación en este plano. No se trata de una relación directa específica elaborada por el autor de la norma.

### **c. Finalidad**

Según este criterio, *“toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos”*<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Ídem.

<sup>8</sup> Ídem.

Ciertamente la medida adoptada por el artículo 10 del Decreto 575 de 2020 no pretende conjurar las causas sanitarias y epidemiológicas de la perturbación, sino que debe ser tenida como una encaminada a impedir la extensión de sus efectos.

En materia de finalidad, de acuerdo con la parte motiva del Decreto, la medida del artículo 10 se explica así: *“es necesario adoptar una medida que permita reconocer las obligaciones los agentes económicos a las PYMES y MIPYMES”*.

Pues bien, como lo anticipa el acápite 1.1 de la Sección V. ***“El artículo 10 del Decreto 575 de 2020 está indebidamente motivado”*** de este documento, la insuficiente e indebida motivación de la medida impide conocer si en efecto ella se dirige a impedir la extensión de los efectos de la calamidad que dio lugar a la declaratoria del estado de emergencia.

Sin duda sería posible lucubrar sobre posibles relaciones, pero lo cierto es que el Gobierno Nacional no cumplió con la carga argumentativa que le correspondía soportar a la hora de expedir este tipo de decretos. De la lectura del decreto no es posible entender en qué forma o de qué manera el crear una nueva conducta contraria a la libre competencia, de la cual el sujeto activo serían los contratistas del Estado (específicamente en las modalidades de obra pública, de infraestructura de transporte, obras públicas y construcción) que incumplan con pagos a sus proveedores PYMES y MIPYMES, va a contribuir a conjurar la crisis de las “PYMES y MIPYMES del sector transporte” (que tampoco fue explicada).

Además, la medida se dirige a todos los sectores económicos y no exclusivamente al de transporte, como lo anuncia y justifica la parte motiva del Decreto. Con ello, la norma bajo examen termina por desbordar su finalidad y queda claro que no se dirige de manera directa y específica a impedir la extensión de los efectos de la crisis.

### **2.1.2 Juicio de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad: la medida es arbitraria y suspende el derecho fundamental al debido proceso.**

El requisito de ausencia de arbitrariedad tiene como propósito verificar lo siguiente:

*[Que] “... en el Decreto Legislativo sub examine no se establezcan medidas que desconozcan las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Al respecto, en términos generales, la Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no suspendan o vulneren los derechos*

*fundamentales y que (ii) no interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público, en particular, que no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento”<sup>9</sup>.*

En cuanto al requisito de intangibilidad ha dicho la Corte:

*“[P]arte del reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia constitucional acerca de la intangibilidad de algunos derechos, los cuales, a la luz de los artículos 93 y 214 de la Constitución, no pueden ser restringidos ni siquiera durante los estados de excepción”.<sup>10</sup>.*

En relación con estos dos criterios de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad, es necesario poner de presente la forma en que la norma contenida en el artículo 10 del Decreto 575 de 2020 vulnera el derecho fundamental al debido proceso. Ella desconoce la prohibición constitucional del establecimiento de responsabilidades objetivas en procedimientos punitivos que, por supuesto, incluyen al administrativo sancionatorio.

El derecho al debido proceso fue consagrado como fundamental por el artículo 29 de la Constitución Política. La Corte Constitucional ha considerado que este derecho debe ser entendido *“como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”<sup>11</sup>.*

Una de las expresiones del derecho fundamental al debido proceso es la prohibición del establecimiento de responsabilidades objetivas en materia sancionatoria, tanto penal como administrativa. En efecto, la Corte Constitucional ha dicho que: *“conforme al principio de dignidad humana y de culpabilidad acogidos por la Carta (CP arts. 1º y 29), está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora”<sup>12</sup>.*

La responsabilidad objetiva, como es bien sabido, corresponde a aquella en la que resulta irrelevante la conducta del agente, pues ella surge, junto con la obligación de reparar, con la simple ocurrencia del evento dañoso y la posibilidad de que este sea endilgado al agente generador. El magistrado de la Corte Suprema de Justicia Edgardo

<sup>9</sup> Ídem.

<sup>10</sup> Ídem.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-111 de 2018, con base en las sentencias C-341 de 2014, SU -544 de 2001, C-758 de 2013 y C-537 de 2016.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-597 de 1996.

Villamil Portilla la explica de este modo en su aclaración de voto a la sentencia de la Sala de Casación Civil del 24 de agosto de 2009:

*“en toda responsabilidad se hace necesaria la concurrencia del hecho, del daño y de la relación de causalidad, pero mientras que en la subjetiva se precisa indagar la conducta de quien comete el hecho para determinar si actuó de manera imprudente, negligente o con desprecio al deber general de cuidado, en la objetiva ninguna importancia tiene ese aspecto, al punto que aun demostrando que se actuó de manera idónea y apropiada, en todo caso se impone la declaración de responsabilidad, con las secuelas correspondientes.”*<sup>13</sup>

Este tipo de responsabilidad, que opera en algunos ámbitos —ciertamente excepcionales— en el derecho civil, comercial y laboral, es absolutamente restringida en el sancionatorio, tanto en el penal como en el administrativo. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional, en Sentencia C-616 de 2002, que en el ámbito sancionatorio opera por regla general *“el principio de nulla poena sine culpa o elemento integrante del debido proceso que regula la función punitiva del Estado”*. A este respecto precisó:

*“... la posibilidad de la responsabilidad objetiva cuando el Estado ejerce poderes sancionatorios es absolutamente excepcional, pues en reiterada jurisprudencia esta Corporación ha establecido que los principios del derecho penal –como forma paradigmática de control de la potestad punitiva– se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado.”*<sup>14</sup>

Dicha corte se ha dado a la tarea de recoger aquellas circunstancias en las cuales es procedente la excepción de responsabilidad objetiva en el plano sancionatorio. En sentencia del año 2011 expresó:

*“Esta Corporación ha señalado que la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva se ajusta a la Constitución en la medida que (i) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama ‘rescisorias’, es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción*

<sup>13</sup> Edgardo Villamil Portilla, Salvamento de Voto a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 24 de agosto de 2009, expediente: 11001-3103-038-2001-01054-01.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2002.

*corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras)."<sup>15</sup> (he subrayado)*

Pues bien, sucede que la adición al artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 que efectúa el artículo 10 del Decreto 575 de 2020 no solo define un nuevo comportamiento contrario a la libre competencia, sino que lo hace en términos objetivos. Es decir, el solo incumplimiento en la fecha pactada para el pago de las obligaciones dinerarias, en los términos descritos por el citado artículo 10, tendrá como consecuencia que el contratista incurra en un acto contrario a la libre competencia. Y ello, al margen de las causas que podrían explicar dicho incumplimiento que bien podrían estar asociadas, a su vez, con el efecto económico de la pandemia del Coronavirus COVID-19 o incluso con incumplimientos de pago por parte de la entidad pública contratante.

Lo anterior es de suma importancia teniendo en cuenta que aquellas empresas que incurran en actos contrarios a la libre competencia (p.e. contratistas del Estado), podrían ser sancionados con multas que ascienden a los 100.000 SMLMV (87.780 millones de pesos) o hasta al 150% de la utilidad percibida con la práctica anticompetitiva, lo que resulte mayor y, así mismo, aquellas personas que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren la realización de la conducta, podrían ser sancionadas con multas que asciendan a los 2.000 SMLMV (1.755 millones de pesos), de conformidad con lo establecido, respectivamente, en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Los valores de las anteriores multas ciertamente no son de menor entidad, como lo exige la jurisprudencia, sino un gran valor que puede, por mucho, superar el valor del contrato suscrito con el proveedor e incluso el valor del propio contrato estatal subyacente.

Además, el artículo 5º de la Ley 137 de 1994 describe los derechos fundamentales que no pueden ser suspendidos en estados de excepción. El inciso segundo establece: “[...] *De todas formas se garantizarán los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.*”

El derecho al debido proceso también se encuentra consagrado como parte de las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En virtud del artículo 93 de la Constitución Política, en la medida en que este derecho no puede

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2011.

ser suspendido en estados de excepción, las normas que incorporan estos tratados internacionales al ordenamiento jurídico colombiano priman en él y hacen parte de lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado *“Bloque de constitucionalidad en sentido estricto”*.

Como se puede observar, la medida del artículo 10 del Decreto 575 de 2020, resulta entonces violatoria no solo de la Constitución Política, sino también de los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia, los cuales prohíben la suspensión del derecho fundamental al debido proceso (consagrado allí a modo de garantías judiciales) en estados de excepción.

### **2.1.3 Juicio de no contradicción específica: la medida no contraría la Constitución o los tratados expresamente, pero sí desconoce el marco de referencia de la actuación del ejecutivo.**

#### **a. Contradicción específica**

Para la Corte Constitucional, en esta etapa se *“verifica que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contengan “una contradicción específica con la Constitución y los tratados internacionales”*<sup>16</sup>.

Ninguna de las disposiciones de constitucionales ni de los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por Colombia prohíbe el establecimiento de una conducta contraria a la libre competencia en circunstancias como las que describe el artículo 10 del Decreto 575 de 2020.

#### **b. Marco de referencia**

Este análisis verifica que las medidas adoptadas *“no desconozcan “el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el estado de emergencia económica, social y ecológica [esto es] el grupo de medidas descritas en los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE.”*<sup>17</sup>

Pues bien, por las mismas razones expuestas en el acápite **“0. 2.1 Juicio de conexidad y de finalidad: la medida no cumple con el juicio de conexidad material (ni interna ni externa), ni con el de finalidad”**, es posible concluir que la medida adoptada por el Gobierno Nacional en el artículo 10 del Decreto 575 de 2020 **(i)** no está exclusivamente destinada a impedir la extensión de los efectos económicos de la emergencia y **(ii)** no tiene relación directa y específica con dicha situación.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, C-466 de 2017

<sup>17</sup> Ídem.

En consecuencia, desconoce el marco de referencia de la actuación del ejecutivo en el estado de emergencia económica, social y ecológica, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 137 de 1994.

#### **2.1.4 Juicio de motivación suficiente: la medida, que limita el derecho fundamental al debido proceso, no se encuentra debidamente motivada**

De acuerdo con la Corte Constitucional “*con el juicio de motivación suficiente, la Corte busca verificar si en el decreto legislativo se indican las razones suficientes que justifiquen las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales. Además, la Corte ha establecido que ‘en el caso de que la medida adoptada no límite derecho alguno resulta menos exigente aunque los considerandos deben expresar al menos un motivo que la justifique’*”<sup>18</sup>.

Como lo explicamos con suficiencia en la sección 2.1.2 de este documento, el Decreto 575 de 2020 no indica las razones que dan cuenta de la limitación al derecho fundamental al debido proceso que supone el establecimiento de una responsabilidad objetiva.

#### **2.1.5 Juicio de incompatibilidad: se analiza si la medida suspende alguna ley**

La medida no suspende ninguna ley, por lo que este juicio no resulta aplicable.

#### **2.1.6 Juicio de necesidad: la medida no es necesaria, ni fáctica ni jurídicamente, para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción**

De acuerdo con el artículo 11 de la LEEE, este juicio supone la verificación de que “... *las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean ‘necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción’*”<sup>19</sup>. Esto se verifica, de acuerdo con la propia Corte Constitucional, tanto en un plano fáctico como jurídico.

##### **a. La medida no es fácticamente necesaria**

<sup>18</sup> Ídem.

<sup>19</sup> Ídem.



Este aspecto implica “... verificar fácticamente si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos.”<sup>20</sup>

En la misma línea de lo dicho en el acápite “**2.1.1.(c) Finalidad**”, la medida del artículo 10 del Decreto 575 de 2020 parece estar encaminada a superar los efectos de la crisis económica derivada de la pandemia del Coronavirus COVID-19 en las PYMES y MIPYMES que, según el propio decreto, se concretaría en el incumplimiento de los pagos que los contratistas estatales deben realizar a aquellas.

La medida parece estar configurada como un factor de disuasión para que el contratista que está considerando la posibilidad de incumplir con los pagos que le corresponden a sus proveedores PYMES y MYPYMES, se incline por cumplirlos dadas las consecuencias negativas de no hacerlo: que sobre su cabeza recaiga la responsabilidad objetiva de haber desplegado un comportamiento contrario a la libre competencia y sus correspondientes sanciones pecuniarias de hasta 100.000 SMLMV.

Este razonamiento en el que descansa la medida no es necesariamente cierto. Y no lo es, puesto que el decreto no demostró que la causa que lleve al pretendido incumplimiento de los pagos sea la mera voluntad del deudor, que es aquello que pretende disuadir. Menos acreditó que ello ocurra específicamente para el caso de los contratistas del Estado en las modalidades incididas, en perjuicio de sus proveedores PYMES y MIPYMES.

**b. La medida no es jurídicamente necesaria, es decir, no supera el juicio de subsidiariedad**

Este otro aspecto, por su parte, supone verificar “... la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de provisiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional, evaluación denominada por la jurisprudencia como juicio de subsidiariedad.”<sup>21</sup>

La parte motiva del Decreto 575 de 2020 no da cuenta de una revisión de las consecuencias previstas por el ordenamiento para los contratistas del Estado que incumplan con el pago que le corresponde a favor de sus proveedores PYMES y MIPYMES.

De acuerdo con el régimen de las obligaciones comerciales aplicable, el proveedor que no hubiera recibido el pago que le corresponde de parte del contratista del Estado al que le suministró sus bienes o servicios, podrá alegar ante la jurisdicción ordinaria el

<sup>20</sup> Ídem.

<sup>21</sup> Ídem.

incumplimiento del contrato respectivo e iniciar las acciones declarativas o ejecutivas correspondientes.

El Decreto 575 de 2020, sin embargo, no contiene consideración alguna sobre si este mecanismo ordinario de defensa judicial a favor del proveedor resulta o no suficiente en las circunstancias de la pandemia. Es decir, no evaluó si las respuestas que hoy ofrece el ordenamiento para la circunstancia cuyos efectos pretende conjurar eran efectivas o no y, consecuentemente, no expuso las razones por las cuales la medida del artículo 10 es jurídicamente necesaria.

### **2.1.7 Juicio de proporcionalidad: la medida va mucho más allá de lo necesario para lograr el retorno a la normalidad y no es proporcional con los hechos.**

De conformidad con el artículo 11 de la LEEE, este análisis pretende comprobar “... *que las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean ‘necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción’*”. Tal comprobación comporta dos aristas: la verificación de que la medida imponga las limitaciones apenas necesarias para el retorno a la normalidad, por un lado, y que aquella sea proporcional con los hechos, por el otro.

#### **a. La medida limita el derecho al debido proceso más allá de lo necesario para lograr retorno a la normalidad**

La Corte Constitucional ha explicado que la medida “*debe imponer limitaciones o restricciones a derechos y garantías constitucionales en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad*”<sup>22</sup>.

De acuerdo con el contexto fáctico descrito en el decreto —al margen de que dicha descripción sea insuficiente, como ha quedado comprobado en este documento— la medida, con su grado de intensidad, supuestamente sería necesaria para que los “agentes económicos” reconozcan los pagos a las PYMES y MIPYMES pues ello, aparentemente, no estaría sucediendo.

Pues bien, tal como quedó dicho en el acápite “ **1.1 El artículo 10 del Decreto 575 de 2020 está indebidamente motivado**”, la parte motiva de dicho acto administrativo no explica cómo cambiaron estas circunstancias con la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19, específicamente en cuanto a un incumplimiento de obligaciones de los contratistas con sus proveedores PYMES y MIPYMES.

<sup>22</sup> Ídem.

Por ello mismo, el decreto tampoco explica por qué razón, para garantizar los pagos a los proveedores PYME y MIPYME, debe limitar el derecho fundamental al debido proceso de los contratistas del Estado al punto de permitir la configuración de una responsabilidad objetiva en su cabeza, y por qué ello debería suceder por vía de las herramientas del derecho a la libre competencia y sus muy cuantiosas sanciones. Como lo desarrolla el punto anterior, tampoco explica por qué razón los mecanismos ordinarios para la resolución de los conflictos comerciales son insuficientes para conseguir la misma finalidad.

#### **b. La medida no es proporcional con los hechos**

La Corte Constitucional verifica en este punto que “*la medida excepcional ‘guarde proporcionalidad con los hechos que busca conjurar o limitar en sus efectos’*”<sup>23</sup>. Para ello, de acuerdo con la misma Sentencia C-466 de 2017, la medida debe **(i)** no resultar excesiva en relación con la crisis que pretende conjurar, **(ii)** ser compatible con la naturaleza, fines y características del campo regulatorio al que acude, **(iii)** estar destinadas exclusivamente a atender las circunstancias específicas de la crisis que pretende conjurar y **(iv)** estar debidamente limitada.

La aplicación de estos parámetros al artículo 10 del Decreto 575 de 2020 revela, sin embargo, una grave desproporción.

Así pues **(i)** el que cualquier incumplimiento contractual de un contratista del Estado con sus proveedores PYME o MIPYME constituya un acto contrario a la libre competencia (sin atención a la gravedad o a las causas de aquel), y por ende pueda comportar una multa de hasta 100.000 SMLMV, es ciertamente excesivo en relación con los presuntos incumplimientos que pretende conjurar. Además, supone el despliegue de la facultad punitiva del Estado (*ius puniendi*) en el ámbito administrativo sancionador, que debería estar reservada solo para los comportamientos más graves, ante un mero incumplimiento contractual.

Por otro lado, **(ii)** la medida desconoce la naturaleza, fines y característica del derecho a la libre competencia. Es que las facultades de inspección, vigilancia y control atribuidas a la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de la potestad que tiene el Estado para intervenir en la economía en materia del derecho a la libre competencia (art. 333 C.P.), se establecieron con el propósito de garantizar un interés colectivo a la libre competencia (Art. 88 CP). No lo fueron, sin embargo, con el propósito de conjurar situaciones que se limitan a una relación entre particulares y cuya transcendencia en el interés general no se encuentre acreditada.

<sup>23</sup> Ídem.

Y si bien **(iii)** la medida parece estar destinada exclusivamente a atender las circunstancias de la presunta falta de pago de los contratistas del Estado a sus proveedores PYME y MIPYME (supuesto que no acredita), lo cierto es que **(iv)** no está limitada: no establece ni cuantías de incumplimiento ni causales de excepción a su aplicación. Además, tampoco explica por qué circunscribe su aplicación solo a las PYMES y MIPYMES proveedoras de contratistas estatales en las tres modalidades antes referidas, y no a todas las PYMES y MIPYMES del sector transporte.

Se trata, a todas luces, de una medida desproporcionada y desarticulada.

#### **2.1.8 Juicio de no discriminación: Se analiza si la medida entraña discriminación**

La medida no entraña discriminación fundada en los criterios establecidos por el artículo 13 de la Constitución.

## **VI. CONCLUSIÓN Y SÍNTESIS**

### **1. JUICIOS NO SUPERADOS**

Luego del análisis del artículo 10 del Decreto 575 de 2020 a la luz de los parámetros definidos por la Corte Constitucional para la valoración de la constitucionalidad de una medida adoptada en el marco de un estado de emergencia económica, social y ecológica, es posible concluir que la medida no superó:

- a. El juicio formal de debida motivación**, pues no está suficiente y debidamente motivada (ver Capítulo V sección 1.1).
- b. El juicio material de conexidad y de finalidad**, toda vez que no fue posible verificar conexidad interna o externa de la medida con la situación de crisis, ni que ella esté dirigida directa y específicamente a impedir la extensión de sus efectos (ver Capítulo V sección 0).
- c. El juicio material de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad**, porque dadas las circunstancias resulta arbitraria y suspende el derecho fundamental al debido proceso (ver Capítulo V sección 0).

- d. El juicio material de no contradicción específica**, puesto que, aunque no presenta una contradicción expresa con la Constitución o con tratados internacionales relativos a derechos humanos, sí lo hace de manera tácita. Además, parte de un desconocimiento del Gobierno del marco al cual se encuentra sujeto en virtud del artículo 47 de la Ley 137 de 1994 (ver Capítulo V sección 0).
- e. El juicio material de motivación suficiente**, en cuanto la medida limita el derecho fundamental al debido proceso y, sin embargo, no se encuentra suficientemente motivada (ver Capítulo V sección 0).
- f. El juicio material de necesidad**, puesto que la medida no es fáctica ni jurídicamente necesaria (ver Capítulo V sección 0)
- g. El juicio material de proporcionalidad**, toda vez que la medida limita el derecho al debido proceso más allá de lo necesario para lograr el retorno a la normalidad y no es proporcional con los hechos: es excesiva en relación con la crisis que pretende conjurar; no es compatible con la naturaleza, fines y características del derecho a la libre competencia y ciertamente no se encuentra limitada (ver Capítulo V sección 2.1.7).

## **2. OTRAS DIFICULTADES ADICIONALES**

Sin perjuicio de los vicios que hemos evidenciado en este escrito de intervención, que por si solos están llamados a dar lugar a la declaratoria de inexecutable del artículo 10 del Decreto 575 de 2020, a continuación se presentan algunas dificultades adicionales entraña esta medida:

### **2.1 Confusión en el artículo del Decreto 2153 de 1992 modificado**

Mientras que el encabezado del artículo 10 del Decreto 575 de 2020 se refiere a una adición al artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (que lista las conductas constitutivas de abuso de posición dominante), el cuerpo del artículo ordena adicionar temporalmente el artículo 48 del mismo decreto (que lista los actos contrarios a la libre competencia).

Esta contradicción muy posiblemente se debe a la falta de atención del equipo jurídico del Gobierno encargado de la expedición del decreto. Pero, además, induce a pensar que

posiblemente el Gobierno consideró la opción de incluir el comportamiento que describe el artículo 10 del decreto o como conducta constitutiva de abuso de posición dominante, o como acto contrario a la libre competencia y, finalmente, se decidió por este último camino.

Y si bien el Gobierno cuenta con un margen de apreciación para la adopción de las medidas de emergencias tendientes a la superación de la situación de emergencia, la ligereza en el manejo de dos figuras conceptuales tan distantes no puede sino preocupar al lector de la norma.

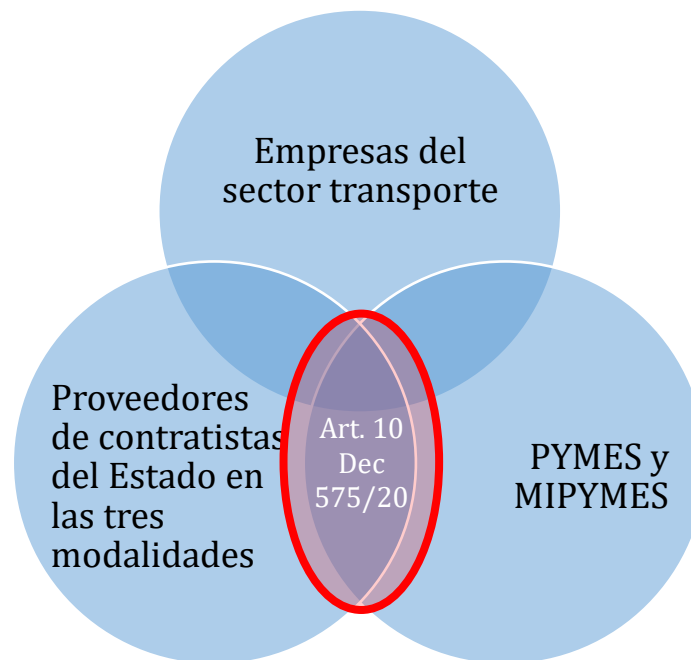
## **2.2 Falta de coherencia sobre el sector destinatario y la medida.**

El Decreto 575 de 2020, como lo indica su título, tiene por objeto adoptar medidas para mitigar los efectos económicos generados por la pandemia del Coronavirus COVID-19 en el sector transporte e infraestructura, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica declarada por el Gobierno Nacional con el Decreto 417 de 2020.

La parte motiva del decreto que se refiere a la medida del artículo 10 explica la medida en que por la pandemia del Coronavirus COVID-19 *“las empresas del sector transporte se han visto afectadas económicamente”* y por ello *“es necesario adoptar una medida que permita reconocer las obligaciones los agentes económicos a las PYMES y MYPYME”*. A pesar del error en la redacción que se presta para confusiones, una interpretación sistemática de la norma permitiría entender que la medida se dirigirá a proteger las PYMES y MIPYMES del sector transporte.

Sin embargo, al pasar a la parte resolutive del decreto y analizar el artículo 10, resulta que ello no es así. La medida del artículo no está dirigida al sector transporte, sino al conjunto de proveedores de contratistas del Estado en los modos de infraestructura de transporte, obras públicas y construcción. Con esta descripción estarán cobijados las PYMES y MIPYMES proveedoras del sector transporte, pero lo estarán junto los proveedores de los demás sectores.

La falta de coherencia se ilustra el siguiente diagrama. Al traslapar las categorías incididas con la medida, se encuentra que ella cobija a un segmento de las PYMES y MIPYMES del sector transporte: aquellas proveedoras de contratistas del Estado, sin importar si pertenecen o no al sector transporte (que, como se dijo, es el destinatario de la medida).



De este modo la medida desborda su justificación, pues no está directa y específicamente dirigida a aliviar las particularidades de dicho sector, sino que cobijará a todos los sectores. Ello, por sí mismo, no es reprochable. Todo lo contrario: es necesario que el Gobierno Nacional adopte medidas para atender a todos los sectores en crisis. Lo que no resulta aceptable, en todo caso, es que adopte una medida tan general con una justificación específica relativa al sector transporte.

## **VII. PETICIÓN**

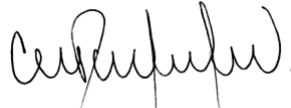
Como consecuencia de los argumentos expuestos, de manera respetuosa solicitamos a la Corte Constitucional, que declare la INEXEQUIBILIDAD del artículo 10 del Decreto Legislativo 575 de 2020.

De los señores magistrados,



Alfonso Miranda Londoño

C.C. No. 19489933 de Bogotá  
Director del CEDEC  
Pontificia Universidad Javeriana



Carlos José Lasprilla Villalobos  
C.C. No. 1.032'441.789  
Profesor  
Derecho Constitucional  
Pontificia Universidad Javeriana