

Bogotá D.C. septiembre 14 de 2020

Doctor

JOSÉ ALFREDO GNECCO

Presidente

Comisión Tercera Constitucional Permanente

Senado de la República

Ciudad.

Ref: Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 027 de 2020 “Por medio del cual se deroga el Decreto 492 de 2020 acumulado con el proyecto de Ley 193 de 2020 “por medio el cual se deroga el artículo 4° del Decreto 492 de 2020”

Señor Presidente:

Atendiendo a lo establecido en el reglamento del Congreso, Ley 5ª. de 1992, y la designación que me hiciera la Mesa Directiva de esta Comisión, hago llegar el informe de ponencia para primer debate en Senado de los Proyectos de Ley 027 de 2020 y 193 de 2020, los cuales fueron acumulados por tratar temas similares. Lo anterior, según lo estipulado por el **artículo 151** de la Ley 5ª. de 1992.

Cordialmente,



**MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA
SENADORA DE LA REPÚBLICA
PARTIDO CENTRO DEMOCRÁTICO**

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE EN SENADO al Proyecto de Ley 027 de 2020 “Por medio del cual se deroga el Decreto 492 de 2020” acumulado con el Proyecto de Ley 193 de 2020 “por medio el cual se deroga el artículo 4° del Decreto 492 de 2020”

1. Introducción

Luego de la aparición y propagación a nivel mundial del Covid-19, el 12 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional. Viendo la rápida propagación del virus y con el único fin de resguardar la vida de los colombianos, el 17 de marzo del mismo año el Presidente de la República, por medio del Decreto 417 de 2020 decretó la primera emergencia económica y social, a partir de la cual se han venido tomando una serie de medidas encaminadas principalmente al fortalecimiento del sistema de Salud, protección de los más vulnerables, defensa del empleo y apoyo al tejido empresarial.

Uno de los decretos expedidos en la primera emergencia, fue el decreto 492 de 2020 “para el fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías y se dictan disposiciones en materia de recursos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica”. Este decreto consta de 9 artículos, a través de los cuales se buscó optimizar el uso del capital de entidades financieras de propiedad estatal, transfiriendo dichos recursos al Fondo Nacional de Garantías, con el fin de respaldar con garantía de la nación la emisión de nuevos créditos, ante la grave crisis y recorte en ingresos que enfrentaba el tejido empresarial.

Esta medida fue trascendental para apoyar a los empresarios y personas independientes con trabajadores a cargo, en estos momentos de crisis, y guarda total conexidad con los motivos de la declaratoria de emergencia. Por lo anterior, la presente ponencia busca demostrar cómo los argumentos planteados para derogar el Decreto 492 no tienen validez, y por lo tanto dichos proyectos de Ley deben ser archivados.

2. Justificación de los proyectos de Ley de acuerdo con los autores

2.1 Proyecto de Ley 027 de 2020

En primer lugar, los autores del proyecto manifiestan que, luego de la declaratoria de emergencia decretada por el Gobierno Nacional mediante los Decretos 417 y 637 de 2020, la respuesta del gobierno no ha estado orientada a minimizar la propagación del virus, fortalecer la atención en

salud y brindar garantías para que los más vulnerables puedan acceder a condiciones básicas de subsistencia, que les permitan mantener el distanciamiento social.

En segundo lugar, y en relación con el decreto 492 de 2020, los autores manifiestan que la medida modifica de manera permanente la propiedad accionaria y de recursos de entidades autónomas referido al denominado grupo Bicentenario como holding financiero, violando las competencias previstas en el artículo 215 de la Constitución, sobre el alcance de las medidas decretadas por el ejecutivo, en el marco de la emergencia económica y social.

En esa misma línea, se argumenta que por medio del artículo 189 de la Constitución, se le atribuye al Presidente de la República la facultad de fusionar entidades u organismos administrativos del orden nacional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 790 de 2002. Adicionalmente, argumentan que el Decreto 492 conlleva una pérdida de la autonomía administrativa y presupuestal de las entidades que ingresan al grupo Bicentenario. Por lo cual, los autores manifiestan que dicho Decreto no solo extralimita el alcance del ejecutivo, sino que no tiene relación con los motivos por los que se decretó la emergencia económica y social.

El tercer argumento de los autores es que la mayor eficiencia del grupo bicentenario, creado por medio del decreto 2111 de 2019, modificó la naturaleza jurídica del régimen de vinculación laboral de los servidores públicos de las entidades que lo componen y que por este motivo constituye una violación a la prohibición constitucional desarrollada por la Ley 137 de 1994.

Por las razones anteriormente expuestas, a través del proyecto de Ley 027 de 2020, los autores solicitan sea derogado en su totalidad el Decreto 492 de 2020.

2.2 Proyecto de Ley 193 de 2020

El autor del proyecto manifiesta que a través del artículo 331 de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022) se otorgaron facultades al Gobierno Nacional para crear una entidad del orden nacional responsable de la gestión del servicio financiero público, artículo que fue reglamentado por el decreto 2111 de 2019.

Sin embargo, argumenta que a través del decreto 492 se autoriza la disminución de la participación accionaria, mediante la reducción de capital de ciertas entidades financieras, lo que iría en contravía de lo establecido en el artículo 1º. del decreto 2111 de 2019, y también del artículo 60 de la Constitución, el cual establece lo siguiente:

ARTICULO 60. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

Por lo anterior, el autor del proyecto de Ley propone que el artículo 4 del decreto 492 sea derogado.

3. Comentarios de la ponente en Senado

Los proyectos de ley 027 y 193 de 2020, objeto del presente informe de ponencia, fueron acumulados por tratar temáticas similares.

Es importante aclarar que mediante las declaratorias de emergencia económica, social y ecológica contenida en los decretos 417 y 637 de 2020, el gobierno Nacional ha buscado principalmente la protección de la vida de los colombianos, previniendo el contagio con el Covid-19 así como ayudando a los más vulnerables y defendiendo el empleo, afectados por el aislamiento obligatorio y el cierre de las actividades productivas.

En ese sentido, no es correcto afirmar que la respuesta del gobierno no estuvo orientada a minimizar los efectos de la pandemia, a fortalecer el sistema de salud y a apoyar a los vulnerables, cuando las cifras han demostrado todo lo contrario. A continuación, se mencionan algunos de los logros del gobierno que así lo demuestra:

- Con corte a la segunda semana de septiembre se han procesado 2.9 millones de pruebas y en promedio 35.000 pruebas diarias.
- Después de Chile y Panamá somos el país de la región con el mayor número de pruebas PCR por millón de habitantes que asciende a 55.973
- Al mismo corte hay cerca de 9.232 UCIs disponibles, mientras que el número de UCIs para febrero era cercano a las 5.000
- Hay 119 laboratorios habilitados a nivel nacional para hacer pruebas, mientras que en febrero eran 3.
- Gracias a las medidas, Colombia tiene una tasa de contagio de 9.355 casos por millón de habitantes y de muertos son 302 por millón de habitantes. De las más bajas en la región.
- Respecto a las ayudas para los más vulnerables, el gobierno ha hecho una inversión que supera los \$7.9 billones y a la fecha ha entregado 5 giros extraordinarios de los programas jóvenes en acción, familias en acción y Colombia Mayor
- Con el fin de ampliar las ayudas a los más vulnerables, el gobierno agilizó la puesta en marcha de la devolución del IVA y con corte a agosto ya se han realizado tres giros bimensuales por \$75.000. Adicionalmente, se creó el programa Ingreso Solidario para llegar a los hogares que previo a la pandemia no recibían ningún subsidio del gobierno. Ya se han realizado cinco pagos, beneficiando a 3 millones de hogares.
- Se creó el programa de apoyo al empleo formal PAEF, el cual ha subsidiado el 40% de un SMMLV para cerca de 2.4 millones de empleados.

- Se creó el programa de apoyo al pago de la prima de servicios, el cual destinó \$220.000 millones para el pago de la prima de mitad de año a 1.6 millones de empleados.

Estos han sido solo algunos de los aciertos del gobierno frente al manejo de la pandemia, que de hecho han sido reconocidos a nivel internacional, por lo cual afirmar que las acciones durante la pandemia no estuvieron encaminadas a disminuir sus efectos no da cuenta de la evidencia registrada.

3.1 Importancia y alcance de las garantías otorgadas a través del Fondo Nacional de Garantías (FNG)

La coyuntura desatada por la pandemia del Covid-19 ha ocasionado un impacto negativo importante en la actividad económica, principalmente como consecuencia del cese de actividades. Las empresas se han visto profundamente afectadas con el abrupto cierre de las actividades, la caída en el consumo y la incertidumbre sobre su completa reapertura, lo que ha exigido apoyos del gobierno nacional para mitigar los problemas de liquidez, despidos masivos de trabajadores, y mantener su operación.

Los recientes datos económicos han mostrado el nivel de afectación que ha tenido la pandemia; de hecho, la tasa de crecimiento del PIB del segundo trimestre fue negativa (-15,7%) y la tasa de desempleo en julio alcanzó el 20,2%.

Adicionalmente, el más reciente informe sobre pulso empresarial publicado por el DANE¹ deja ver la difícil coyuntura por la que han tenido que atravesar las empresas como consecuencia de la pandemia. Para junio el 58% de las empresas encuestadas manifestó tener una operación normal mientras que el 34% una operación parcial. Además, el 69% de las unidades económicas manifestaron tener una disminución en la demanda de sus productos o servicios y el 66% registró tener una disminución en su flujo de caja.

Siendo consciente de esta realidad a la que se podían enfrentar las empresas, y entendiendo que la falta de ventas les impediría acceder a recursos del sector financiero, dado un incremento en el perfil de riesgo, el gobierno nacional capitalizó el Fondo Nacional de Garantías con cerca de \$3.25 billones. El objetivo de esta decisión fue facilitar las aprobaciones de créditos con garantía de la nación hasta del 90% y hasta por \$60 billones por parte del sector financiero tanto para pagar la nómina como capital de trabajo, priorizando las Mypimes.

Respecto al monto de la capitalización, el Fondo Nacional de Garantías se permitió aclarar lo siguiente:

¹Analiza los sectores de Comercio, Industria Manufacturera, Servicios y Construcción

(...) si se apalanca un valor de crédito con garantía del FNG por la suma de hasta \$60 billones con coberturas promedio del 85%, la exposición de la garantía sería de \$51 billones, las cuales al ser ponderadas al 75% daría un resultado de \$38.25 billones, suma respecto de la cual se debe realizar el cálculo de la solvencia, que como se indicó es del 9%; por lo tanto, el FNG debe contar en su patrimonio con un capital de aproximadamente \$3.44 billones". (FNG. 2020)

Resulta importante precisar que previo a la capitalización prevista, el FNG contaba con un patrimonio de \$380mm.

A través del programa "Unidos por Colombia" fruto de la capitalización del FNG, se han establecido seis líneas de garantía para créditos. Los alcances y beneficios de estas líneas se describen a continuación:

1. Garantía para capital de trabajo: con corte al 24 de agosto esta línea ha beneficiado a 96.910 empresarios. De las 100.284 garantías entregadas, cerca de 88.222 han sido para microempresarios. El valor total desembolsado ha sido de \$3.66 billones de un monto total disponible de \$5 billones.
2. Garantía para nóminas: Esta línea ha beneficiado a 12.930 empresarios. De las 25.709 garantías entregadas 11.988 han sido para pequeñas empresas. El valor total desembolsado ha sido de \$2.1 billones de \$10 billones disponibles. Igualmente, el sector que más se ha beneficiado con esta línea es el de comercio y reparación de vehículos.
3. Garantía para trabajadores independientes: con esta línea se han desembolsado \$325mm de un monto total disponible de \$1.2 billones, con una entrega total de 31.452 garantías. De nuevo, el sector más beneficiado con esta línea ha sido el de comercio al por mayor y reparación de vehículos.
4. Garantía para microfinanzas: Esta línea de garantía ha beneficiado a 59.854 microempresas y se han entregado un total de 60.255 garantías por un monto de \$339mm de un monto total disponible de \$1billon
5. Garantía para sectores más afectados: esta línea ha beneficiado a 30 empresarios, con un monto total desembolsado de \$90mm de \$2 billones disponibles. Las empresas beneficiadas con estas garantías pertenecen a los sectores de alojamiento y servicios de comida, actividades artísticas, transporte y almacenamientos, entre otros.
6. Garantías para gran empresa: Esta línea fue puesta en marcha el 13 de julio, razón por la cual hasta la fecha solo se han entregado 22 garantías por cerca de \$80mm de los \$5 billones disponibles. El sector más beneficiado ha sido comercio seguido por el de industrias manufactureras.

De otra parte, de una disponibilidad actual total de \$24.2 billones, se han desembolsado 45.805 garantías por un monto de \$7.3 billones, con los cual la disponibilidad restante es de \$16.1 billones. En este sentido, queda comprobado que la capitalización del Fondo y las acciones previstas en el decreto 492 si tuvieron conexidad con los motivos por los que se decretó la

emergencia y hasta el momento se han evidenciado resultados positivos y significativos para el tejido empresarial.

Ahora bien, en relación con otras afirmaciones encontradas en la exposición de motivos de los proyectos de ley que trata la presente ponencia, resulta importante hacer las siguientes aclaraciones:

En primer lugar, a través del decreto 492 de 2020 el gobierno nacional no está ejerciendo su facultad para fusionar entidades y por tanto no se cumplen con los supuestos establecidos en el artículo 2 de la Ley 790 de 2002. La creación del grupo Bicentenario se realizó por medio del Decreto 2111 de 2019 bajo la constitución de una nueva persona jurídica, y no hace parte de los decretos de emergencia.

En segundo lugar, la creación del grupo Bicentenario busca crear una sociedad, cuya finalidad es controlar, diseñar y coordinar las estrategias para administrar con más eficacia los recursos públicos que se encuentran invertidos en determinadas entidades de la rama ejecutiva. Por ello, la creación de este grupo no modifica el régimen de vinculación laboral de cada una de las personas vinculadas a las entidades que lo conforman. La creación del grupo no afecta los derechos laborales de los funcionarios, ni implicará una disminución en el número de empleos y tampoco incide en las condiciones laborales de dichos trabajadores, de hecho, en el párrafo del artículo 8 del Decreto 2111 de 2019 quedó explícito que cada entidad continuará aplicando su régimen de vinculación laboral.

Finalmente, es necesario aclarar que en el Decreto 492 de 2020 no se tiene prevista ningún tipo de enajenación, por cuanto la descapitalización prevista es con destino a otra entidad pública, y el propietario sigue siendo el Estado; en este sentido lo previsto en el artículo 60 de la Constitución no aplica para la situación prevista en el decreto 492 de 2020.

3.2 Constitucionalidad del Decreto 492 de 2020

Respecto al Decreto 492 de 2020, el cual busca ser derogado por el proyecto de Ley 027 de 2020 y su artículo 4 a través del proyecto de Ley 193 de 2020, vale la pena recordar que los siete primeros artículos del decreto fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional, a excepción del artículo 8, en la sentencia C200/2020. Dentro de los principales argumentos a favor de la constitucionalidad de dicho decreto se pueden encontrar los siguientes:

Respecto a la primera medida encontrada en el decreto 492, relacionada con el fortalecimiento patrimonial del grupo bicentenario previsto en el **artículo 1**, la Corte manifestó que las acciones que se determinan relacionadas con el fortalecimiento patrimonial del grupo bicentenario, tienen su fundamento en lo previsto por el Conpes 3851 de 2015 el cual determinó la necesidad de generar un modelo de gobierno corporativo estatal estructurado, a partir de la creación de una

única entidad propietaria de las empresas estatales. Acorde con lo anterior, en el artículo 351 de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo) quedó estipulada la creación de dicha entidad responsable de la gestión financiera del servicio público.

Con el Decreto ley 2111 de 2019, se crea el grupo Bicentenario SAS y se puso de presente la participación en 18 entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera. Frente a esto, en el artículo 1 del decreto 492 dispuso la vinculación de todas las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, de manera que estas pudieran entrar a hacer parte del grupo Bicentenario, previamente conformado y autorizado por el Congreso.

La acción prevista por el Decreto guarda estrecha relación con las consecuencias desatadas por la pandemia del Covid-19, en la medida que la puesta en marcha del grupo Bicentenario permitiría la coordinación y centralización de estrategias para la entrega de crédito en condiciones favorables a independientes y Mipymes.

La Corte reconoció que, por la forma de operar del conglomerado, el alcance de los servicios financieros y el diseño de los productos financieros a favor del tejido empresarial y como parte de la estrategia de reactivación, sería más eficiente que en un escenario donde no se hubiera puesto en marcha.

“En este orden de ideas, la Sala encuentra que el fortalecimiento patrimonial del Grupo Bicentenario desempeñará un papel crucial, en el campo de los servicios financieros, para el apoyo económico a las Mipymes y a los trabajadores independientes.” Sentencia C200/20

Por su parte, la Corte observó que aun cuando el artículo no crea ninguna entidad nueva y tampoco fusiona las existentes, la disposición si cambia la entidad a la cual estarán adscritas las entidades, en este caso el Ministerio de Hacienda, que según la ley 489 de 1998 son competencias propias del Congreso. En este sentido, estos cambios no eran susceptibles de ser emitidos por el Presidente en sus facultades ordinarias, por lo cual era necesario hacer uso de las extraordinarias.

Respecto a la segunda medida que dispone el Decreto, prevista por los **artículos 2,3 y 4** se autorizó al Ministerio de Hacienda y a las entidades que hacen parte de la rama ejecutiva para realizar aportes al FNG mediante cualquier mecanismo de fortalecimiento patrimonial; estos recursos estarían destinados para otorgar garantías focalizadas en sectores, productos o segmentos.

De esta manera, los artículos mencionados buscaron el incremento del patrimonio del FNG a partir de la descapitalización de empresas industriales y comerciales y de economía mixta del Estado que según manifiesta la Corte contaban con niveles de solvencia superiores a los mínimos regulatorios. Entre ellas, Findeter con un nivel de solvencia del 20.9%, Finagro del 18,7% y el Fondo Nacional del Ahorro de 46,8%, y las demás empresas que no operan como establecimientos de crédito, con los niveles de patrimonio suficientes respecto de su nivel de deuda, por lo cual podían plenamente realizar estas operaciones para apoyar la capitalización del FNG y con esto facilitar la entrega de créditos con garantía de la nación. Mientras que el artículo 3 dispuso la fuente general de

alimentación del FNG, el artículo 4 fijo las cifras máximas en las que podía operar la descapitalización.

Estas acciones guardan toda la conexidad con la declaratoria de emergencia, por cuanto se busca otorgar garantías focalizadas a personas naturales y jurídicas, las cuales como consecuencia de la pandemia vieron afectado su ingreso y supervivencia; de hecho, la misma Corte pone de precedente que durante el primer mes de confinamientos el 35% de las pymes y el 33% de los microempresarios afirmaron que las ventas e ingresos se habían disminuido en más del 75%.

"(...) Por ende, la medida constituye una acción integrada e idónea en orden a proteger este motor del empleo y del crecimiento y, de este modo, a reducir la expansión de los impactos de la crisis" (Sentencia C200/20).

Vale la pena recordar que, en tiempos de paz, la Constitución establece que no se podrá hacer erogación o gasto alguno con cargo al tesoro público que no se halle en el presupuesto decretado por el Congreso. Sin embargo, en casos de excepción como la que se estudia en el presente proyecto de Ley, se deja abierta la posibilidad para que sea el Ejecutivo quien lo realice.

Respecto a la tercera medida que trae el Decreto, descrita en el **artículo 5** en el cual se dispone que el fortalecimiento patrimonial se presupuestará en la sección del Ministerio de Hacienda, la Corte encontró que dicha acción es un efecto jurídico necesario que guarda conexidad con la emergencia y resulta del efecto de descapitalización de varias entidades, para capitalizar el FNG y apoyar con garantía a independiente es y Mipymes.

"(...) para efectos de concretar las medidas que se requieren para aliviar las consecuencias económicas y sociales de los hechos que dieron lugar a la emergencia, se hace necesario aprobar créditos adicionales y realizar traslados, distribuciones, modificaciones y desagregaciones al Presupuesto General de la Nación". (Sentencia C200/20).

Respecto a la cuarta medida prevista en el decreto en los **artículos 6 y 7**, en los cuales se prevé la exclusión del impuesto sobre las ventas a las comisiones por el servicio de garantías otorgadas por el FNG y una disminución en la tarifa de retención en la fuente para el FNG, la Corte manifiesta que en conjunto son medidas con unidad de sentido y propósito en el marco de la emergencia. Lo anterior, por cuanto estos alivios fiscales buscan flexibilizar las condiciones para que quienes así lo requieran accedan con mayor facilidad a oportunidades de liquidez.

Finalmente, en relación con la última medida prevista en el decreto en su **artículo 8**, la cual determina que, para efectos de liquidar las tarifas de la función notarial, esta se considerará como un acto sin cuantía; en este sentido, las escrituras públicas referentes a reformas estatutarias que impliquen el aumento del capital del FNG se consideraran sin cuantía, lo cual implica un ahorro cercano a los \$9.750 millones. Ante este artículo, la Corte manifestó que el Presidente no requería del amparo de un Estado de Excepción para regular una materia que bien pudo haberse previsto mediante decreto reglamentario. Por este motivo la Corte adoptó una decisión de inexecutable diferida, mientras se emite la norma pertinente.

En resumen, la Corte declara exequible los siete primeros artículos del Decreto 492 de 2020 y en la sentencia mencionada reafirmó que se encontraba en línea con las motivaciones de la emergencia, y además fue herramienta para dar respuesta a las consecuencias de esta:

“Con esta finalidad, la Sala identificó que el Decreto analizado fortalece patrimonialmente dos entidades: (i) el holding estatal denominado Grupo Bicentenario, y (ii) el Fondo Nacional de Garantías. La Corte concluyó que estas dos medidas fundamentales cumplen, de manera general, los requisitos formales y materiales de validez constitucional, aplicables a la legislación de excepción” (Sentencia C200/20).

PROPOSICIÓN

Con fundamento en las razones expuestas, rindo **PONENCIA NEGATIVA** y solicito a los miembros de la Comisión Tercera de Senado **ARCHIVAR** el Proyecto de **Ley 027 de 2020** “Por medio del cual se deroga el Decreto 492 de 2020 acumulado con el proyecto de **Ley 193 de 2020** “por medio el cual se deroga el artículo 4° del Decreto 492 de 2020”.



MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA
Senadora de la República
Partido Centro Democrático