

NOTA DE RELATORÍA. Con fundamento en la solicitud realizada el 31 de mayo de 2023, suscrita por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas y dirigida a la Secretaría General de la Corte, se incluye en la presente providencia la anotación “Con aclaración de voto” debajo del pie de firma del precitado Magistrado.

Sentencia C-241/20

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE ESTABLECE MEDIDAS EN MATERIA DE MINAS Y ENERGIA-Exequibilidad

CONSTITUCION POLITICA DE 1991-Establece tres clases de estados de excepción

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Contenido

De conformidad con el artículo 215 de la Constitución, el Estado de Emergencia puede ser declarado por el Presidente de la República y todos los Ministros siempre que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 que: (i) perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que (ii) constituyan grave calamidad pública.

CALAMIDAD PUBLICA-Definición

La calamidad pública alude, entonces, a un evento o episodio traumático, derivado de causas sociales, naturales o técnicas, que altera de forma grave el orden económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobreviniente.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PUBLICA-Características

El artículo 215 de la Constitución prescribe que la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica solo puede llevarse a cabo “por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario”. A su vez, la misma disposición prevé que los decretos legislativos en el marco del Estado de Emergencia tendrán fuerza de ley y deberán ser (i) motivados, (ii) firmados por el Presidente y todos los Ministros, (iii) destinados de manera exclusiva a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, (iv) referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y, (v) podrán, de forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes, los cuales dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

ESTADOS DE EXCEPCION-Concepto

Los estados de excepción son respuestas fundadas en la juridicidad que impone la Carta Política a situaciones graves y anormales que no pueden ser asumidas por el Estado a partir de sus competencias ordinarias.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO

DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Fundamento/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Alcance

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN ESTADOS DE EXCEPCION-Alcance

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Cumplimiento de requisitos formales y materiales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio formal

El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) suscripción por el Presidente de la Republica y todos los Ministros; (ii) expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) existencia de motivación.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio material

El examen material comprende el desarrollo de varios escrutinios que, como lo ha indicado la Corte, constituyen expresiones operativas de los principios que guían los estados de excepción.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de finalidad

A la luz de este juicio, 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 o agravación de sus efectos.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de conexidad material

Pretende determinar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que generaron la declaratoria del Estado de Excepción. La Corte Constitucional ha señalado que la conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista, a saber: (i) interno, o la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente y, (ii) externo, es decir, la relación directa y específica entre el decreto legislativo de desarrollo y la declaratoria de emergencia.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de motivación suficiente

(...) ha sido considerado como un juicio que complementa la verificación formal, dado que busca dilucidar si, además de haberse formulado una motivación de la norma de emergencia, esta demuestra que el Presidente ha apreciado los motivos que llevan a imponer un régimen legal de excepción y, a su vez, ha presentado las razones que fundamentan las medidas adoptadas. La Corte advierte que dicha motivación es exigible de cualquier tipo de medida,

pero es más relevante cuando se limitan derechos constitucionales, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 137 de 1994. Según esta disposición, los decretos legislativos deben señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de ausencia de arbitrariedad

(...) tiene por objeto comprobar que el decreto legislativo no contenga medidas que desconozcan las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la Ley 137 de 1994 y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. La Corte 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.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de intangibilidad

(...) parte 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. La Corte ha señalado que, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, se consideran como derechos intangibles el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el

derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles y el derecho al habeas corpus. También, son intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de estos derechos.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de no contradicción específica

(...) tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contengan una contradicción específica con la Constitución y los tratados internacionales y (ii) 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 Ley 137 de 1994.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de incompatibilidad

(...) según el artículo 12 de la Ley 137 de 1994, exige que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales estas son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de necesidad

(...) previsto en el artículo 11 de la Ley 137 de 1994, implica 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. La Corte ha señalado que el análisis debe ocuparse (i) de la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar desde el punto de vista fáctico si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el Presidente de la Republica incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis y (ii) de la necesidad jurídica o subsidiariedad, que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de proporcionalidad

(...) que se desprende del artículo 13 de la Ley 137 de 1994, exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción sean proporcionales con la gravedad de los hechos que causaron la crisis. La Corte advierte que este examen particular no excluye, la aplicación del examen de proporcionalidad cuando sea necesario, por ejemplo, para controlar restricciones a derechos constitucionales, por ejemplo, en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de no discriminación

(...) que tiene fundamento en el artículo 14 de la Ley 137 de 1994, exige que las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción no entrañen discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. En adición a ello, con este juicio se verifica que el Decreto Legislativo no imponga

tratos diferentes injustificados

DECRETO LEGISLATIVO DICTADO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA,
SOCIAL Y ECOLOGICA-Control de constitucionalidad

DECRETO LEGISLATIVO DICTADO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA,
SOCIAL Y ECOLOGICA-Requisitos formales

DECRETO LEGISLATIVO DICTADO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA,
SOCIAL Y ECOLOGICA-Requisitos materiales

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE ESTABLECE
MEDIDAS EN MATERIA DE MINAS Y ENERGIA-Contenido y alcance

CANON SUPERFICIARIO DE CONTRATO DE CONCESION MINERA-Concepto

El canon superficiario es la contraprestación que pagan, de forma anual y anticipada, las empresas del sector minero sobre las áreas de concesión minera, durante las etapas de exploración, construcción y montaje.

CANON SUPERFICIARIO DE CONTRATO DE CONCESION MINERA-Exigibilidad

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Del pago y de los recursos/EFICIENCIA
ECONOMICA EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Alcance/SERVICIOS PUBLICOS

DOMICILIARIOS-Finalidad/SISTEMA GENERAL DE REGALIAS-Destinación de sus ingresos

ENERGIA ELECTRICA-Zonas interconectadas y ampliación de cobertura/ENERGIA ELECTRICA-Actividades que permiten la prestación del servicio/SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA-Suspensión

SISTEMA DE INFORMACION DE COMBUSTIBLES-Competencia del Gobierno Nacional para determinar orden de atención prioritaria en regiones afectadas cuando oferta de gas licuado de petróleo sea menor a la demanda/SISTEMA DE INFORMACION DE COMBUSTIBLES-Competencia del Ministerio de Minas y Energía para expedir regulación concerniente a utilización de gas licuado de petróleo

Expediente: RE-299

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 574 de 2020, “Por el cual se adoptan medidas en materia de minas y energía, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá D.C., ocho (8) de julio de dos mil veinte (2020)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, en especial de la prevista en el artículo 241.7 de la Constitución Política, y cumplidos todos los requisitos y trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020, el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, por el término de 30 días calendario, contados a partir del 17 de marzo de 2020.

1. En desarrollo del Estado de Excepción, se expidió el Decreto Legislativo 574 de 2020, “Por el cual se adoptan medidas en materia de minas y energía, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. El 16 de abril de 2020, la secretaria jurídica de la Presidencia de la República remitió copia auténtica de este Decreto a la Corte Constitucional para su control automático de constitucionalidad.

1. Mediante el auto de 27 de abril de 2020, el Magistrado sustanciador asumió el conocimiento del presente asunto, decretó la práctica de pruebas, dispuso su fijación en lista

y, simultáneamente, corrió traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. También ordenó comunicar el proceso al Presidente de la República, a los ministros del Interior, de Minas y Energía, de Salud y Protección Social y de Hacienda y Crédito Público. Esto, con el fin que participaran en el presente proceso, si así lo estimaban oportuno.

1. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios, la Corte Constitucional procede a decidir sobre la exequibilidad de la norma objeto de control.

1. Norma objeto de control

1. Corresponde a la Corte revisar el Decreto Legislativo 574 de 2020. A continuación, se transcribe su contenido conforme a su publicación en el Diario Oficial No 51286 de abril 15 de 2020:

“DECRETO LEGISLATIVO 574 DE 2020

Por el cual se adoptan medidas en materia de minas y energía, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, y en desarrollo de lo previsto en el Decreto 417 del 17

de marzo de 2020 “Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, y

CONSIDERANDO

Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política, el presidente de la República con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Que según la misma norma constitucional, una vez declarado el estado de emergencia, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Que estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, Social y Ecológica, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar existentes.

Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo 2020, el Presidente de la República declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término treinta (30) días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19.

Que dentro de las razones generales tenidas en cuenta para adoptar dicha medida se incluyeron las siguientes:

Que el 30 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud -OMS identificó el nuevo coronavirus COVID-19, y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional.

Que el 6 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y de la Protección Social dio a conocer el primer caso de brote de enfermedad por coronavirus COVID-19 en el territorio nacional.

Que el 9 de marzo de 2020 la OMS solicitó a los países la adopción de medidas prematuras con el objetivo de detener la transmisión y prevenir la propagación del virus.

Que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró que el brote del coronavirus COVID-19 es una pandemia, esencialmente por la velocidad en su propagación y la escala de transmisión, toda vez que se había notificado cerca de 125.000 casos de contagio en 118 países por lo que instó a los estados a tomar acciones urgentes.

Que según la Organización Mundial de la Salud -OMS, la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19 es una emergencia sanitaria y social mundial, que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas.

Que mediante la Resolución número 0000380 del 10 de marzo de 2020, el Ministerio de

Salud y Protección Social adoptó, entre otras, medidas preventivas sanitarias de aislamiento y cuarentena de las personas que, a partir de la entrada en vigencia de la precitada resolución, arribaran a Colombia desde la República Popular China, Francia, Italia y España.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, “Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus”, en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020, y en virtud de la misma, se establecieron disposiciones destinadas a la prevención y controlar la propagación del COVID-19 y mitigar sus efectos.

Que el vertiginoso escalamiento del brote de nuevo coronavirus COVID-19, hasta configurar una pandemia, representa actualmente una amenaza global a la salud pública, con afectaciones al sistema económico, de magnitudes impredecibles e incalculables, de la cual Colombia no podrá estar exenta.

Que al 17 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social había reportado que en el país se presentaban 75 casos de personas infectadas con el Coronavirus COVID-19 y 0 fallecidos, cifra que ha venido creciendo a nivel país de la siguiente manera: 102 personas contagiadas al 18 marzo de 2020; 108 personas contagiadas al día 19 de marzo de 2020; 145 personas contagiadas al día 20 de marzo, 196 personas contagiadas al día 21 de marzo, personas contagiadas 22 marzo, 235 personas contagiadas al 23 de marzo 2020; 378 personas contagiadas al día 24 de marzo; 470 personas contagiadas al día 25 de marzo, 491 personas contagiadas día 23 de marzo, 539 personas contagiadas al día 27 de marzo, 608 personas contagiadas al 28 de marzo, 702 personas contagiadas al 29 de marzo; 798 personas contagiadas al día 30 de marzo; 906 personas contagiadas al día 31 de marzo, 1.065 personas contagiadas al día 1 de abril, 1.161 personas contagiadas al día 2 de abril, 1267 personas contagiadas al día 3 de abril, 1.406 personas contagiadas al día 4 de abril, 1.485 personas contagiadas al día 5 de abril, 1.579 personas contagiadas al día 6 de abril, 1780 personas contagiadas al día 7 abril, 2.054 personas contagiadas al 8 de abril, 2.223

personas contagiadas al 9 de abril, 2.473 personas contagiadas al día 10 de abril, 2.709 personas contagiadas al 11 de abril, 2.776 personas contagiadas al 12 de abril y ciento nueve (109) fallecidos a esa fecha.

Que pese a las medidas adoptadas, el Ministerio Salud y Protección Social reportó el 12 de abril de 2020, 109 muertes y 2.776 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (1.186), Cundinamarca (112), Antioquia (260), Valle del Cauca (489), Bolívar (123), Atlántico (88), Magdalena (61), Cesar (32), Norte de Santander (43), Santander (29), Cauca (19), Caldas (34), Risaralda (60), Quindío (47), Huila (52), Tolima (23), Meta (21), Casanare (7), San Andrés y Providencia (5), Nariño (38), (31), Córdoba (13), Sucre (1) Y La Guajira (1), Chocó (1).

Que según la Organización Mundial de la Salud – OMS, se ha reportado la siguiente información: (i) en reporte número 57 de fecha de 17 marzo de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 179.111 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 7.426 fallecidos, (ii) en reporte número 62 de fecha de 21 marzo 2020 a las 23:59 p.m. CET señaló que se encuentran confirmados 292.142 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 12.783 fallecidos, (iii) en reporte número 63 de fecha 23 de marzo 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 332.930 casos del nuevo coronavirus COVID 19 y 14.509 fallecidos, (iv) en el reporte número 79 de fecha 8 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET se encuentran confirmados 1.353.361 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 79.235 fallecidos, (v) en el reporte número 80 del 9 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.436.198 casos del nuevo coronavirus COVID 19 y 85.521 fallecidos, (vi) en el reporte número 81 del 10 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.521.252 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 92.798 fallecidos, (vii) en el reporte número 82 del 11 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.610.909 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 99.690 muertes, y (viii) en el reporte número 83 del 12 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1,696,588 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 105.952 fallecidos.

Que según la Organización Mundial de la Salud – OMS, en reporte de fecha 12 de abril de 2020 a las 19:00 GMT-5, – hora del Meridiano de Greenwich-, se encuentran confirmados 1.773.088 casos, 111.652 fallecidos y 213 países, áreas o territorios con casos del nuevo coronavirus COVID-19.

Que el Fondo Monetario Internacional mediante Comunicado de Prensa 20/114 del 27 de marzo de 2020, publicó la “Declaración conjunta del Presidente del Comité Monetario y Financiero Internacional y la Directora Gerente del Fondo Monetario Internacional”, la cual expresa:

“[. . .] Estamos en una situación sin precedentes en la que una pandemia mundial se ha convertido en una crisis económica y financiera. Dada la interrupción repentina de la actividad económica, el producto mundial se contraerá en 2020. Los países miembros ya han tomado medidas extraordinarias para salvar vidas y salvaguardar la actividad económica. Pero es necesario hacer más. Se debe dar prioridad al apoyo fiscal focalizado para los hogares y las empresas vulnerables a fin de acelerar y afianzar la recuperación en 2021 [. . .].”

Que por medio del Decreto 531 de 2020 el Gobierno nacional impartió instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, para lo cual estableció la medida de aislamiento preventivo obligatorio a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 27 de abril de 2020.

Que la pandemia generada por el COVID19 ha ocasionado enormes retos económicos, lo cual hace necesario incorporar medidas legales para suspender, de manera temporal, el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales derivadas de algunos títulos

mineros.

Que actualmente se encuentran incorporados, a través del artículo 9 de la Ley 1942 de 2018, al Presupuesto de Ingresos del Sistema General de Regalías del bienio del 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020, recursos por el pago de regalías cuyo origen de explotación no ha sido identificado, por lo que se propone modificar la precitada disposición legal con miras a enfrentar los efectos económicos adversos que están recayendo sobre los mineros de subsistencia.

Que es necesario que fondos y empresas estatales cuenten con herramientas que les permitan dar continuidad a la prestación de los servicios públicos domiciliarios para los usuarios.

Que de la misma manera, es necesario establecer condiciones, que no existen actualmente en el ordenamiento jurídico, con el fin de mantener la prestación del servicio de energía en zonas no interconectadas, incluyendo la posibilidad de que no se limite su prestación, en tanto se adelantan procesos formalización de activos; lo anterior, teniendo en cuenta que se trata de zonas alejadas con dificultades económicas y sociales especiales.

Que teniendo en cuenta las situaciones excepcionales que vive el país, y con el objeto de conjurar los efectos de esta pueda tener en relación con la prestación de los servicios de energía, gas combustible y distribución de combustibles líquidos, es necesario habilitar legalmente, y de manera transitoria, la posibilidad de tomar medidas especiales en estas materias.

Que el artículo 1 de la Ley 26 de 1989 señaló que “En razón de la naturaleza del servicio

público de la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, fijado por la Ley 39 de 1987, el Gobierno podrá determinar: horarios, precios, márgenes de comercialización, calidad, calibraciones, condiciones de seguridad, relaciones contractuales y demás condiciones que influyen en la mejor prestación de ese servicio público” sin embargo, guardó silencio sobre la posibilidad de priorizar o racionar su prestación en situaciones como la que actualmente atraviesa el país, proponiéndose entonces, la posibilidad de priorizar y hacer más eficientes los trámites y procedimientos de los que depende la prestación de dichos servicios.

Que el artículo 8 de la Ley 26 de 1989 al regular el Fondo de Protección Solidaria, “Soldicom” requiere establecer un aporte equivalente sobre las ventas del combustible tipo Diésel destinadas a ofrecer apoyo económico para cubrir los requerimientos de distribuidores minoristas, quienes se han visto gravemente afectados, en la medida que constituyen el eslabón más frágil en la cadena de distribución y tienen mayor inmediatez con los usuarios finales.

Que dada la posibilidad de entregar subsidios al servicio público del Gas Licuado de Petróleo – GLP -con el fin de asegurar su prestación efectiva para mitigar los efectos de la pandemia derivada del Covid 19, se hace necesario contar con herramientas que permitan que dicho subsidio sea recibido efectivamente a los usuarios.

Que en virtud de lo anterior,

DECRETA

TITULO I

MEDIDAS EN MATERIA MINERA

Artículo 1. Aplazamiento de la liquidación del canon superficiario. El pago del canon superficiario previsto en el artículo 230 de la Ley 685 de 2001 podrá ser cumplido dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al levantamiento de la medida de aislamiento obligatorio ordenada por el Gobierno nacional.

PARÁGRAFO 2. El aplazamiento en el pago del canon superficiario no generará intereses de mora, pero dichas sumas deberán ser actualizadas con el Índice de Precios al Consumidor - IPC- desde el momento de su causación hasta la fecha efectiva de pago.

Artículo 2. Disposición de los recursos de regalías por comercialización de mineral sin identificación de origen. El Ministerio de Minas y Energía, en el marco de sus competencias, determinará la metodología para las distribuciones a que haya lugar y asignará los recursos provenientes de regalías por comercialización de mineral sin identificación de origen después del Acto Legislativo 05 de 2011 a que se refiere el artículo 9 de la Ley 1942 de 2018, prioritariamente, entre los municipios productores que cuenten con mineros de subsistencia inscritos o que trabajan bajo alguna de las figuras habilitadas por la ley para la explotación.

Los recursos a que se refiere este artículo podrán destinarse a proyectos de inversión que tengan por objeto implementar las acciones necesarias para la atención y ayuda humanitaria de dicha población, tendientes a conjurar la Emergencia Económica, Social y Ecológica y evitar su agravamiento e impedir la extensión de sus efectos, en los términos del Decreto Legislativo 513 de 2020. Para el efecto, el concepto de inversión de que trata este artículo tendrá el tratamiento de asignaciones directas.

Parágrafo. Una vez efectuadas las distribuciones a las que se refiere el presente artículo y en caso de que quedaran recursos disponibles, éstos podrán distribuirse en favor de los municipios productores para proyectos de inversión que incentiven el desarrollo social y económico de los territorios mineros del país, y el desarrollo de la producción minero-energética, en particular la minería pequeña, mediana y de subsistencia, siempre sujetos a las normas que regulan el Sistema General de Regalías.

TITULO II

MEDIDAS EN MATERIA ENERGÉTICA

Artículo 3. Apoyos financieros en zonas para la implementación de soluciones en materia de energía eléctrica. Durante la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la Pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, el Ministerio de Minas y Energía podrá utilizar los recursos no comprometidos del Programa de Normalización de Redes Eléctricas -PRONE- con destino a la asignación y ejecución de proyectos nuevos o que ya estén ejecutándose del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas -FAER- y/o el Fondo de Apoyo financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas -FAZNI-.

Artículo 4. Créditos a las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación mayoritariamente pública. El Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá otorgar créditos a las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación mayoritariamente pública, de conformidad con las condiciones y requisitos que establezca el Fondo Empresarial, con la finalidad de asegurar la continuidad en la prestación de dichos servicios públicos durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID - 19.

PARÁGRAFO 1: En caso de que se requiera la presentación de garantías para lo dispuesto en este artículo, las empresas de servicios públicos domiciliarios podrán hacer uso de los subsidios causados o que vaya a recibir por la prestación del servicio, para lo cual podrán aplicar lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Legislativo 517 de 2020, así como cualquier otra garantía aceptable al Fondo Empresarial.

PARÁGRAFO 2: Para la misma finalidad dispuesta en este artículo, las sociedades descentralizadas del orden nacional y territorial, podrán otorgar financiamiento a empresas de servicios públicos domiciliarios con participación mayoritariamente pública, sin que sea necesaria la presentación de garantías para el efecto, previa aprobación de la junta directiva o asamblea general de accionistas según corresponda.

Artículo 5. Capitalización de empresas de servicios públicos domiciliarios con participación mayoritariamente pública. Se autoriza a la Nación, a los alcaldes o gobernadores, o a otras sociedades descentralizadas del orden nacional o territorial, para capitalizar empresas de servicios públicos con participación mayoritariamente pública, con el fin de darle continuidad a la prestación de los respectivos servicios públicos domiciliarios. Cuando la Nación o alguna entidad territorial ya tenga participación en una empresa de servicios públicos domiciliarios, podrá capitalizar los dividendos futuros. Para el caso de las entidades territoriales también podrán usarse recursos del Sistema General de Regalías, siempre que exista espacio presupuestal conforme a las asignaciones efectuadas por la Ley 1942 de 2018.

PARÁGRAFO 1: La Nación podrá aportar como capital en las empresas de servicios públicos oficiales o mixtas, la propiedad accionaria que tenga en empresas del sector energético, dichos aportes serán recibidos por el valor intrínseco de la participación accionaria. Para el efecto no se requerirá operación presupuestal alguna.

PARÁGRAFO 2. Con el propósito de garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica en Zonas No Interconectadas durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social con ocasión de la pandemia derivada de la pandemia por el COVID-19, se autoriza a la Nación a ceder a cualquier título a sus entidades descentralizadas, los activos eléctricos de propiedad de la Nación.

Artículo 6. Destinación especial de recursos del Sistema General de Participaciones. Con el fin de garantizar la continuidad de la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios de Energía y Gas, durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID - 19, las entidades territoriales, prestadores directos del servicio de APSB, podrán destinar recursos de la participación de APSB del Sistema General de Participaciones al pago de pasivos y obligaciones que tengan con las empresas de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible, por cuenta de la prestación de APSB, siempre y cuando, certifiquen estar a paz y salvo con el pago de subsidios y el destino autorizado no ponga en riesgo el financiamiento de los usos también autorizados mediante el Decreto 441 de 2020.

Artículo 7. Continuidad de la prestación del servicio de energía eléctrica en las Zonas No Interconectadas (ZNI). Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las empresas tenedoras de activos eléctricos de propiedad de la Nación o entes territoriales en las Zonas No Interconectadas (ZNI), que a la fecha los estén operando y sin que medie acto de formal de entrega, podrán prestar de manera ininterrumpida el servicio público de energía eléctrica, siempre y cuando se mantengan las condiciones en que lo vienen prestando.

Artículo 8. Prórroga de las entregas de las soluciones energéticas para proyectos del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas no Interconectadas (FAZNI). Las entregas de las implementaciones de soluciones energéticas previstas en el artículo 288 de la Ley 1955 de 2019 del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas no Interconectadas (FAZNI), cuyo vencimiento ocurra en cualquier fecha, antes o dentro del

lapso de duración de la declaratoria de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, se prorrogarán hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2020.

Artículo 9. Adopción de medidas especiales. Cuando se presenten situaciones de riesgo grave para la continuidad en la prestación del servicio público de energía eléctrica, gas combustible y distribución de combustibles líquidos en el país o en algunas zonas del territorio nacional, durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, el Ministerio de Minas y Energía podrá declarar la Emergencia Eléctrica.

PARÁGRAFO 1. La declaratoria de la Emergencia Eléctrica deberá ser adoptada previo concepto de la Unidad de Planeación Minero-Energética y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

PARÁGRAFO 2. Durante la declaratoria de la Emergencia Eléctrica, el Ministerio de Minas y Energía determinará las acciones y las regulaciones requeridas para superar las circunstancias que generaron la declaratoria de dicha Emergencia Eléctrica, incluyendo la atención especial de aquellas situaciones que puedan poner en riesgo proyectos de energía eléctrica, gas combustible y distribución de combustibles líquidos, o la prestación continua de dichos servicios.

PARÁGRAFO 3. La posibilidad que las entidades territoriales asuman total o parcialmente el costo de los servicios públicos de energía eléctrica o de gas combustible de los usuarios dentro de su jurisdicción, prevista en el artículo 7 del Decreto Legislativo 517 de 2020, abarcará el lapso de vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19.

Artículo 10. Esquemas de priorización, atención y/o racionalización de la demanda de combustibles líquidos. Cuando se presenten insalvables restricciones en la oferta de combustibles líquidos, no transitorias, que impidan la prestación continua del servicio de abastecimiento de combustibles líquidos, el Ministerio de Minas y Energía podrá definir esquemas de priorización, atención y/o racionamiento de la demanda de combustibles líquidos, biocombustibles y sus mezclas, con el fin de garantizar la prestación del servicio público y la garantía en la atención de las necesidades básicas de la población.

PARÁGRAFO. El Ministerio de Minas y Energía, con el objeto de dar continuidad al abastecimiento nacional, podrá modificar, transitoriamente, los niveles de mezcla de los combustibles líquidos con biocombustibles, especificando el valor de los porcentajes y la discriminación por región o por municipios en las que apliquen dichas medidas.

Artículo 11. Apoyo transitorio a distribuidores minoristas. Modifíquese el literal a) del artículo 8 de la Ley 26 de 1989, por el tiempo de la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la Pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, el cual quedará así:

“a) El 0.5% del margen de rentabilidad señalado por el Gobierno al distribuidor minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo por cada galón de gasolina y/o ACPM, el cual será retenido a todo minorista en la forma que indique el Ministerio de Minas y Energía”.

Artículo 12. Giro directo de los subsidios del servicio de GLP. La entrega de subsidios a usuarios del servicio público domiciliario de Gas Licuado de Petróleo por parte del Ministerio de Minas y Energía, podrá hacerse directamente a los beneficiarios de este.

PARAGRAFO 1. Este auxilio se calculará sobre el costo del consumo básico de subsistencia, a los estratos 1 y 2 identificados en SISBEN, como usuarios de GLP en cilindros.

PARÁGRAFO 2. La entrega de los subsidios previstos en el presente artículo queda sujetos a la disponibilidad presupuestal existente.

Artículo 13. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los 15 días del mes de abril de 2020”

[Siguen firmas del Presidente de la República y de todos los ministros del despacho]

1. Relación de siglas y abreviaturas

1. La Corte utilizará el siguiente listado de siglas y abreviaturas para facilitar la lectura de esta decisión:

Ministerio de Minas y Energía

MME

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

SSPD

Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios

ESPD

Programa de Normalización de Redes Eléctricas

PRONE

Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas

FAER

Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas

FAZNI

Comisión de Regulación de Energía y Gas

CREG

LEEE

Sistema General de Regalías

SGR

Sistema General de Participaciones

SGP

Agua Potable y Saneamiento Básico

APSB

Unidad de Planeación Minero Energética

UPME

Servicios públicos domiciliarios

SPD

Gas Licuado de Petróleo

GLP

1. Pruebas

1. En cumplimiento de lo ordenado por el auto de 27 de abril de 2020, la secretaría jurídica de la Presidencia de la República remitió a la Corte Constitucional el informe que se solicitó. Las respuestas brindadas en ese informe se presentarán en el examen de constitucionalidad material del Decreto Legislativo 574 de 2020.

1. Intervenciones

1. La Corte recibió diecisiete escritos de intervención en este asunto. A continuación, se resumen de la siguiente manera:

1. Presidencia de la República. Señaló que el Decreto supera todos los juicios formales y materiales de constitucionalidad, así: (i) sus consideraciones justifican las medidas adoptadas y estas guardan conexidad inmediata y concreta con las causas que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica (conexidad interna y externa). (ii) Las disposiciones adoptadas son consistentes con las finalidades de la declaratoria del Estado de Excepción, pues tienden a garantizar la prestación continua y

efectiva de los servicios públicos domiciliarios en medio de la pandemia del COVID-19 (finalidad). (iii) Cada medida cumple el juicio de necesidad fáctica y jurídica. (iv) Las normas contenidas en el Decreto son proporcionales, dado que se adoptan para garantizar derechos fundamentales y necesidades básicas de la población. (v) Estas medidas no hubiesen podido ser llevadas a cabo mediante el uso de la normativa vigente. (vi) Ninguna de las normas tiene contenido discriminatorio, son arbitrarias o afectan derechos intangibles².

1. El Departamento Nacional de Planeación³, la Asociación Colombiana de Minería –ACM–⁴, la Agencia Nacional de Minería⁵ y la Agencia Nacional de Hidrocarburos⁶ defendieron la constitucionalidad del Decreto sub examine, con argumentos similares a los expuestos por la Presidencia de la República.

1. Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia⁷. Los intervinientes se pronunciaron sobre el artículo 2° del Decreto 574 de 2020 y (i) solicitaron la exequibilidad condicionada de la palabra “podrán” contenida en el inciso 2°, en el entendido de que los recursos asignados por este artículo deben ser destinados a la implementación de medidas de atención y ayuda humanitaria a mineros de subsistencia. A su juicio, el Decreto no justifica por qué se trataría de una facultad y no de una obligación. (ii) Solicitaron la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión “mineros de subsistencia inscritos”, en el entendido de que incluye a todos los mineros tradicionales en proceso de formalización que, por razones ajenas a su voluntad, aún no se encuentran en los registros oficiales. (iii) También señalaron la inexequibilidad del aparte “o que trabajan bajo alguna de las figuras habilitadas por la ley para la explotación”, dado que carece de motivación suficiente. (iv) Por último, indicaron que la expresión “la minería pequeña, mediana” es inexecutable. En su criterio, destinar los recursos a incentivar minería pequeña y mediana no guarda relación con lo expuesto en las consideraciones del Decreto.

1. Universidad Javeriana de Cali⁸. Solicitó la inexequibilidad del artículo 9° del Decreto bajo examen, con los siguientes argumentos: (i) la crisis que podría afrontar el sector eléctrico no

solo obedece a los riesgos derivados de la pandemia de COVID-19, sino que se explica en múltiples factores. (ii) Las normas que se adopten como consecuencia de la emergencia eléctrica podrían desbordar las competencias del Gobierno. (iii) La inclusión del concepto “emergencia eléctrica” en el ordenamiento jurídico colombiano abre la posibilidad de adoptar normas que trasciendan las necesidades asociadas al actual estado de emergencia y podrían tener un efecto temporal con mayor alcance. (iv) La medida afecta la seguridad jurídica del sector e induce riesgos regulatorios innecesarios. (v) La vaguedad y ambigüedad normativa de esta habilitación podría redundar en un detrimento de la eficiencia que requiere la institucionalidad del sector eléctrico colombiano. (vi) Con esta disposición, el Gobierno crea una nueva categoría dentro de los estados de emergencia, o una subcategoría de estados de emergencia aplicables a un sector económico en particular.

1. Federación Colombiana de Municipios⁹. Sin efectuar ninguna solicitud, señaló que es discriminatorio que el parágrafo 1° del artículo 1° del Decreto sub examine solo beneficie a las empresas mineras que están “al día” en sus pagos. A su juicio, bastaba con prever que, si el deudor moroso quería beneficiarse del aplazamiento, solo debía cancelar los cánones atrasados.

1. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios¹⁰. Defendió la constitucionalidad del Decreto enfatizando los siguientes aspectos: (i) los impactos financieros que las medidas del decreto pretenden mitigar¹¹. (ii) La importancia y la capacidad del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para contribuir a la ayuda financiera que las empresas del sector requieren.

1. Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia¹². Solicitaron la exequibilidad condicionada del artículo 5° del Decreto, en relación con la capitalización de ESPD con participación pública mayoritaria. La medida no ofrece certeza sobre el destino de los recursos. Por tanto, solicitaron a la Corte Constitucional determinar en sentencia aditiva la fijación de un procedimiento para la asignación de este beneficio específico, a partir de

criterios (i) objetivos, (ii) transparentes, (iii) plurales, (iv) de cumplimiento de obligaciones y señalamiento de sanciones frente al Estado (penales, disciplinarias, fiscales y tributarias), y sobre todo (v) priorizando la población vulnerable por la crisis y los criterios constitucionales de igualdad material¹³.

1. Departamento de Derecho Minero-Energético de la Universidad Externado de Colombia¹⁴. Solicitó la exequibilidad de todo el Decreto 574 de 2020. Señaló que las medidas adoptadas se justifican en los retos económicos generados con ocasión de la pandemia COVID 19 y la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios y la distribución de combustibles líquidos. En su criterio, la proporcionalidad de las facultades otorgadas al MME y a las entidades territoriales no puede ser calificada en abstracto, dado que las medidas no tienen efectos por sí mismas. Por ello, el análisis de proporcionalidad deberá efectuarse respecto de los actos que se emitan de conformidad con dichas facultades.

1. Federación Nacional de Departamentos¹⁵. Defendió, en concreto, la constitucionalidad del artículo 2° del Decreto. Señaló que los recursos de regalías por minerales sin identificación de origen son una fuente de ingresos adicionales a los que, de ordinario, se reciben por el SGR. Aclaró que estos recursos ya habían sido integrados al presupuesto bienal del SGR 2019-2020 como regalías directas. El artículo segundo solo introduce una orden de distribución priorizada de estos recursos, para un uso autorizado en el artículo 361 de la Constitución.

1. Ciudadanas Laura Ximena Urueña y Valeria Alexandra Gómez¹⁶. Solicitaron la inexequibilidad del artículo 9° del Decreto sub examine, dado que no cumple los juicios de necesidad y motivación suficiente, por las siguientes razones: (i) en materia energética, no existe “un estado crítico actual o inminente” que justifique esta medida excepcional y novedosa. (ii) Es excesivo que al mismo tiempo existan dos o más tipos de emergencia cuando una no es necesaria. (iii) La medida es precipitada y riesgosa dado que no hay una

definición clara de qué constituye “riesgo grave”. Esto genera un peligro de valoración indebida por parte del MME, la UPME y la CREG. (iv) La norma nace de una facultad excepcional de índole preventiva, lo cual está proscrito por ser propio de una “democracia de baja intensidad”.

1. Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica –Acolgen–17. Sin efectuar ninguna solicitud, reflexionó sobre la importancia de que la Corte se pronuncie acerca del alcance de la habilitación otorgada al Ministerio de Minas y Energía por medio del artículo 9° del Decreto sub examine.

1. Universidad de los Andes18. Solicitó la inexecutableidad del artículo 9° del Decreto bajo examen, al considerar que no se trata de una medida directamente encaminada a conjurar la crisis derivada del COVID-19.

1. Ciudadano Andrés Rodríguez19. Solicitó la executableidad de todo el Decreto 574 de 2020, al considerar que cumple con los juicios de orden formal y material.

1. Gobernadores del pueblo indígena Yukpa20. Esta intervención no contiene ninguna alusión específica al Decreto 574 de 2020.

1. Las intervenciones presentadas en este proceso de constitucionalidad se resumen de la siguiente manera:

Sentido de la Intervención

Interviniente

Exequibilidad

Presidencia de la República

Departamento Nacional de Planeación

Asociación Colombiana de Minería -ACM-

Agencia Nacional de Minería

Agencia Nacional de Hidrocarburos

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Universidad Externado de Colombia (Departamento de Derecho Minero-Energético)

Federación Nacional de Departamentos

Ciudadano Andrés Rodríguez

Inexequibilidad del artículo 9°

Universidad Javeriana de Cali

Ciudadanas Laura Ximena Urueña y Valeria Alexandra Gómez

Universidad de los Andes

Exequibilidad parcial del artículo 2°.

Universidad Externado de Colombia (Departamento de Derecho Constitucional)

Exequibilidad condicionada del artículo 5°

Universidad Externado de Colombia (Departamento de Derecho Fiscal)

Sin solicitud

Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica -Acolgen-

Federación Colombiana de Municipios

Gobernadores del pueblo indígena Yukpa

1. Concepto del Procurador General de la Nación.

1. El 8 de junio de 2020, el Procurador solicitó la declaratoria de exequibilidad condicionada de los artículos 1º y 8º del Decreto 574 de 2020.

1. A juicio del Ministerio Público, el artículo 1º del Decreto 574 de 2020 es exequible en el entendido de que para su aplicación se debe expedir un acto administrativo que determine la fecha a partir del cual se hará efectivo el cobro del canon superficiario, según el lugar en donde se adelante la exploración, construcción y montaje de la concesión. Por su parte, el artículo 8º del Decreto 574 de 2020 es exequible en el entendido de que la prórroga que allí se autoriza comprende todas las entregas de soluciones energéticas para proyectos del FAZNI que deben hacerse durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno nacional y sus prórrogas. Para el Procurador, es irrazonable prorrogar solo las entregas que se hubiesen podido dar antes o durante la declaratoria del estado de excepción, dado que son las medidas sanitarias las que impiden adelantar las entregas.

1. El Procurador sostuvo que las medidas contenidas en el Decreto sub examine cumplen los requisitos formales y materiales exigidos por la jurisprudencia. En particular, tienen conexidad con los motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia y la crisis económica generada por el COVID-19. Para el Ministerio Público, las medidas contenidas en el Decreto 574 de 2020 garantizan la prestación de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible y la distribución de combustibles líquidos, imperativos para satisfacer las necesidades básicas de la población. Asimismo, generan prerrogativas de atención y ayuda al grupo de la población que integra la minería de subsistencia y otros tipos de minería

formal.

I. CONSIDERACIONES

1. La Corte Constitucional es competente para decidir acerca de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 574 de 2020, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 215 y 241.7 de la Constitución Política, 55 de la LEEE, así como 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991.

1. Problema jurídico y metodología de la decisión

1. Compete a la Corte resolver el siguiente problema jurídico: ¿El Decreto Legislativo 574 de 2020 cumple con los requisitos formales y materiales previstos por la Constitución Política, la LEEE y la jurisprudencia constitucional?

1. Para responder este problema jurídico, la Sala Plena seguirá la siguiente metodología. Primero, presentará la caracterización general de los estados de excepción, en particular, del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Segundo, determinará el alcance del control de constitucionalidad en este tipo de asuntos. Tercero, examinará el cumplimiento de los requisitos formales del Decreto Legislativo sub examine. Cuarto, agrupará las disposiciones contenidas en el Decreto 574 de 2020 en 5 bloques temáticos para su análisis. Finalmente, analizará si las medidas adoptadas por la norma objeto de control cumplen con los requisitos materiales de constitucionalidad, para lo cual resumirá el contenido y alcance de los artículos que integran cada bloque temático y aplicará los juicios materiales de constitucionalidad.

1. Caracterización general del Estado de Excepción y, en particular, del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica²¹

1. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en numerosas oportunidades de precisar la naturaleza y alcance del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica regulado en el artículo 215 de la Constitución. De la misma forma, ha precisado las fuentes, criterios y estándares que debe tomar en consideración esta Corte a efectos de juzgar la constitucionalidad de los decretos de desarrollo que dicta el Presidente de la República. A continuación, la Sala reitera los aspectos básicos del precedente sobre la materia, con el propósito de aplicarlos en el control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 574 de 2020.

1. La Constitución de 1991 regula en sus artículos 212 a 215 los estados de excepción. Con apoyo en esas disposiciones, el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros, puede declarar tres tipos de estados de excepción: (i) Guerra Exterior, (ii) Conmoción Interior y (iii) Emergencia Económica, Social y Ecológica. El carácter reglado, excepcional y limitado de los estados de excepción se garantiza por medio de su estricta regulación en la Constitución y en la Ley 137 de 1994, “por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia”, así como mediante sus especiales sistemas y dispositivos de control político y judicial.

1. La Constitución dispuso un complejo sistema de controles políticos específicos para los estados de excepción, tales como (i) la autorización del Senado para la declaratoria de la guerra exterior; (ii) el concepto favorable para la segunda prórroga del Estado de Conmoción interior y del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica; (iii) las reuniones del Congreso por derecho propio; (iv) los informes que se deben presentar al Congreso de la República sobre su declaratoria y evolución; por último, (v) los posibles juicios de

responsabilidad política al Presidente en relación con el ejercicio de sus facultades en el marco de los estados de excepción. También, previó el control judicial constitucional automático de los decretos legislativos expedidos en el marco de los estados de excepción, según lo dispuesto en los artículos 212 a 215 de la Constitución, los cuales están desarrollados en los artículos 55 de la Ley 137 de 1994 y 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991.

1. De conformidad con el artículo 215 de la Constitución, el Estado de Emergencia puede ser declarado por el Presidente de la República y todos los Ministros siempre que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 que: (i) perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que (ii) constituyan grave calamidad pública. Este último concepto ha sido definido por la Corte Constitucional como “una desgracia o infortunio que afecta intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella”. La calamidad pública alude, entonces, a un evento o episodio traumático, derivado de causas sociales, naturales o técnicas, que altera de forma grave el orden económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobreviniente. Esta Corte ha señalado que “los acontecimientos, no solo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad, sino que, además, deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el transcurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales”²².

1. El artículo 215 de la Constitución prescribe que la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica solo puede llevarse a cabo “por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario”. A su vez, la misma disposición prevé que los decretos legislativos en el marco del Estado de Emergencia tendrán fuerza de ley y deberán ser (i) motivados, (ii) firmados por el Presidente

y todos los Ministros, (iii) destinados de manera exclusiva a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, (iv) referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y, (v) podrán, de forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes, los cuales dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

1. Fundamento y alcance del control judicial de los decretos de desarrollo expedidos al amparo del Estado de Emergencia Económica, Social o Ambiental²³

1. Los estados de excepción son respuestas fundadas en la juridicidad que impone la Carta Política a situaciones graves y anormales que no pueden ser asumidas por el Estado a partir de sus competencias ordinarias. Sin embargo, esa competencia no es omnímoda ni arbitraria. El ordenamiento superior impone una serie de requisitos y condiciones que deben cumplir tanto los decretos legislativos que declaren el estado de excepción, los decretos de desarrollo. Estos requisitos y condiciones son los que, a su vez, justifican la competencia de la Corte para verificar la compatibilidad de los decretos con el Texto Superior.

1. La Corte ha indicado que los requisitos mencionados se encuentran en tres fuentes normativas concretas, todas ellas integrantes del bloque de constitucionalidad: (i) las disposiciones de la Carta Política que regulan los estados de excepción (arts. 212 a 215 C.P.); (ii) el desarrollo de esas reglas, previstas en la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción; y (iii) las normas de derecho internacional de los derechos humanos que prevén tanto los requisitos de declaratoria, como las garantías que no pueden ser suspendidas en esas situaciones excepcionales (derechos intangibles). La existencia de un régimen jurídico con sujeción al cual deben ejercerse las competencias que surgen de la declaratoria de un estado de excepción concretan el principio de legalidad que, como lo ha indicado esta Corte, (i) obliga a que el Gobierno actúe con sujeción a las normas nacionales que rigen los estados de excepción y (ii) exige que las suspensiones extraordinarias de los derechos y libertades que tengan lugar en razón de la crisis no sean incompatibles con las

obligaciones del Estado y, en particular, con aquellas derivadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

2. La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que el control constitucional de los decretos de desarrollo tiene dos facetas: formal y material.

1. El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) suscripción por el Presidente de la República y todos los Ministros; (ii) expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) existencia de motivación.

1. El examen material comprende el desarrollo de varios escrutinios que, como lo ha indicado la Corte, constituyen expresiones operativas de los principios que guían los estados de excepción. La práctica decisonal de este tribunal evidencia algunas divergencias en el orden, contenido y agrupación de tales juicios. Si bien tales diferencias no han afectado el rigor del control constitucional, es oportuno unificar su alcance a fin de enunciar y caracterizar cada uno de los juicios.

1. El juicio de finalidad²⁴ está previsto en el artículo 10 de la Ley 137 de 1994. A la luz de este juicio, 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 o agravación de sus efectos²⁵.

1. El juicio de conexidad material²⁶ está previsto en los artículos 215 de la Constitución y 47 de la Ley 137 de 1994²⁷. Pretende determinar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que generaron la declaratoria del Estado de Excepción. La Corte Constitucional ha señalado que la conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista, a saber: (i) interno, o la relación entre las medidas adoptadas y las

consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente y, (ii) externo, es decir, la relación directa y específica entre el decreto legislativo de desarrollo y la declaratoria de emergencia.

1. El juicio de motivación suficiente²⁸ ha sido considerado como un juicio que complementa la verificación formal, dado que busca dilucidar si, además de haberse formulado una motivación de la norma de emergencia, esta demuestra que el Presidente ha apreciado los motivos que llevan a imponer un régimen legal de excepción y, a su vez, ha presentado las razones que fundamentan las medidas adoptadas. La Corte advierte que dicha motivación es exigible de cualquier tipo de medida, pero es más relevante cuando se limitan derechos constitucionales, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 137 de 1994. Según esta disposición, los decretos legislativos deben señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales.

1. El juicio de ausencia de arbitrariedad²⁹ tiene por objeto comprobar que el decreto legislativo no contenga medidas que desconozcan las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la Ley 137 de 1994 y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. La Corte 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. La Corte también ha indicado que se trata de un juicio encaminado a mantener la vigencia del Estado de Derecho, mediante el respeto irrestricto del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

1. El juicio de intangibilidad³⁰ parte 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. La Corte ha señalado que, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, se consideran como derechos intangibles el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a

tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles y el derecho al habeas corpus. También, son intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de estos derechos.

1. El juicio de no contradicción específica³¹ tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contengan una contradicción específica con la Constitución y los tratados internacionales y (ii) 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 Ley 137 de 1994. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y reiterado por la legislación estatutaria, la de desmejorar mediante las normas de excepción los derechos sociales de los trabajadores.

1. El juicio de incompatibilidad³², según el artículo 12 de la Ley 137 de 1994, exige que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales estas son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción³³.

1. El juicio de necesidad³⁴, previsto en el artículo 11 de la Ley 137 de 1994, implica 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 excepción³⁵. La Corte ha señalado que el análisis debe ocuparse (i) de la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar desde el punto de vista fáctico si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el Presidente de la Republica

incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis y (ii) de la necesidad jurídica o subsidiariedad, que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

1. Cabe agregar, con todo, que la intensidad del escrutinio de necesidad depende de otros factores adicionales que convergen en el caso concreto. Para la Sala, el juicio material acerca de la idoneidad de las medidas y de la suficiencia de las herramientas previstas en el derecho ordinario para conjurar la crisis depende del contenido normativo cuya conformidad con la Constitución se examina. Así, este escrutinio será más débil: (i) cuanto mayor resulte el nivel de complejidad y especificidad técnica de las medidas que se prevén, según el ramo que se pretenda regular, (ii) a medida que el órgano gubernamental demuestre estar en la mejor posición epistémica para tomar decisiones sobre la materia de que se trate, según sus competencias legales y (iii) siempre que la norma bajo examen no contenga afectación alguna de derechos fundamentales ni amenace ningún pilar axiológico del constitucionalismo democrático.

1. El juicio de proporcionalidad³⁶, que se desprende del artículo 13 de la Ley 137 de 1994, exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción sean proporcionales con la gravedad de los hechos que causaron la crisis³⁷. La Corte advierte que este examen particular no excluye, la aplicación del examen de proporcionalidad cuando sea necesario, por ejemplo, para controlar restricciones a derechos constitucionales, por ejemplo, en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

1. El juicio de no discriminación³⁸, que tiene fundamento en el artículo 14 de la Ley 137 de 1994³⁹, exige que las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción no entrañen discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. En adición a ello, con este juicio se verifica que el Decreto Legislativo no imponga tratos diferentes injustificados.

1. Control de constitucionalidad formal del Decreto Legislativo 574 de 2020

1. El Decreto Legislativo 574 de 2020 cumple con todos los requisitos formales de constitucionalidad.

Requisito

Cumple

Consideraciones de la Sala Plena

SI

NO

1. Suscripción por el Presidente de la República y sus ministros

X

El Decreto Legislativo fue suscrito por el Presidente de la República y los 18 Ministros

2. Expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia

X

El Decreto Legislativo 574 de 2020 fue expedido el 15 de abril de este año, durante la vigencia del estado de excepción declarado mediante el Decreto 417 del 17 de marzo 2020.

El Decreto sub examine invocó la declaratoria del estado de excepción como fundamento para su expedición, por lo que, en lo que concierne al control formal, fue expedido en desarrollo del estado de excepción.

3. Existencia de motivación

X

El Decreto bajo control expone 29 considerandos, que formalmente motivan su expedición.

4. Determinación del ámbito territorial de aplicación

X

Toda vez que la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica se extiende a todo el territorio nacional, se sigue que las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 574 del 15 de abril de 2020 tienen el mismo ámbito de aplicación. Por lo tanto, se entiende cumplido este requisito formal.

1. Aunque no son requisitos formales de validez de los decretos legislativos, la Sala advierte que (i) este decreto legislativo fue remitido por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República a esta Corte para someterlo al control automático de constitucionalidad, el día hábil siguiente a su expedición, esto es, el 16 de abril de 2020; (ii) no era necesario el envío del informe a los Secretarios Generales de la ONU y la OEA, por cuanto, tal como se expondrá más adelante, el Decreto Legislativo 574 no contiene limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales.

1. Bloques temáticos para el análisis de la constitucionalidad del Decreto 574 de 2020

1. Por razones de orden metodológico, la Sala agrupará las normas que componen este Decreto en 5 bloques temáticos en función de la materia regulada, así:

Bloque temático

Disposiciones

Apoyo al sector minero

Artículo 1°: aplazamiento de canon superficiario.

Artículo 2°: recursos de regalías para minería de subsistencia.

Garantía de continuidad en la prestación de servicios públicos domiciliarios

Artículo 4°: créditos del Fondo Empresarial de la SSPD

Parágrafo 2° del artículo 4°: financiamiento a empresas de servicios públicos domiciliarios

Artículo 5°: capitalización de empresas de servicios públicos domiciliarios.

Artículo 6: destinación de recursos de participación al pago de pasivos y obligaciones con empresas de servicios públicos de energía eléctrica y gas.

Artículo 12: entrega directa de los subsidios del servicio público domiciliario de Gas Licuado de Petróleo.

Parágrafo 3° del artículo 9°: asunción del costo de los servicios públicos de energía y gas por parte de entidades territoriales.

Energía eléctrica en Zonas No Interconectadas (ZNI)

Artículo 3°: destinación de recursos del PRONE a proyectos del FAZNI.

Artículo 7°: tenencia de activos eléctricos en ZNI.

Artículo 8°: prórroga de entrega de soluciones energéticas en proyectos FAZNI.

Parágrafo 2° del artículo 5°: cesión de activos eléctricos de la Nación para prestación del servicio en ZNI.

Suministro de combustibles

Artículo 10: esquemas de priorización, atención y/o racionamiento de la demanda de combustibles líquidos, biocombustibles y sus mezclas.

Artículo 11: modificación del margen de rentabilidad del distribuidor minorista de combustibles.

Emergencia Eléctrica

Artículo 9° y sus párrafos 1 y 2: declaratoria de emergencia eléctrica.

1. Control de constitucionalidad material del Decreto Legislativo 574 de 2020

1. Como se mencionó en los párr. 40 y ss., el examen material de la constitucionalidad de los decretos legislativos debe llevarse a cabo a partir los juicios de (i) finalidad, (ii) conexidad, (iii) motivación suficiente, (iv) ausencia de arbitrariedad, (v) intangibilidad, (vi) no contradicción específica, (vii) incompatibilidad, (viii) necesidad, (ix) proporcionalidad y (x) no discriminación.

1. Para adelantar el control de constitucionalidad material del Decreto Legislativo 574 de

2020, la Sala Plena analizará la constitucionalidad de las medidas que integran cada uno de los bloques temáticos identificados en el párr.53 a la luz de los juicios antes referidos.

1. Medidas de apoyo al sector minero

1. Contenido y alcance

1. Las disposiciones de este bloque temático buscan contrarrestar los efectos económicos de las medidas de aislamiento en el sector minero colombiano.

1. El artículo 1° autoriza el pago del canon superficiario dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al levantamiento de la medida de aislamiento obligatorio ordenada por el Gobierno Nacional. Este aplazamiento aplica para quienes se encuentren al día en los pagos. El canon superficiario es la contraprestación que pagan, de forma anual y anticipada, las empresas del sector minero sobre las áreas de concesión minera, durante las etapas de exploración, construcción y montaje⁴⁰. Durante el aplazamiento, no se generarán intereses de mora, pero las sumas a pagar serán actualizadas con el Índice de Precios al Consumidor -IPC- desde el momento de su causación hasta la fecha efectiva de pago.

1. El artículo 2° ordena al Ministerio de Minas y Energía la asignación prioritaria de los recursos provenientes de regalías por comercialización de mineral sin identificación de origen a los municipios productores que cuenten con mineros de subsistencia⁴¹ inscritos o que trabajan bajo alguna de las figuras habilitadas por la ley para la explotación⁴². Los recursos podrán destinarse para proyectos de inversión que tengan por objeto brindar ayuda humanitaria a esta población. Para el efecto, a estas inversiones se les dará el tratamiento de asignaciones directas. El párrafo dispone que, una vez efectuadas estas distribuciones, en caso de que queden recursos disponibles, estos podrán distribuirse a favor de los municipios productores “para proyectos de inversión que incentiven el desarrollo social y económico de

los territorios mineros del país, y el desarrollo de la producción minero-energética, en particular la minería pequeña, mediana y de subsistencia”.

1. Examen de los requisitos materiales

1. Juicio de finalidad. Los artículos 1° y 2° del Decreto 574 de 2020 están encaminados de forma directa y específica a impedir la extensión de los efectos económicos generados por la pandemia del COVID-19. El aislamiento obligatorio impide el ejercicio de la actividad minera de los proyectos en fase de exploración, construcción y montaje (deudores del canon superficiario) y de los mineros de subsistencia⁴³. Estas medidas alivian las presiones de caja de los primeros y dirigen recursos a los segundos. Estos apoyos económicos contribuyen de manera directa y específica a impedir la extensión de los efectos de la crisis que dio lugar a la declaratoria del estado de excepción.

1. Juicio de conexidad externa. Estas disposiciones están relacionadas con las medidas anunciadas por el Gobierno Nacional en la declaratoria del estado de excepción. Dentro de sus consideraciones, el Decreto 417 de 2020 señala que los efectos económicos negativos de la pandemia obligan a adoptar medidas extraordinarias para aliviar las obligaciones tributarias y financieras de los afectados. Además, autoriza al Gobierno a llevar a cabo la entrega de transferencias monetarias para mitigar los efectos económicos y sociales causados a la población más vulnerable del país por la emergencia económica, social y ecológica derivada de la COVID-19. El aplazamiento del pago del canon superficiario contribuye a aligerar las cargas económicas de las empresas del sector minero, mientras que las inversiones autorizadas en el artículo 2° permiten la entrega de transferencias monetarias a los mineros de subsistencia, considerados población vulnerable.

1. Juicio de conexidad interna. Las normas examinadas desarrollan las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional en la parte motiva del Decreto. Estos considerandos

refieren la necesidad de: (i) suspender, de manera temporal, el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales derivadas de algunos títulos mineros, como un alivio a las empresas del sector y (ii) enfrentar los efectos económicos adversos que recaen sobre los mineros de subsistencia por efecto de la emergencia.

1. Ahora bien, algunos intervinientes cuestionaron la conexidad de la expresión “podrán” contenida en el inciso 2° del artículo 2° del Decreto sub examine⁴⁴. En su criterio, esta medida permite que los recursos asignados se destinen a propósitos diferentes al indicado por el Gobierno Nacional para justificar la medida. También cuestionaron el párrafo del artículo 2° en cuanto autoriza el uso del recurso remanente para el desarrollo de la pequeña y mediana minería. A su juicio, esto contraría el propósito de la medida anunciado por el Gobierno en la parte motiva.

1. Para atender los reparos expresados por los intervinientes, la Sala Plena debe resolver los siguientes problemas jurídicos específicos: (i) ¿la expresión “podrán”, contenida en el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 574 de 2020, autoriza que los recursos de regalías por comercialización de minerales sin identificación de origen se destinen a propósitos diferentes a “enfrentar los efectos económicos adversos que están recayendo sobre los mineros de subsistencia”? Y (ii) ¿la destinación autorizada en el párrafo del artículo 2° contradice el propósito de la disposición anunciado en la parte considerativa del Decreto sub examine?

1. La Sala considera que estos dos apartes de la disposición satisfacen el juicio de conexidad interna, dado que su incorporación no contraría lo expresado en la parte considerativa del Decreto.

1. En primer lugar, al remitir al Decreto 513 de 2020, el artículo 2° obliga a las autoridades locales a destinar estos recursos de regalías a proyectos de inversión que tengan por objeto hacer frente a los hechos que originaron la declaratoria de emergencia económica, social y

ecológica o contrarrestar sus efectos. Así, los usos permitidos a las entidades territoriales están limitados de manera adecuada. En segundo lugar, contrario a lo afirmado por los intervinientes, autorizar una única inversión para estos recursos de regalías puede reducir la eficacia de la medida y alejarla del propósito que justificó su adopción. En el marco de esta emergencia, es razonable que las entidades territoriales cuenten con un margen de decisión para ejecutar inversiones orientadas al bienestar de los mineros de subsistencia, que pueden ir más allá de la provisión de ayuda humanitaria, y complementar las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional con destino a la población vulnerable⁴⁵. En conclusión, la expresión “podrán, incluida en el inciso 2° del artículo 2° del Decreto sub examine, no implica, en manera alguna, que estos recursos se desvíen del propósito anunciado en la parte considerativa del Decreto, consistente en “enfrentar los efectos económicos adversos que están recayendo sobre los mineros de subsistencia”.

1. En segundo lugar, el glosario técnico minero identifica la pequeña y mediana minería con la minería de subsistencia, artesanal o tradicional, ejercida por individuos o grupos familiares para generar ingresos de subsistencia⁴⁶. Así, la destinación autorizada en el párrafo del artículo 2° no es contradictoria o inconsistente con el propósito de la norma que fue anunciado en la parte considerativa. Como es previsible, la superación de la crisis económica que deja la pandemia de la COVID-19 requiere la inversión de recursos públicos en la recuperación y mejoramiento de la competitividad de los sectores económicos afectados, dentro de los cuales se encuentra la minería, en particular, la pequeña y mediana.

1. Por tanto, la Sala Plena concluye que los artículos 1° y 2° satisfacen el juicio de conexidad. Estas medidas se relacionan con las consideraciones expresadas por el Gobierno en la parte considerativa del Decreto sub examine y con las medidas anunciadas en el Decreto 417 de 2020.

1. Juicio de necesidad. Los artículos 1° y 2° del Decreto 574 de 2020 satisfacen el juicio de necesidad fáctica y jurídica. El primero, en atención a que las medidas adoptadas en estos

artículos contribuyen a mitigar los efectos de la emergencia, de manera que no se advierte un error de apreciación del Presidente de la República y de los ministros del despacho al respecto. El segundo, porque los mecanismos ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico son insuficientes para lograr los objetivos de estas medidas.

1. Juicio de necesidad fáctica. Estas disposiciones contribuyen a reducir los efectos económicos que ha generado la pandemia a dos grupos de actores del sector minero. El aplazamiento del pago del canon superficiario para las empresas que desarrollan labores de exploración, construcción y montaje es útil para aliviar la caja de las empresas, durante el término en que no puedan desarrollar sus actividades en condiciones ordinarias, por efecto de las medidas de aislamiento adoptadas para detener la propagación de la COVID-19. Por su parte, el artículo 2° permite dirigir recursos a la atención de una población vulnerable afectada por la emergencia. La inversión de estos recursos como asignaciones directas permitirá su ejecución expedita, de acuerdo con las disposiciones especiales contenidas en el Decreto Legislativo 513 de 2020. La Sala encuentra que el Presidente de la República no incurrió en un error manifiesto al valorar la utilidad de esta medida para reducir el impacto económico que tiene la emergencia en esta población. Las medidas cumplen entonces el juicio de necesidad fáctica.

1. Juicio de necesidad jurídica. La Sala encuentra que los artículos 1° y 2° cumplen el juicio de necesidad jurídica, por cuanto el ordenamiento jurídico ordinario no contiene previsiones suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de estas medidas. Por una parte, el artículo 230 del Código de Minas señala que el canon superficiario se paga de forma anual y anticipada, y los artículos 54 y 59 del mismo estatuto indican que los concesionarios deben cumplir las obligaciones que les impone la ley, de forma que su suspensión requiere autorización expresa de la autoridad minera. Asimismo, los recursos cuya asignación prioritaria se dispone en el artículo 2° fueron incorporados al presupuesto del SGR mediante la Ley 1942 de 2018, para ser distribuidos entre los municipios productores beneficiarios de asignaciones directas y compensaciones, sin que se contemplaran criterios de priorización para el efecto.

1. En consecuencia, se precisaba de una disposición de rango legal que permitiera a los concesionarios en fase de exploración, construcción y montaje retrasar el pago del canon superficiario sin necesidad de agotar el trámite de suspensión de obligaciones ante la autoridad minera⁴⁹. Podría señalarse que el trámite de suspensión de obligaciones previsto en el artículo 52 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) permitiría lograr este objetivo caso por caso⁵⁰. Sin embargo, resulta ineficiente y costoso someter a los concesionarios y a la administración al agotamiento de una actuación administrativa que evalúe caso a caso las consecuencias que un fenómeno generalizado, como las medidas de aislamiento, tiene para cada proyecto en fase de exploración. Por el contrario, la concesión de una prórroga general para todos los concesionarios en fase de exploración mediante una norma general con rango de ley permite lograr con mayor rapidez, amplitud y eficacia el objetivo de mitigar los efectos económicos que genera la pandemia en este sector.

1. De igual forma, era necesaria una norma con fuerza de ley para modificar la asignación de los recursos de regalías por comercialización de mineral sin identificación de origen que ya había sido dispuesta mediante la Ley 1942 de 2018. Solo disposiciones con rango de ley podían suplir el déficit normativo expuesto.

1. El Procurador General de la Nación solicita la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 1°. En su criterio, la disposición es insuficiente para dar certeza a los obligados al pago del canon superficiario sobre cuándo deberá pagarse la obligación. Sin embargo, la Sala encuentra que, aunque el artículo 1° no fija una fecha cierta para el pago del canon superficiario, sí introduce una condición que hace determinable el plazo durante el cual deberá honrarse la obligación por parte del concesionario, esto es, dentro de los quince (15) días siguientes al levantamiento de la medida de aislamiento obligatorio. Dado que el aislamiento obligatorio se decreta mediante actos administrativos que deben cumplir el requisito de publicidad, la definición cierta de la fecha en la que comienza el plazo de quince (15) días para el pago del canon superficiario no ofrece ninguna dificultad. En consecuencia, se estima que el Presidente de la República valoró de manera adecuada y razonable el

remedio propuesto en el artículo 1° del Decreto sub examine, de modo que su constitucionalidad no requiere condicionamiento alguno.

1. Juicio de no contradicción específica. Los artículos 1° y 2° del Decreto 574 de 2020 no desconocen ningún contenido normativo de la Constitución Política ni de la LEEE. En específico, el criterio de asignación y los usos autorizados por el artículo 2° para los recursos de regalías no contradice lo dispuesto en el artículo 361 de la Constitución.

1. Corresponde entonces a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿al disponer la asignación prioritaria de recursos de regalías entre los municipios productores que cuenten con mineros de subsistencia inscritos, el artículo 2° del Decreto 574 de 2020 genera un trato discriminatorio en contra de los mineros artesanales o tradicionales no inscritos “por razones ajenas a su voluntad”?

1. A juicio de la Sala, el cuestionamiento formulado en la intervención parte de un supuesto incorrecto: que al asignarse de manera prioritaria los recursos de regalías entre los municipios que cuenten con mineros de subsistencia inscritos, aquellos mineros que no han logrado la inscripción no podrán beneficiarse de la inversión de estos recursos. Esta lectura confunde el criterio para la asignación de recursos con la inversión efectiva de los mismos. Si bien el inciso 2° del artículo dispone que los recursos a los que este refiere “podrán destinarse a proyectos de inversión que tengan por objeto implementar las acciones necesarias para la atención y ayuda humanitaria de dicha población”, esto no implica que las entidades territoriales estén obligadas a ejecutar estos recursos solo en ese tipo de inversiones y, mucho menos, obliga a las entidades territoriales a excluir de tales ayudas a los mineros de subsistencia que no han logrado la inscripción por asuntos ajenos a su voluntad. Esto es suficiente para resolver de forma negativa el problema jurídico propuesto.

1. Por otra parte, la Sala observa que, contrario a lo afirmado por los intervinientes, en las respuestas al cuestionario formulado por el magistrado sustanciador, el MME indicó que, para la fecha de expedición del Decreto 574 de 2020, se tenía registro de 106.000 mineros de subsistencia y casi 6.000 personas trabajando bajo alguna de las figuras con prerrogativa de explotación. Esta población se encuentra en 473 municipios productores, ubicados en 29 departamentos. De la información provista por el Gobierno Nacional no se observa la baja cobertura de la medida que reprochan los intervinientes. La Sala considera que priorizar la asignación de recursos en función de los mineros inscritos resulta razonable y consistente con la obligación del Estado de promover la formalización como un mecanismo de acceso a una red de seguridad de los ingresos de la población que ejerce la minería como actividad económica de subsistencia⁵², así como un incentivo a los municipios para que agilicen el proceso de formalización de la población que habita sus territorios y se dedica a la minería de este tipo⁵³.

1. En conclusión, la asignación prioritaria de los recursos de regalías por comercialización de minerales sin identificación de origen no constituye una exclusión injustificada en perjuicio de los mineros de subsistencia que no han logrado su inscripción en el registro minero. Esto, en razón a que esta población podrá beneficiarse de las inversiones que las entidades territoriales ejecuten de estos recursos, ya sea porque reciban de forma directa ayudas humanitarias, o porque se beneficien de los proyectos de inversión que incentiven el desarrollo social de los territorios mineros.

1. Juicio de proporcionalidad. La Sala: (i) reitera que las normas sub examine no afectan derechos fundamentales y (ii) considera que las medidas que se adoptan se corresponden con la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Para el caso específico del aplazamiento del canon superficiario, no se trata de una medida gravosa y desproporcionada para el patrimonio público, toda vez que (a) no tiene lugar en contratos en etapa de explotación, de modo que no afecta el recaudo por concepto de regalías, (b) existe un cálculo del número de las empresas que se beneficiarán con esta medida (un total de 53) y (c) dado

el mecanismo de actualización previsto por la norma, “no se genera disminución o pérdida de valor en el tiempo como consecuencia de la prórroga en el pago de la contraprestación”.

1. Juicio de no discriminación. Corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si condicionar la medida de aplazamiento del canon superficiario a que los destinatarios de esta obligación se encuentren al día con sus pagos desconoce el principio de igualdad. Para la Sala, la respuesta a este interrogante es negativa, por las siguientes razones: (i) no son comparables los contratistas que han cumplido de manera diligente sus obligaciones con el Estado que aquellos que han incurrido en mora frente a los deberes inherentes a su actividad minera; (ii) si en gracia de discusión se admitiera que los dos grupos son comparables en razón a que ambos se han visto económicamente afectados por las medidas para detener la propagación del COVID 19, del principio de igualdad no se deriva la obligación de beneficiar, también, a empresas mineras en mora con el Estado por simple negligencia o por situaciones que no se enmarcan en la emergencia sanitaria; (iii) la medida es razonable y se encuentra justificada desde el punto de vista constitucional, dado que pondera la necesidad de aliviar la carga de un sector económico (las empresas mineras) con el mandato de protección del patrimonio público⁵⁴. Si aplazar el canon apunta a facilitar su pago, es plausible que tal facilidad solo beneficie a quienes han cumplido de manera responsable con su obligación contractual al momento de sufrir los efectos económicos de la pandemia, en lugar de premiar el incumplimiento⁵⁵. En segundo lugar, los argumentos que ofreció la Sala frente a una presunta omisión legislativa en el artículo 2° del Decreto sub examine (párrafo 74 supra) permiten concluir que el Gobierno Nacional no incurrió en un trato desigual injustificado en contra de los mineros artesanales o tradicionales no inscritos.

1. Los demás juicios materiales. La Sala encuentra que los artículos que integran este bloque temático: (i) fueron sustentados por el Gobierno Nacional, en las razones que expuso en la parte motiva del Decreto (juicio de motivación suficiente); (ii) no contienen medidas que interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público o alteren la vigencia del Estado de Derecho (juicio de ausencia de arbitrariedad); (iii) no afecta derechos intangibles ni los mecanismos judiciales indispensables para su protección (juicio de

intangibilidad); y (iv) no contiene medidas que suspendan leyes, por resultar incompatibles con el estado de excepción (juicio de incompatibilidad). En general, estas conclusiones se fortalecen si se tiene en cuenta que ninguna de las normas bajo examen contiene afectación de ningún tipo a derechos fundamentales.

1. En resumen, las conclusiones respecto de las intervenciones que cuestionaron la constitucionalidad de los artículos 1º y 2º del Decreto 574 de 2020 son las siguientes:

Interviniente

Solicitud

Conclusión

Universidad Externado de Colombia

Exequibilidad condicionada de la palabra “podrán” del inciso 2º del artículo 2º.

Exequibilidad condicionada del aparte “mineros de subsistencia inscritos” del artículo 2º.

Inexequibilidad del aparte “o que trabajan bajo alguna de las figuras habilitadas por la ley para la explotación” del artículo 2º.

Inexequibilidad del aparte “la minería pequeña, mediana” del del artículo 2º.

Aunque el vocablo “podrán” se refiere a una facultad y no a un deber, la medida incluye

otras limitaciones a los usos de los recursos de regalías asignados. Así, la remisión al Decreto 513 de 2020, así como la restricción de la inversión habilitada garantizan que los recursos se inviertan en la finalidad anunciada en la motivación del Decreto.

Las expresiones “pequeña y mediana” minería no excluyen la minería de subsistencia, por el contrario, uno y otro concepto son asociados en el glosario técnico minero.

Procuraduría General de la Nación

Exequibilidad condicionada del artículo 1° en el entendido de que para su aplicación se debe expedir un acto administrativo que determine la fecha a partir del cual se hará efectivo el cobro del canon superficiario, según el lugar en donde se adelante la exploración, construcción y montaje de la concesión.

Aunque el artículo 1° no fija una fecha cierta para el pago del canon superficiario, sí introduce una condición que hace determinable el plazo para honrar la obligación, esto es, los 15 días siguientes al levantamiento de la medida de aislamiento obligatorio. Dado que el aislamiento obligatorio se decreta mediante actos administrativos que deben cumplir el requisito de publicidad, la definición cierta de la fecha en la que comienza el plazo para el pago del canon superficiario no ofrece ninguna dificultad.

12.2. Garantía de continuidad en la prestación de servicios públicos domiciliarios

12.2.1 Contenido y alcance

1. Los artículos 4°, 5°, 6°, 12° y el párrafo 3° del artículo 9° del Decreto sub examine contienen medidas destinadas a garantizar la continuidad y prestación de los SPD durante la

emergencia. Dado que otros decretos de desarrollo del estado de excepción proveen alivios económicos para los usuarios de servicios públicos⁵⁶, este Decreto contiene un paquete de ayuda e intervención financiera dirigido a garantizar la continuidad de la operación de las ESPD.

1. El artículo 4° autoriza al Fondo Empresarial de la SSPD, y a las sociedades descentralizadas del orden nacional y territorial, para otorgar créditos a las ESPD con participación mayoritariamente pública⁵⁷. Las empresas podrán garantizar estos créditos con los subsidios causados o por recibir por la prestación del servicio, para lo cual podrán aplicar lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto Legislativo 517 de 2020⁵⁸; o proveer cualquier otra garantía aceptable. Los créditos ofrecidos por las sociedades descentralizadas podrán concederse sin la presentación de garantías, previa aprobación de la junta directiva o asamblea general de accionistas de cada entidad.

1. El artículo 5° autoriza a la Nación, a los alcaldes y gobernadores, y a las sociedades descentralizadas del orden nacional o territorial para capitalizar⁵⁹ ESPD con participación pública mayoritaria, a fin de darle continuidad a la prestación de los SPD. Para efectos de la capitalización, se podrán aportar: (i) dividendos futuros; (ii) recursos del SGR, siempre que exista espacio presupuestal; y (iii) la propiedad accionaria que tenga la Nación en empresas del sector energético.

1. El artículo 6° autoriza a las entidades territoriales prestadoras directas del servicio de APSB para destinar recursos de esta participación del SGP al pago de pasivos que tengan con las ESPD de energía eléctrica y gas combustible por cuenta de la prestación de estos servicios. Para el efecto, las entidades territoriales deben estar a paz y salvo con el pago de subsidios, y garantizar que esta destinación no ponga en riesgo el financiamiento de los usos autorizados mediante el Decreto Legislativo 441 de 2020⁶⁰.

1. El artículo 12° autoriza al MME para entregar de forma directa a los usuarios el subsidio del GLP. Los beneficiarios de la medida son los usuarios de los estratos 1 y 2 identificados en SISBEN como usuarios de GLP en cilindros.

1. La última disposición del Decreto que tiene relación con la prestación de SPD es el párrafo 3° del artículo 9°. Si bien esta disposición está integrada al artículo que crea la figura de la “emergencia eléctrica”, se trata de una medida para garantizar la prestación continua de los servicios públicos. El párrafo 3° del artículo 9° extiende la vigencia del artículo 7° del Decreto Legislativo 517 de 2020⁶¹ a la duración de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del COVID-19.

12.2.2. Examen de las exigencias materiales

1. Juicio de finalidad. Todos los artículos de este bloque temático se dirigen a impedir la extensión de los efectos de la emergencia económica derivada de la pandemia COVID-19. La inyección de recursos a ESPD con participación pública mayoritaria mediante financiación, capitalización o pago de facturas pendientes por las entidades territoriales, tiene por objetivo paliar el impacto económico que la reducción de la capacidad de pago de los usuarios tiene sobre los ingresos y la operación de las ESPD. En su intervención, la SSPD informó que el saldo en mora de las facturas de energía eléctrica aumentó en \$195 mil millones entre marzo y mayo de 2020, lo cual corresponde a un 9% de la facturación promedio del sector. Entretanto, las ESPD de gas sufrieron un aumento de la facturación en mora del 50% correspondiente a \$110 mil millones. Estos hechos ponen en riesgo la liquidez de estas empresas y la continuidad de la prestación de los servicios a su cargo. Así, si bien estas medidas pueden solucionar problemas financieros con causas estructurales, lo cierto es que ello es “una condición necesaria para la atención inmediata de la crisis”, lo que justifica plenamente su especificidad y necesidad⁶². No se trata, per se, de rescatar las finanzas de las ESPD, sino de garantizar la continuidad y estabilidad de la prestación de los SPD durante

la emergencia.

1. Juicio de conexidad material. Los artículos de este bloque temático cumplen el juicio de conexidad material, en su dimensión interna y externa. La conexidad material interna se cumple en tanto estas medidas se relacionan con las consideraciones de la parte motiva del Decreto que aluden a la importancia de dar continuidad a la prestación de los SPD. La conexidad material externa se satisface al constatar que el Decreto Legislativo 417 de 2020 señaló la importancia de garantizar la prestación continua y efectiva de los servicios públicos durante la pandemia. En razón a que la continuidad de la prestación de los servicios públicos depende de la liquidez de las ESPD, que se ha visto afectada por la disminución del recaudo en la facturación, existe una relación directa, estrecha y específica entre estos artículos y la declaratoria de emergencia.

1. Juicio de necesidad. Al proveer mecanismos de inyección de liquidez para las ESPD con participación pública mayoritaria, las medidas de este bloque temático cumplen el juicio de necesidad en sus dimensiones fáctica y jurídica.

2. Juicio de necesidad fáctica. Dado que la caída del recaudo por facturación afecta la liquidez de las ESPD⁶³, y puede poner en riesgo la continuidad de su operación, el Gobierno valoró de manera razonable la necesidad de abrir fuentes de liquidez complementarias para estas empresas con el objetivo de garantizar la continuidad en la prestación del servicio.

1. Así: (i) la autorización al Fondo Empresarial de la SSPP, y a las sociedades descentralizadas del orden nacional y territorial, para otorgar créditos a las ESPD con participación pública mayoritaria sin necesidad de garantías atiende al hecho de que, en condiciones de emergencia económica como las actuales, la exigencia de garantías puede eliminar de plano la eficacia de la medida⁶⁴; (ii) dado que pueden existir casos de ESPD que, para continuar operando en medio de la emergencia, necesiten inyecciones de capital por sumas superiores, o con costos de intermediación más bajos que los del crédito, la autorización concedida a la Nación y a las entidades territoriales para capitalizarlas mediante el uso de diversos recursos complementa las medidas de crédito, al tiempo que reconoce las dificultades de liquidez que

enfrenta toda la economía; (iii) por último, la autorización para pagar pasivos de energía y gas con recursos del SGP, el pago directo de los subsidios de GLP a los usuarios⁶⁵ y la extensión de la vigencia del artículo 7° del Decreto Legislativo 517 de 2020⁶⁶ permiten la inyección directa de recursos a las ESPD⁶⁷. Por lo tanto, las medidas de este bloque temático son necesarias para impedir la extensión de los efectos de la emergencia.

1. Juicio de necesidad jurídica. Dentro del ordenamiento jurídico ordinario no existen previsiones legales suficientes y adecuadas para autorizar las operaciones habilitadas por las disposiciones de este bloque temático. Así, (i) la regulación actual solo permite al Fondo Empresarial de la SSPD financiar ESPD en toma de posesión⁶⁸; (ii) se requiere una norma de rango legal para autorizar a las sociedades descentralizadas, a la Nación y a las entidades territoriales la capitalización de ESPD, ya sea mediante el uso de dividendos futuros⁶⁹, recursos del SGR⁷⁰, o el aporte de la participación accionaria de la Nación⁷¹; (iii) dado que el régimen de servicios públicos señala que el reparto de los subsidios debe hacerse como un descuento a la factura, su pago directo a los usuarios requiere también una autorización legal⁷²; (iv) el uso de recursos del SGP para el pago de pasivos de las entidades territoriales requiere también una autorización expresa de la ley⁷³; (v) por último, la extensión de la vigencia del artículo 7° del Decreto Legislativo 517 de 2020 solo podría ser ordenada mediante una norma de igual naturaleza.

1. Juicio de no contradicción específica. La Corte considera que los artículos 4°, 5°, 6°, 12° y el párrafo 3° del artículo 9° del Decreto Legislativo 574 de 2020 cumplen el juicio de no contradicción específica, por cuanto: (i) no contradicen la Constitución Política o los tratados internacionales; (ii) no desconocen el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el contenido de los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE; y (iii) no desmejoran los derechos sociales de los trabajadores.

1. Delimitación del objeto de revisión. Dado que el artículo 5° autoriza la disposición de recursos o activos respecto de los cuales la Constitución Política prevé restricciones

específicas, el análisis del juicio de no contradicción impone la solución de dos problemas jurídicos específicos: (i) ¿el párrafo 1º del artículo 5º del Decreto Legislativo 574 de 2020 desconoce lo dispuesto en el artículo 60 superior, al autorizar la disposición de la participación accionaria de la Nación en empresas del sector energético, sin garantizar el derecho de preferencia de los trabajadores de estas empresas, las organizaciones solidarias y las organizaciones de trabajadores?; y (ii) ¿la autorización conferida en el artículo 5º del Decreto Legislativo 574 de 2020 para que las entidades territoriales usen recursos del SGR en la capitalización de ESPD vulnera lo dispuesto en el artículo 361 de la Constitución Política?

1. La autorización para aportar participación accionaria de propiedad de la Nación en la capitalización de ESPD no vulnera el artículo 60 de la Constitución Política. El precedente constitucional ha señalado que el artículo 60 superior ordena dar preferencia a trabajadores y organizaciones solidarias en procesos de privatización de empresas públicas, esto es, aquellos en los que la propiedad pública pasa al dominio privado. El derecho de preferencia no aplica a eventos de transmisión del dominio entre entidades públicas⁷⁴. En el caso sub judice, la propiedad accionaria de la Nación en empresas del sector energético se transfiere a ESPD oficiales o mixtas a título de aporte de capital, de modo que se trata de una transmisión de propiedad entre entidades públicas⁷⁵.

1. Esta operación tiene el efecto contrario al de la privatización: en lugar de despojarse de su propiedad, la Nación incrementa su participación en una empresa que presta un servicio considerado por la Constitución Política como inherente a la finalidad social del Estado⁷⁶. Lo anterior no es óbice para que la Corte advierta que esta medida de emergencia no debe utilizarse en el futuro para eludir el debate democrático necesario en el control de las privatizaciones de instituciones del Estado. Naturalmente, la eventual enajenación de las ESPD capitalizadas deberá estar precedida del trámite legislativo y garantizar el derecho de preferencia dispuesto en el artículo 60 superior.

1. La autorización a las entidades territoriales para usar los recursos del SGR en operaciones de capitalización de ESPD con participación mayoritariamente pública no desconoce el artículo 361 de la Constitución Política. El artículo 361 superior limita el uso de los recursos del SGR, entre otros, al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; y para aumentar la competitividad general de la economía en busca de mejorar las condiciones sociales de la población. Por su parte, el artículo 365 de la Constitución Política identifica los servicios públicos con la finalidad social del Estado e impone a este el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. De manera que, al tratarse de una operación instantánea, por oposición a un gasto permanente⁷⁷, la capitalización de las ESPD del nivel territorial, para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos, se ajusta a la categoría de inversión para el desarrollo social y económico que puede ser financiada con recursos del SGR⁷⁸.

1. En suma, la autorización de inversión de recursos del SGR en la capitalización de ESPD se ajusta al artículo 361 de la Constitución Política en tanto: (i) no habilita la financiación de gastos recurrentes con recursos del SGR; (ii) la continuidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios contribuye al desarrollo social y al mejoramiento de las condiciones sociales de la población; y (iii) autorizar esta destinación no supone un abuso de las facultades legislativas excepcionales del Ejecutivo en materia de regalías, en la medida en que no coarta ni suprime la autonomía de las entidades territoriales⁷⁹.

1. Juicio de proporcionalidad. Los artículos identificados en este bloque temático cumplen el juicio de proporcionalidad, dado que: (i) contienen medidas de apoyo financiero a las ESPD cuyo alcance se define con precisión; (ii) en todo caso son facultativas; y (iii) atienden a la gravedad de los efectos económicos generados por la pandemia.

1. La Corte considera que no hay lugar a la exequibilidad condicionada que solicita uno de los intervinientes⁸⁰, dado que los asuntos cuya regulación se pide mediante sentencia aditiva

son objeto de reglamentación por el ejecutivo en ejercicio de sus facultades ordinarias. La Sala advierte que las preocupaciones expresadas por el interviniente en relación con el procedimiento para la ejecución de la autorización contenida en el artículo 5° se refiere a asuntos ajenos al control de constitucionalidad, que, en todo caso, pueden ser controlados caso a caso por la jurisdicción contencioso-administrativa y por los entes de control.

1. Los demás juicios materiales. Por último, la Corte encuentra que los artículos que integran este bloque temático: (i) fueron sustentados por el Gobierno Nacional, en las razones que expuso en la parte motiva del Decreto sub examine (juicio de motivación suficiente); (ii) no contienen medidas que interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público o alteren la vigencia del Estado de derecho (juicio de ausencia de arbitrariedad); (iii) no afectan derechos intangibles ni los mecanismos judiciales indispensables para su protección (juicio de intangibilidad); (iv) no contienen medidas que suspendan leyes, por resultar incompatibles con el estado de excepción (juicio de incompatibilidad); y (v) no entrañan discriminación alguna ni imponen tratos desiguales injustificados (juicio de no discriminación). En general, estas conclusiones se fortalecen si se tiene en cuenta que ninguna de las normas bajo examen contiene afectación de ningún tipo a derechos fundamentales.

1. La Sala concluye que los artículos 4°, 5°, 6°, 12° y el párrafo 3° del artículo 9° del Decreto sub examine satisfacen los juicios materiales de constitucionalidad. En consecuencia, declarará su exequibilidad simple.

1. A continuación, se resume la conclusión respecto de la única intervención que cuestionó la constitucionalidad del artículo 5° del Decreto 574 de 2020:

Interviniente

Solicitud

Conclusión

Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia

Exequibilidad condicionada del artículo 5° del Decreto para que se determine en sentencia aditiva la fijación de un procedimiento para la asignación de este beneficio específico, cuando menos a partir de criterios (i) objetivos, (ii) transparentes, (iii) plurales, (iv) de cumplimiento de obligaciones y señalamiento de sanciones frente al Estado (penales, disciplinarias, fiscales y tributarias), y sobre todo (v) priorizando la población vulnerable por la crisis y los criterios constitucionales de igualdad material

Estos asuntos son objeto de reglamentación por el ejecutivo en ejercicio de sus facultades ordinarias. La preocupación expresada por el interviniente en relación con el procedimiento para la ejecución de la autorización contenida en el artículo 5° se refiere a asuntos ajenos al control de constitucionalidad, que, en todo caso, pueden ser controlados caso a caso por la jurisdicción contencioso- administrativa y los entes de control.

1. Medidas para asegurar el suministro de energía eléctrica en zonas no interconectadas

1. Contenido y alcance

1. Las disposiciones que componen este bloque temático guardan una relación estrecha con el anterior, pero regulan un aspecto más específico. Buscan ampliar la cobertura del servicio público de energía eléctrica⁸¹ a las ZNI⁸², esto es, regiones alejadas y/o apartadas del país⁸³. En las ZNI la prestación del servicio de energía eléctrica se lleva a cabo sobre todo mediante plantas de generación diésel, paneles solares y pequeñas centrales hidroeléctricas⁸⁴.

1. El artículo 3° del Decreto sub examine autoriza al MME para que, durante la emergencia sanitaria, utilice los recursos no comprometidos del PRONE85 para la asignación y ejecución de proyectos nuevos o que ya estén ejecutándose con recursos del FAER86 o del FAZNI87. Así, esta disposición permite direccionar recursos que de ordinario se invierten en normalizar servicios irregulares, a proyectos que amplíen la cobertura a zonas vulnerables.

1. El artículo 7° autoriza a las empresas tenedoras de activos eléctricos de propiedad de la Nación o de entes territoriales en las ZNI, que a la fecha los estén operando, para que, durante la emergencia, presten el servicio público de energía eléctrica de manera ininterrumpida, “sin que medie acto formal de entrega”, siempre y cuando se mantengan las condiciones en que lo vienen prestando. Según lo informado por el Gobierno Nacional, esta medida impacta 12 contratos financiados con recursos del fondo FAZNI, que garantizan la prestación del servicio de energía eléctrica a 5224 familias, con activos que ya se encuentran en funcionamiento. En su intervención, el MME aclaró que, una vez cese la emergencia sanitaria, las empresas tenedoras deben continuar con los trámites necesarios tendientes a regularizar la tenencia y uso de estos activos.

2. El artículo 8° prorroga hasta el 31 de diciembre de 2020 la entrega de las implementaciones de soluciones energéticas previstas en el artículo 288 de la Ley 1955 de 201988, que debían ser entregadas antes, o dentro del lapso de duración de la declaratoria de la Emergencia Económica, Social y Ecológica. La medida se dirige a las entidades territoriales o prestadores del servicio de energía eléctrica que hayan contratado la implementación de soluciones energéticas con recursos del FAZNI. El Gobierno Nacional informó que esta prórroga beneficia 9 contratos financiados con recursos del FAZNI, que garantizarían la prestación del servicio de energía eléctrica a otras 4481 familias.

1. La última medida del Decreto 574 de 2020 relacionada con el suministro de energía eléctrica en ZNI es el parágrafo 2° del artículo 5°. Esta disposición autoriza a la Nación para ceder de manera definitiva los activos eléctricos de su propiedad “a sus entidades descentralizadas” con el propósito de garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica en las ZNI.

1. Examen de los requisitos materiales

1. Juicio de finalidad. Los artículos de este bloque temático cumplen el juicio de finalidad, dado que se encaminan de forma directa y específica a enfrentar las causas de la emergencia e impedir la extensión o agravación de sus efectos. Ampliar la cobertura del servicio público de energía eléctrica en zonas del país que carecen de ella contribuye a contrarrestar los efectos del COVID-19 en regiones caracterizadas por el abandono estatal y la vulnerabilidad de sus habitantes. Esto posibilita el cumplimiento de las medidas de aislamiento en estas zonas, mejora la calidad de vida de sus habitantes, contribuye al funcionamiento de la red hospitalaria y a la satisfacción de necesidades básicas.

1. Ahora bien, la autorización concedida en el párrafo 2° del artículo 5° para la cesión definitiva de los activos eléctricos de la Nación a sus entidades descentralizadas merece una consideración especial para tener por satisfecho el juicio de finalidad. Corresponde a la Corte analizar si esta habilitación, al solucionar problemas relacionados con la propiedad de activos eléctricos que no se derivan de las mismas causas que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, debía surtir los canales de deliberación democrática del Congreso de la República.

1. Problema jurídico. Corresponde a la Corte resolver el siguiente problema jurídico: ¿la autorización concedida en el párrafo 2° del artículo 5° del Decreto Legislativo sub examine se dirige a la atención inmediata⁸⁹ de la emergencia causada por la pandemia de la COVID-19?

1. El Gobierno Nacional informó que los activos de propiedad de la Nación cuya cesión se autoriza incluyen centrales de generación de energía y redes destinadas a su transporte y distribución, ubicadas en zonas apartadas a las que es aún más difícil acceder como resultado de la pandemia de la COVID-19 y las medidas de aislamiento obligatorio. En

condiciones normales, el mantenimiento y la operación de estos activos debe ser supervisado de forma constante por funcionarios del nivel central, dado que se trata de bienes propiedad de la Nación. Las medidas de aislamiento obligatorio limitan la ejecución de inversiones desde el sector central en el mantenimiento y mejoramiento de estos activos. Todo ello pone en riesgo su correcta operación, puede aumentar los costos de la energía y, por lo mismo, afectar la continuidad de la prestación del servicio de energía eléctrica a las comunidades que se benefician de ellos.

1. A juicio de la Sala, si bien la cesión de estos activos tiene efectos que superan la temporalidad de la emergencia sanitaria y pueden, por defecto, resolver problemas estructurales de la prestación del servicio de energía en ZNI, su adopción no excede las facultades conferidas al ejecutivo en el marco del estado de excepción. La prevención los riesgos advertidos por el Gobierno hace parte de las medidas que deben adoptarse para la atención inmediata de la crisis. En circunstancias como las actuales, la suspensión del servicio de energía eléctrica en ZNI puede resultar catastrófica y agravar aún más la situación precaria en la que se encuentran los habitantes de estos territorios que, por sus condiciones de vulnerabilidad previa, deben soportar los efectos más intensos de esta emergencia. En consecuencia, se concluye que esta medida cumple el juicio de finalidad.

1. Juicio de conexidad material. Estas disposiciones cumplen el juicio de conexidad material tanto interna como externa. La parte motiva del Decreto 574 de 2020 anuncia que estas medidas buscan fijar condiciones para mantener la prestación del servicio de energía en ZNI (conexidad material interna). Además, estas medidas guardan una relación directa y específica con la declaratoria del estado de excepción. En efecto, el Decreto 417 de 2020 señala que en desarrollo del estado de excepción se analizarán medidas para garantizar la prestación continua y efectiva de los servicios públicos (conexidad material externa).

1. Juicio de necesidad. Las disposiciones de este bloque temático contribuyen a superar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. El Gobierno Nacional explicó que las medidas

facilitan la prestación del servicio de energía eléctrica en ZNI y, en consecuencia, precaven los efectos nefastos que en esta coyuntura puede tener la ausencia de suministro continuo de energía eléctrica en territorios distantes, para el cumplimiento de las medidas de aislamiento por parte de una gran cantidad de personas vulnerables, y la prestación de servicios de salud en estas zonas.

1. Necesidad fáctica. El Presidente de la República no incurrió en un error manifiesto al adoptar soluciones para garantizar la continuidad de la prestación del servicio de energía eléctrica en las ZNI. Así, (i) el traslado de recursos del PRONE al FAER y al FAZNI atiende al déficit que las causas económicas de la emergencia han generado en estos últimos dos fondos⁹⁰ y permite ampliar la cobertura del servicio de energía eléctrica a zonas vulnerables⁹¹; (ii) la autorización para operar activos eléctricos de propiedad de la Nación o de los entes territoriales en ZNI sin entrega formal responde a las restricciones que generan las medidas de aislamiento para estas entregas, y garantiza que las comunidades sigan gozando del servicio público durante la emergencia sanitaria⁹²; (iii) la prórroga del término previsto en el artículo 288 de la Ley 1955 de 2019 para la entrega de soluciones energéticas precave la imposición de sanciones a las entidades territoriales y empresas prestadoras que hayan recibido financiación del FAZNI. Por último (iv) en este aparte, aplican las mismas razones de hecho que justificaron la satisfacción del juicio de finalidad de la medida que autoriza la cesión de activos eléctricos de la Nación para la prestación del servicio en ZNI y que han sido expuestas in extenso.

1. Necesidad Jurídica. Las medidas adoptadas en estos artículos resuelven el déficit que tiene el régimen jurídico ordinario para atender las necesidades extraordinarias que impone la emergencia para la prestación del servicio de energía eléctrica en ZNI. (i) Dado que el origen y la destinación de los recursos del PRONE están definidos en el artículo 1° de la Ley 1117 de 2006, el traslado previsto en el artículo 3° del Decreto sub examine debía ser autorizado mediante una disposición de rango legal. (ii) Aunque podría pensarse que las medidas de aislamiento constituyen un evento de fuerza mayor que podría justificar caso a caso los retrasos convalidados en los artículos 7° y 8° del Decreto 574 de 2020, la adopción de estas

medidas por medio de disposiciones con fuerza de ley proporciona seguridad a las entidades territoriales y a las empresas prestadoras para que no se vean abocadas a sanciones y prevean las acciones necesarias para la recepción y entrega de las soluciones energéticas en una fecha cierta. (iii) Por último, la cesión de activos de la Nación debe ser autorizada por la ley según lo dispuesto en el artículo 150.9 de la Constitución Política.

1. Juicio de no contradicción. Los artículos 3°, 7°, 8° y el párrafo 2 del artículo 5° del Decreto 574 de 2020 no contradicen la Constitución Política, ni el marco de acción que imponen la LEE, en especial sus artículos 47, 49 y 50.

1. Ahora, dado que el párrafo 2° del artículo 5° autoriza una operación de cesión de bienes de la Nación, a cualquier título, esta Sala estima pertinente un análisis más detenido de esta disposición a la luz de lo dispuesto en los artículos 355 y 365 de la Constitución Política. Corresponde a la Corte resolver el siguiente problema jurídico: (i) ¿la cesión autorizada en el párrafo 2° del artículo 5° del Decreto sub examine vulnera la prohibición contenida en el artículo 355 superior?

1. Según el artículo 355 de la Constitución Política, ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Una lectura descontextualizada de la medida analizada podría llevar a concluir que los activos de la Nación pueden ser cedidos a cualquier ESPD de energía eléctrica con participación pública. De manera que, si la participación pública en la empresa no fuera mayoritaria, la autorización estaría incurso en la prohibición constitucional referida.

1. La disposición analizada no vulnera lo dispuesto en el artículo 355 superior en tanto restringe las entidades beneficiarias de la eventual cesión de los activos eléctricos a la categoría de entidades descentralizadas del orden nacional, de manera que empresas

privadas con participación pública minoritaria no podrán beneficiarse de la cesión. Nótese que el párrafo señala de forma expresa que: “autoriza a la Nación a ceder a cualquier título a sus entidades descentralizadas los activos eléctricos de propiedad de la Nación”.

1. De acuerdo con el precedente constitucional, las transferencias de bienes o presupuestales que se hacen a entidades descentralizadas no se consideran auxilios o donaciones⁹³. En efecto, la cesión autorizada en el párrafo 2° del artículo 5° del Decreto sub examine es una operación entre entidades de naturaleza pública, para el cumplimiento de un deber que el artículo 365 de la Constitución Política asocia a la finalidad social del Estado. El hecho de que la cesión autorizada no corresponda a una capitalización, ni a una enajenación a título oneroso⁹⁴ implica que el valor de los activos cedidos no será trasladado a los usuarios por medio de la tarifa⁹⁵. Lejos de contradecir alguna norma constitucional, esto materializa el mandato contenido en el artículo 367 superior, según el cual, el régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso.

1. La Sala concluye que el párrafo 2° del artículo 5° del Decreto sub examine no contradice lo dispuesto en el artículo 355 superior.

1. Por último, la Sala advierte que, tal como está redactada, la medida admite interpretaciones que podrían reñir con el objetivo anunciado por el Gobierno para su adopción, pues la lista de entidades descentralizadas de la Nación es muy extensa y abarca todos los sectores y servicios a cargo del Gobierno Nacional. Una lectura según la cual el cesionario de estos activos podría ser cualquier entidad descentralizada del nivel nacional podría reproducir o incluso agravar los riesgos que la medida pretende mitigar. En ese orden de ideas, la Corte entiende que la cesión de activos eléctricos a la que se refiere este precepto opera a favor de aquellas entidades descentralizadas que (i) desarrollen actividades de generación, distribución o comercialización de energía eléctrica, o actividades que comprendan la operación, manejo o mantenimiento de activos eléctricos para el suministro

del servicio de energía y (ii) que operen en las ZNI o las zonas rurales del país en las que se ubiquen los activos eléctricos cedidos. Dado que esta interpretación es consistente con el alcance que el mismo Gobierno Nacional atribuye a esta disposición, la Sala no considera imprescindible imponer un condicionamiento a la exequibilidad del parágrafo 2° del artículo 5° del Decreto sub examine.

1. Los demás juicios materiales. La Sala encuentra que los artículos que integran este bloque temático: (i) fueron sustentados por el Gobierno Nacional, en las razones que expuso en la parte motiva del Decreto (juicio de motivación suficiente); (ii) no contienen medidas que interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público o alteren la vigencia del Estado de derecho (juicio de ausencia de arbitrariedad); (iii) no afectan derechos intangibles ni los mecanismos judiciales indispensables para su protección (juicio de intangibilidad); (iv) responden de forma equilibrada a la magnitud de los efectos que tiene la emergencia económica, social y ambiental en la prestación del servicio de energía eléctrica en las ZNI (juicio de proporcionalidad); (iv) no contienen medidas que suspendan leyes, por resultar incompatibles con el Estado de excepción (juicio de incompatibilidad); por último, (v) se trata de disposiciones que no entrañan discriminación alguna ni imponen tratos desiguales injustificados (juicio de no discriminación).

1. En conclusión, la Sala Plena concluye que los artículos incluidos en el bloque temático de medidas para asegurar el suministro de energía eléctrica en zonas no interconectadas cumplen los juicios materiales de constitucionalidad y, por lo tanto, serán declarados exequibles.

1. Medidas para asegurar el suministro de combustibles

1. Contenido y alcance

1. Las medidas de este bloque temático buscan asegurar la prestación del servicio público de combustibles líquidos derivados del petróleo, mediante disposiciones que (i) racionalicen la distribución de combustibles, ante los efectos previsibles de la crisis en la industria que los produce y (ii) alivien la situación de los empresarios que se encuentran en el eslabón más débil de la cadena de suministro, con quienes los directos usuarios del servicio tienen contacto.

2. El artículo 11 modifica de manera temporal⁹⁷ el artículo 8°, sección a), de la Ley 26 de 1989⁹⁸. La reforma consiste en: (a) cobijar, con la retención del margen de rentabilidad, los galones de ACPM, ya no solo los de gasolina y (b) que la retención opere “en la forma que indique el MME” y ya no “el Gobierno Nacional”⁹⁹.

1. Examen de los requisitos materiales

1. Juicio de finalidad. Las normas de este bloque temático están encaminadas, de forma directa y específica, a enervar las causas de la perturbación y a impedir la extensión y agravación de sus efectos. Por un lado, las medidas que se adoptaron para frenar la propagación de la COVID 19 han generado la reducción de la demanda de combustibles y amenazan la sostenibilidad financiera y operativa de las empresas del sector, en particular las más frágiles, que son las dedicadas a la distribución minorista de combustibles. Por otro lado, el aislamiento preventivo afecta la cadena de distribución de combustibles¹⁰⁰ y puede generar problemas de desabastecimiento que impacten el funcionamiento de servicios esenciales como la cadena de producción de alimentos, el transporte de carga e insumos médicos y la generación de energía.

1. Juicio de conexidad material. Estas normas guardan relación con la declaratoria del estado

de excepción. En primer lugar, las medidas específicas que se adoptan tienen un soporte claro en la parte motiva del decreto (conexidad material interna). En segundo lugar, la relación de estas medidas con la declaratoria de emergencia es directa y específica (conexidad material externa), dado que, en el Decreto 417 de 2020, el Presidente anunció la necesidad de adoptar medidas “[para] establecer el orden de atención prioritaria en el abastecimiento de servicios públicos, (...) [e] implementar medidas de importación y comercialización de combustibles con el fin de no afectar el abastecimiento”.

1. Juicio de necesidad fáctica. Dado que las medidas adoptadas con ocasión de la pandemia afectan la cadena de distribución de combustibles¹⁰¹, la Sala encuentra probada la necesidad de otorgar competencias al MME para que adopte medidas que permitan (i) definir esquemas de priorización, atención y racionamiento de la demanda de combustibles líquidos, biocombustibles y sus mezclas y (ii) modificar, de forma transitoria, los niveles de mezcla de los combustibles líquidos con biocombustibles (artículo 10°). Así, la Sala encuentra que son medidas que el Presidente de la República valoró de manera adecuada ante el riesgo de desabastecimiento que la pandemia ha generado para la cadena de suministro de estos bienes.

1. La modificación del artículo 8°, sección a), de la Ley 26 de 1989, en el sentido de (i) cobijar, con la retención del margen de rentabilidad del distribuidor minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo, a los galones de ACPM y ya no solo los de gasolina y (ii) que la retención opere “en la forma que indique el MME”, responde a la necesidad de dirigir recursos para apoyar a los distribuidores minoristas de combustibles, que son la parte más débil de este sector económico y quienes tienen el contacto directo con los consumidores finales.

1. Necesidad jurídica. En relación con el artículo 10°, la Sala observa que, a diferencia de lo que ocurre con los SPD de gas y energía eléctrica¹⁰², no existe en el ordenamiento una norma que habilite al MME para adoptar medidas de racionamiento o jerarquización de la

demanda de combustibles líquidos¹⁰³. Dado que la adopción de esquemas de priorización, atención y racionamiento de la demanda puede ser catalogada como una medida de intervención en este sector de la economía, por mandato del artículo 334 superior, tal habilitación debe ser conferida por la ley. En razón a que la competencia para definir la mezcla de combustibles y biocombustibles ha sido fijada por la ley¹⁰⁴, su modificación exige la expedición de otra norma con igual fuerza. De igual manera, es necesaria la expedición de una norma con fuerza material de ley para extender la retención prevista en el artículo 8° de la Ley 26 de 1989, de forma que aplique también a la rentabilidad por la venta de galones de ACPM, dado que se trata de la ampliación de la base gravable de una contribución parafiscal.

1. Juicio de proporcionalidad. La Sala Plena considera que las normas de este bloque temático son razonables y proporcionales para garantizar el abastecimiento y suministro de combustibles líquidos. Además, no implican la afectación de ningún derecho fundamental, sino que propenden por la satisfacción de necesidades básicas de la población en el marco de la emergencia.

1. Con todo, la Sala debe ahondar en dos problemas jurídicos concretos: (i) ¿es proporcional que el legislador extraordinario omita fijar un límite temporal específico a la competencia del MME para definir esquemas de priorización, atención y racionamiento de la demanda de combustibles? y (ii) ¿es proporcional la medida de modificar la retención del porcentaje del margen de rentabilidad del distribuidor minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo, dado el riesgo de que el valor causado por esa operación se traslade a los consumidores?

1. La respuesta al primer problema jurídico es positiva. En primer lugar, el riesgo de indeterminación temporal de la medida contenida en el artículo 10° se mitiga con la inclusión de condiciones específicas para que el MME ejerza las facultades que se le confieren. El hecho de que la norma habilite el ejercicio de tales competencias solo en situaciones de

“insalvables restricciones en la oferta de combustibles líquidos, no transitorias, que impidan la prestación continua del servicio de abastecimiento de combustibles líquidos” implica que su ejercicio está limitado a la ocurrencia de situaciones extraordinarias, cuya gravedad puede ser evaluada en concreto una vez se invoquen por el Ministerio. Esto implica, además, que el marco temporal de esta habilitación es determinable y susceptible de control político y jurisdiccional.

1. En segundo lugar, las características extraordinarias de la crisis por la pandemia de la COVID-19 impiden definir, de forma previa, el alcance de sus consecuencias en el tiempo. Por ello, sería irrazonable exigir al Gobierno que precise, dentro del mes siguiente a la declaratoria del estado de excepción, el alcance temporal de las facultades necesarias para remediar situaciones contingentes cuya materialización depende de factores externos, como la manipulación de los precios del petróleo por parte de los países productores, o la reactivación del comercio internacional post-pandemia¹⁰⁵. Imponer al Presidente de la República la obligación de definir con certeza cuál es la fecha máxima en la que la prestación del servicio de combustibles líquidos volverá a la normalidad es excesivo, máxime si se tiene en cuenta que el Legislador podría, en cualquier momento, imponer esa misma limitación temporal con base en argumentos de conveniencia.

1. La respuesta al segundo problema jurídico también es positiva. Si bien el MME informó que es posible que el valor causado por la retención de ACPM se traslade a los consumidores de combustible, estimó que el aumento para el usuario sería muy bajo (aproximadamente cuatro pesos por galón), de modo que no limitaría el acceso a ese bien. En contraste, el Ministerio informó que el recaudo por las ventas en el ACPM aumentaría los recursos del fondo en un promedio de trescientos catorce millones de pesos (\$314.000.000) mensuales, lo cual permitiría beneficiar a cerca de cinco mil quinientas sesenta (5.560) estaciones de servicio del país que se han visto afectadas por la reducción de la venta de combustibles durante la emergencia¹⁰⁶. Así, la eventual afectación al consumidor final por el traslado de este aporte al precio del ACPM es mínima, en comparación con el beneficio que la medida reporta para los distribuidores minoristas de combustible y la sostenibilidad de un sector

indispensable para la satisfacción de las necesidades básicas de la población.

1. Los demás juicios materiales. La Sala encuentra que los artículos que integran este bloque temático: (i) fueron sustentados por el Gobierno Nacional, en las razones que expuso en la parte motiva del Decreto, cuyo alcance precisó en las intervenciones ante la Corte Constitucional (juicio de motivación suficiente); (ii) no contienen medidas que interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público o alteren la vigencia del Estado de derecho (juicio de ausencia de arbitrariedad); (iii) no suspende ninguna ley (juicio de incompatibilidad); (iv) no afectan derechos intangibles ni los mecanismos judiciales indispensables para su protección (juicio de intangibilidad); (v) no contradicen ninguna norma específica de la Constitución Política o los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, en particular, no lesionan los derechos sociales de los trabajadores (juicio de no contradicción específica); y (vi) no entrañan discriminación alguna ni imponen tratos desiguales injustificados (juicio de no discriminación).

1. Emergencia eléctrica

1. Contenido y alcance

1. El artículo 9° del Decreto 574 de 2020: (i) autoriza al MME para declarar la “Emergencia Eléctrica”. (ii) El supuesto de hecho que habilitaría esta declaratoria se refiere a las situaciones de riesgo grave para la continuidad en la prestación del servicio público de energía eléctrica, gas combustible y distribución de combustibles líquidos en el país o en algunas zonas del territorio nacional, “durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19” 107. (iii) El uso de esta figura exige el concepto previo de la Unidad de Planeación Minero-Energética y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas. (iv) Durante la emergencia eléctrica, el MME “determinará las acciones y regulaciones”

necesarias para superar las circunstancias que generaron la declaratoria. Esto incluye la atención de situaciones que puedan poner en riesgo los proyectos de energía eléctrica, gas combustible y distribución de combustibles líquidos, o la prestación continua de dichos servicios¹⁰⁸.

12.5.2 Examen de los requisitos materiales

1. Esta medida supera todos los juicios materiales de constitucionalidad, por las siguientes razones:

1. Juicio de finalidad. El artículo 9° satisface el juicio de finalidad. La medida precave riesgos en materia minero-energética cuya materialización agravaría los efectos de la pandemia de la COVID-19, y dispone herramientas para contrarrestarlos. La anticipación de estos riesgos no es conjetural ni infundada, sino que se soporta en argumentos técnicos razonables. La crisis del sector de hidrocarburos, en la que la pandemia actual tiene una incidencia indiscutible, es un factor potencial que puede afectar el suministro continuo de energía eléctrica en el país¹⁰⁹, amenazado, de suyo, por otros factores como los cambios climáticos y el bajo nivel de los embalses. En consecuencia, la habilitación para la adopción de medidas de contención de una situación como la descrita tiene una relación directa y específica con el propósito de impedir la extensión de la crisis.

1. Juicio de conexidad material. El artículo 9° cumple el juicio de conexidad material en sus dimensiones interna y externa. Primero, en su parte motiva, el Decreto sub examine alude a la situación excepcional que vive el país y advierte la necesidad de conceder una habilitación legal transitoria para tomar medidas en relación con la prestación de los servicios de energía, gas combustible y distribución de combustibles líquidos (conexidad material interna). Segundo, dentro de las consideraciones del Decreto 417 de 2020, el Gobierno señaló la necesidad de garantizar la prestación continua y efectiva de los servicios públicos. El servicio

de energía eléctrica en todo el país es de vital importancia para cumplir las medidas de aislamiento y distanciamiento social que previenen la propagación del virus; también, para mantener la prestación de servicios públicos esenciales en los hospitales y centros de salud y proteger la cadena de abastecimiento alimentario (conexidad material externa).

1. Juicio de proporcionalidad. La habilitación dispuesta en el artículo 9° del Decreto sub examine es proporcional a la gravedad de los riesgos que pretende mitigar, puesto que (i) corresponde a una medida preventiva razonable para enfrentar graves riesgos para la garantía de continuidad de los servicios públicos, (ii) su objeto y temporalidad están limitados con claridad, (iii) la razonabilidad de su ejercicio se garantiza con la exigencia de conceptos técnicos previos y (iv) se trata de una medida facultativa y sometida a controles.

1. En primer lugar, es razonable que el Gobierno Nacional se anticipe a escenarios de riesgo como los descritos y habilite mecanismos amplios para su contención. Prever estas contingencias, y definir un marco de acción flexible para su atención, garantiza una respuesta oportuna y efectiva a situaciones que tienen el potencial para agravar la crisis. Esta medida se justifica en tanto que: (i) la crisis económica generada por la pandemia del COVID-19 no tiene precedentes y cambia de forma constante en función de variables aún incalculables, como la tasa de contagio, el comportamiento de la enfermedad a nivel global y el avance científico para su contención; (ii) en el marco de esta incertidumbre, el reducido margen temporal que caracteriza al estado de excepción limitaba de forma grave la capacidad del Presidente para diseñar de forma específica y detallada un conjunto de soluciones plausibles para atender estos riesgos.

1. En segundo lugar, la medida prevé límites objetivos y temporales claros para el ejercicio de esta facultad. El supuesto fáctico de la habilitación es definido y alude a situaciones de riesgo grave para la continuidad en la prestación del servicio público de energía eléctrica, gas combustible y distribución de combustibles líquidos, según los eventos posibles que ya se ilustraron. La emergencia eléctrica solo puede ser declarada durante la vigencia de la

emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del COVID-19.

1. En tercer lugar, la declaratoria de la emergencia eléctrica está sujeta a conceptos técnicos previos que reducen el riesgo de arbitrariedad y garantizan su razonabilidad. Para hacer uso de esta habilitación, la medida exige al MME contar con el aval previo de dos entidades técnicas en las que participan expertos independientes: la Unidad de Planeación Minero-Energética –UPME– y la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG–. La intervención de estas instituciones garantiza, por un lado, una ejecución coordinada y sostenible de la emergencia eléctrica y, por el otro, que en su desarrollo no se afecte de forma desproporcionada el esquema regulatorio del sector.

1. En cuarto lugar, se trata de una medida facultativa y sometida a controles. Es claro que las acciones y regulaciones que adopte el MME en el marco de una eventual declaratoria de emergencia eléctrica: (i) no comprenden en manera alguna la adopción de normas con rango de ley; (ii) están sujetas a la Constitución; (iii) son susceptibles de control jurisdiccional y suspensión provisional por la justicia contencioso-administrativa y (iv) deben respetar los derechos fundamentales. Esto, sin mencionar que, en ejercicio del control político que ejerce el Congreso de la República en el marco del estado de excepción, es posible imponer aún más limitaciones al ejercicio de esta habilitación.

1. Juicio de necesidad. El artículo 9° del Decreto 574 de 2020 cumple el juicio de necesidad fáctica y jurídica. La autorización para declarar una emergencia eléctrica es necesaria para impedir la extensión de los efectos de la crisis que dio lugar a la declaratoria del estado de excepción, en tanto habilita la adopción de acciones y regulaciones para garantizar el suministro de energía eléctrica, gas y combustibles líquidos.

1. Necesidad fáctica o idoneidad. Para la Sala, el Presidente de la República no incurrió en un error manifiesto respecto de la utilidad de esta medida para superar la crisis. La interrupción

de la prestación de los servicios públicos de energía eléctrica, gas y combustibles líquidos puede tener efectos catastróficos en la atención y contención de la pandemia que suscitó la declaratoria del estado de excepción. Esto revela la necesidad de contar con mecanismos de respuesta rápidos y efectivos a eventos de grave riesgo para la continuidad de estos servicios.

1. Podría aducirse que la inminencia de los riesgos enunciados en el artículo 9° no ha sido demostrada. Sin embargo, ello no significa que el Gobierno Nacional incurriera en un error manifiesto al prever herramientas para contrarrestar las consecuencias que la materialización de estos riesgos tendría para la adecuada prestación de los servicios públicos y la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas. Al contrario, la duda epistémica imponía al Gobierno el deber de prever la atención de estos riesgos mediante el diseño de medidas excepcionales, novedosas, expeditas y adaptables para hacerles frente. Esto, máxime si se tiene en cuenta que la Constitución Política vincula los servicios públicos a la finalidad social del Estado. El escrutinio de idoneidad sobre tales medidas debe ser entonces débil, dado que pretenden atender una situación sin antecedentes en el país y, por lo mismo, sin certeza sobre sus mejores soluciones.

1. Necesidad jurídica o subsidiariedad. El Presidente de la República valoró de forma razonable y adecuada la necesidad de introducir en el ordenamiento jurídico una disposición de habilitación amplia como la contenida en el artículo 9°. De un lado, es cierto que las facultades conferidas al MME en el marco de la emergencia eléctrica son amplia y abstractas¹¹⁰. Sin embargo, la Sala no considera que el Gobierno Nacional tuviera el deber de definir y explicar todo el detalle de esta habilitación, con miras a que la Corte Constitucional indagara, con meticulosa exigencia, si en el derecho ordinario existían herramientas suficientes y adecuadas para lograr los mismos fines. La selección de las acciones y regulaciones a las que alude esta disposición exige un amplio margen de maniobra operativa y técnica, pues la eficacia de las medidas de contención depende de la naturaleza y magnitud del riesgo que se deba enfrentar. En ese sentido, la apertura de esta habilitación extraordinaria es una virtud ante situaciones a las que Colombia no se ha

enfrentado todavía pero que, de ocurrir, agravarían de forma considerable el impacto de la pandemia en la calidad de vida de las personas y las expectativas de recuperación de la economía.

1. De otro lado, la Sala encuentra que la excepcionalidad de la crisis actual, así como de los escenarios indeseables en materia de abastecimiento de energía a los que el Gobierno pretende anticiparse, justifican concebir medidas de regulación y coordinación del sector minero-energético que hoy no brinda el marco jurídico de este sector. La Sala no desconoce que varias de las facultades que las Leyes 142 y 143 de 1994 otorgan al MME y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- podrían relacionarse con las eventuales situaciones de crisis que se pretenden contrarrestar. Con todo, es válido y cumple el requisito de subsidiariedad que el legislador extraordinario adopte una disposición única para otorgar de forma transitoria, a una sola entidad, la competencia para adoptar e implementar acciones y regulaciones rápidas y eficaces que respondan de manera adecuada a cada situación de riesgo.

1. Ausencia de arbitrariedad. Corresponde a la Sala determinar si el artículo 9° desconoce las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución y la LEEE, interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público o alteran la vigencia del Estado de derecho. Al respecto, las intervenciones que solicitaron la declaratoria de inexequibilidad de este artículo argumentan que la figura de la emergencia eléctrica es un cuarto tipo de estado de excepción. Estas posturas parten de una premisa errada: asumen que la emergencia eléctrica le permitiría al MME expedir normas con fuerza de ley. El artículo 9° no confiere facultades para el ejercicio de una facultad legislativa ordinaria, no solo porque esto sería contrario a la Constitución Política, que define con precisión los eventos excepcionales en los que es posible trasladar de manera temporal la función legislativa, sino porque, además, en la redacción del artículo 9°, no se alude, de ninguna manera, a ese supuesto. Este artículo se refiere a la determinación de regulación, facultad que, interpretada de manera armónica con el resto del ordenamiento jurídico en materia de servicios públicos, alude a la emisión de disposiciones que, de ordinario, están a

cargo de las comisiones de regulación que define la ley para cada servicio público¹¹¹.

1. Los demás juicios materiales. La Sala constata que la disposición sub examine: (i) fue sustentada por el Gobierno Nacional, en las razones que expuso en la parte motiva del Decreto y en sus intervenciones ante la Corte Constitucional (juicio de motivación suficiente); (ii) no afecta derechos intangibles ni los mecanismos judiciales indispensables para su protección (juicio de intangibilidad); (iii) no contiene contradicciones específicas con la Constitución y los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, en particular, no lesionan los derechos sociales de los trabajadores (juicio de no contradicción específica); (iv) no prevé medidas que suspendan leyes, por resultar incompatibles con el Estado de excepción (juicio de incompatibilidad); por último, (v) no entraña discriminación alguna ni imponen tratos desiguales injustificados (juicio de no discriminación).

1. En resumen, las conclusiones respecto de las intervenciones que cuestionaron la constitucionalidad del artículo 9° del Decreto 574 de 2020 son las siguientes:

Interviniente

Solicitud

Conclusión

Universidad Javeriana de Cali

Ciudadanas Laura Ximena Urueña y Valeria Alexandra Gómez

Universidad de los Andes

Inexequibilidad del artículo 9°

El artículo 9° no confiere facultades para el ejercicio de una facultad legislativa ordinaria, no solo porque esto sería contrario a la Constitución Política, que define con precisión los eventos excepcionales en los que es posible trasladar de manera temporal la función legislativa, sino porque, además, en la redacción del artículo 9°, no se alude, de ninguna manera, a ese supuesto.

1. Síntesis de la decisión

1. La Corte Constitucional desarrolló el control automático, integral y definitivo de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 574 de 2020, “Por el cual se adoptan medidas en materia de minas y energía, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. Encontró que este cumple con todos los requisitos formales y materiales de constitucionalidad para su expedición. Para efectos de estudiar el cumplimiento de los requisitos materiales, la Sala examinó el articulado del Decreto mediante su agrupación en bloques temáticos, así (párrafo 53 supra): (i) medidas de apoyo al sector minero, (ii) continuidad en la prestación de servicios públicos domiciliarios, (iii) suministro de energía eléctrica en zonas no interconectadas, (iv) suministro de combustibles líquidos y (v) declaratoria de emergencia eléctrica.

1. La Sala encontró que: (i) las medidas del primer bloque temático cumplen los juicios materiales de constitucionalidad y contribuyen a aliviar la situación de unos actores muy específicos del sector minero del país afectados por la pandemia y por los efectos económicos de las medidas que buscan contrarrestarla. Resolvió dos problemas jurídicos específicos en relación con el artículo 2° del Decreto sub examine y concluyó que esta medida no contradice ninguna norma constitucional. (ii) Todas las disposiciones de apoyo financiero a las ESPD con participación pública mayoritaria son constitucionales, en la medida

en que apuntan a que estas empresas tengan fuentes de liquidez y puedan suministrar sus servicios sin interrupción; también consideró constitucional la disposición que autoriza la entrega directa al usuario del subsidio al GLP. (iii) Respecto de las medidas del tercer bloque temático, el Gobierno Nacional justificó las razones por las cuales estas son necesarias para ampliar la cobertura del servicio público de energía eléctrica a los usuarios que no tienen acceso al servicio por habitar en ZNI y que son los más vulnerables en la crisis actual. (iv) Frente a las medidas del cuarto bloque temático, son constitucionales en su propósito de asegurar el abastecimiento de combustibles líquidos en el país, en vista de las afectaciones que ha sufrido el sector con ocasión de la pandemia y la importancia capital de este servicio para satisfacer necesidades básicas de la población. Por último, (v) la Sala Plena dedicó un acápite independiente a la figura de declaratoria de emergencia eléctrica, prevista en el artículo 9° del Decreto sub examine. Al efecto, concluyó que esta norma es constitucional porque habilita de forma temporal y limitada al MME para atender graves riesgos en materia minero-energética cuya realización agravaría los efectos de la pandemia derivada del COVID-19.

Síntesis del cumplimiento de los requisitos materiales de constitucionalidad del Decreto 574 de 2020

Exigencia

Cumple / No cumple

Razón

Juicio de motivación suficiente

Cumple

La parte considerativa del Decreto y los informes presentados por la Presidencia de la República, el MME y la SSPD indicaron una razón para la adopción de cada una de las disposiciones, así:

Las medidas de apoyo al sector minero se justificaron en la necesidad de aliviar la situación

económica de los concesionarios en fase de exploración y de los mineros de subsistencia.

Las disposiciones adoptadas para la provisión de liquidez de las ESPD con participación pública mayoritaria se justificaban en la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación de servicios públicos.

Respecto de las medidas relacionadas con la prestación del servicio de energía eléctrica en ZNI, se señaló la necesidad de incorporar normas en el ordenamiento que permitan mantener, y ampliar la cobertura del servicio de energía eléctrica en estas zonas.

Se explicó la necesidad de dotar al MME de facultades para adoptar esquemas de priorización y racionamiento de la demanda de combustibles líquidos en situaciones de grave riesgo para la continuidad de la prestación del servicio.

Se justificó la habilitación temporal al MME para tomar medidas especiales en materia de energía, gas combustible y combustibles líquidos en situaciones extraordinarias.

Juicio de incompatibilidad

Cumple

Ninguno de los artículos del Decreto analizado suspende leyes

Juicio de intangibilidad

Cumple

Ninguna de las disposiciones contenidas en el decreto restringe los derechos que la jurisprudencia constitucional ha calificado como intangibles.

Juicio de ausencia de arbitrariedad

Ninguna de las medidas que integra el decreto compromete la garantía y el ejercicio de los derechos fundamentales, pone en riesgo la vigencia del Estado de Derecho ni interrumpe el normal funcionamiento de las ramas del poder público. Por el contrario, las disposiciones estudiadas se orientan a garantizar la continuidad en la prestación de servicios públicos y proveer apoyos a grupos especialmente afectados por la emergencia.

Juicio de no contradicción específica

Cumple

Las medidas que adopta el decreto no son contrarias a alguna disposición constitucional, tampoco desconocen el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el estado de emergencia ni contienen medidas que tengan por objeto o efecto desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

La Corte valoró el reparo formulado en una de las intervenciones ciudadanas en relación con una aparente omisión legislativa relativa por la exclusión de los mineros de subsistencia no inscritos, de las destinaciones autorizadas en el artículo 2° del Decreto sub examine y concluyó que la norma no incurría en el defecto descrito.

Asimismo, al resolver problemas jurídicos específicos en relación con varias disposiciones de este Decreto, la Sala concluyó que estas concretan los mandatos constitucionales relacionados con la prestación de servicios públicos (art. 365) y la inversión de los recursos del SGR (arts. 360 y 361).

Juicio de no discriminación

Cumple

Ninguna de las medidas que integra el decreto supone una forma de discriminación, ni sus medidas otorgan algún trato diferente en relación con otros sujetos.

Juicio de finalidad

Cumple

Las medidas que implementa el decreto pretenden generar alternativas para garantizar la protección de usuarios y productores del sector minero energético de los efectos económicos adversos generados por la emergencia.

El Decreto sub examine provee herramientas para inyectar recursos a las ESPD con participación pública mayoritaria, a fin de impedir la interrupción de la prestación de servicios a su cargo por la disminución del recaudo por facturación.

Por último, las disposiciones incluidas en el Decreto facultan al MME para adoptar medidas en casos de grave riesgo para la continuidad de la prestación de los servicios de gas combustible, combustibles líquidos y energía eléctrica, con el objetivo de garantizar la continuidad de la prestación de estos servicios.

Juicio de conexidad material

Cumple

Las medidas que integran el Decreto se relacionan con lo anunciado en la parte considerativa, y desarrollan las medidas anunciadas por el Presidente de la República en la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ambiental. En especial, en relación con la provisión de recursos a las poblaciones y sectores económicos afectados por la emergencia sanitaria, y la necesidad de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos.

Juicio de necesidad

Cumple

La Sala valoró cada una de las medidas incluidas en el Decreto 574 de 2020 y concluyó que el Presidente de la República no incurrió en un error manifiesto al apreciar la necesidad de su adopción.

Así, se concluyó la necesidad de adoptar medidas para aliviar la carga económica de algunos miembros del sector minero energético (concesionarios en fase de exploración, mineros de subsistencia y distribuidores minoristas de combustibles).

También se estableció la necesidad y complementariedad de las disposiciones relacionadas con la provisión de recursos a empresas de servicios públicos para garantizar la continuidad de su operación, la operación de soluciones energéticas en ZNI y el pago de acreencias por parte de entidades territoriales.

Por último, se concluyó que las condiciones extraordinarias de esta emergencia, justifican la necesidad de dotar al MME de competencias para implementar medidas tendientes a enfrentar situaciones de grave riesgo para la prestación de los servicios de energía eléctrica,

gas combustible y combustibles líquidos.

Juicio de proporcionalidad

Cumple

La Sala evaluó la proporcionalidad de las facultades conferidas al MME en el artículo 9° del Decreto 574 y concluyó que esta disposición, de manera razonable, precave riesgos en materia minero-energética cuya realización agravaría los efectos de la pandemia derivada del Covid 19 y prevé habilitaciones fundadas y proporcionales al Ministerio de Minas y Energía para contrarrestarlos.

1. Para completar el control de constitucionalidad del Decreto 574 de 2020, solo resta indicar que el artículo 13 bajo control es una típica norma de vigencia que dispone que el mismo regirá a partir de su publicación, por lo que esta norma no suscita duda alguna de constitucionalidad.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el Decreto Legislativo 574 de 2020, “Por el cual se adoptan medidas en materia de minas y energía, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y

Ecológica”, por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

Salvamento parcial de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Salvamento parcial de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Salvamento parcial de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Salvamento parcial de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-241/20

INFORMALIDAD MINERA-Ámbito social (Salvamento parcial de voto)/FORMALIZACION DE LA MINERIA-Importancia(Salvamento parcial de voto)/FORMALIZACION DE LA MINERIA-Mecanismo de prevención y control(Salvamento parcial de voto)/SOLICITUD DE LEGALIZACION DE MINERIA DE HECHO-Plazo máximo de dos años para concluir procesos en curso (Salvamento parcial de voto)

Este déficit de formalización de la minería tradicional, aunado a las medidas adoptadas por el Gobierno para enfrentar la crisis ocasionada por la propagación del COVID-19, lleva a los mineros tradicionales no formalizados y cuyo proceso de formalización depende del Estado, a encontrarse en una situación de vulnerabilidad, aún más cuando la minería es su medio de subsistencia.

DECRETOS DE DESARROLLO DEL ESTADO DE EMERGENCIA Y ESTADOS DE EXCEPCION-Juicio de conexidad material (Salvamento parcial de voto)

(...) no existe una relación clara entre las causas que originaron la emergencia económica, social y ecológica y el artículo 5º del Decreto 574 de 2020. Esto, pues la medida de capitalización de empresas de servicios públicos domiciliarios busca solucionar problemas financieros anteriores a la crisis y la consecuente declaratoria del estado de excepción.

DECRETOS DE DESARROLLO DEL ESTADO DE EMERGENCIA Y ESTADOS DE EXCEPCION-Juicio

de necesidad (Salvamento parcial de voto)

En relación con el juicio de necesidad, el decreto no expone ninguna exigencia fáctica para capitalizar empresas de servicios públicos mixtas, cuya participación es, en parte, privada. De igual forma, el decreto tampoco explica por qué debe modificarse el artículo 19 de la Ley 1530 de 2012, que establece que el Presupuesto de Ingresos del Sistema General de Regalías es distribuido a cada uno de los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como a los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o los productos derivados de los mismos.

Referencia: Expediente RE-299.

Asunto: Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 574 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas en materia de minas y energía, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”

Magistrado Sustanciador:

CARLOS BERNAL PULIDO.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a

continuación las razones que me conducen a salvar parcialmente mi voto a la decisión adoptada por la Sala Plena en sesión del 9 de julio de 2020, que por votación mayoritaria profirió la Sentencia C-241 de ese mismo año.

1. La Corte estudió la constitucionalidad del Decreto Legislativo 574 del 15 de abril de 2020, “[p]or el cual se adoptan medidas en materia de minas y energía, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. La providencia resolvió declarar exequibles todos los artículos de la normativa.

En esta oportunidad, acompañé la decisión de declarar la exequibilidad de la mayoría de las disposiciones del decreto. No obstante, me aparto de la decisión mayoritaria en relación con los artículos 2º y 5º. La primera norma establece medidas sobre la asignación de recursos provenientes de regalías por comercialización de mineral sin identificación de origen. El Ministerio de Minas podrá priorizar estos recursos a proyectos de inversión que tengan por objeto implementar las acciones necesarias para la atención y ayuda humanitaria de municipios que cuenten con mineros de subsistencia inscritos, o que trabajen bajo alguna de las figuras habilitadas por la ley para la explotación. Lo anterior, con el fin de conjurar la emergencia económica, social y ecológica.

En caso de que subsistan recursos disponibles, podrán destinarse a proyectos de inversión que incentiven el desarrollo social y económico de los territorios mineros del país.

Por su parte, el artículo 5º dispone que la Nación, alcaldes, gobernadores y otras entidades descentralizadas podrán capitalizar empresas de servicios de gas y electricidad, con el fin de darle continuidad a la prestación de estos servicios. Para ello, podrán usar (i) dividendos futuros; (ii) recursos del Sistema General de Participaciones, siempre que exista espacio presupuestal; y (iii) la propiedad accionaria que tenga la Nación en empresas del sector energético.

Además, la Nación podrá aportar como capital, en las empresas de servicios públicos oficiales o mixtas, la propiedad accionaria que tenga en empresas del sector energético y dichos aportes serán recibidos por el valor intrínseco de la participación accionaria. Finalmente, también podrá ceder sus activos eléctricos a cualquier título a sus entidades descentralizadas, para garantizar el servicio eléctrico en Zonas No Interconectadas.

1. En esta oportunidad, la postura de la mayoría determinó que estos contenidos no desconocieron la Constitución. En relación con el artículo 2º, la Sala determinó que su finalidad es dirigir recursos a los mineros de subsistencia. De igual forma, el Decreto 417 de 2020 autorizó al Gobierno a llevar a cabo transferencias monetarias para mitigar los efectos causados por la pandemia a la población más vulnerable del país. En este sentido, las inversiones de las que trata la disposición permiten la entrega de transferencias a los mineros de subsistencia. Adicionalmente, al remitir al Decreto 513 de 2020, obliga a las autoridades locales a destinar estos recursos de regalías a proyectos de inversión que tengan por objeto hacer frente a los hechos que originaron la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica o contrarrestar sus efectos. En cuanto a su necesidad fáctica y jurídica, la norma posibilita proteger a una población vulnerable. Además, los recursos de los que trata fueron incorporados al presupuesto del Sistema General de Participaciones mediante la Ley 1942 de 2018, pero su distribución no contempla criterios de priorización.

Respecto del artículo 5º, la mayoría afirmó que esta norma garantiza la continuidad y estabilidad de la prestación de servicios públicos domiciliarios, pues inyecta recursos a las empresas del sector energético. Asimismo, el Decreto 417 de 2020 señaló la importancia de asegurar la prestación de estos servicios y, en relación con este asunto, la disposición en comento abre fuentes de liquidez complementarias para las empresas que prestan servicios de energía y gas.

1. A pesar de los argumentos esgrimidos por la mayoría, considero que estas dos normas no cumplen con la totalidad de los juicios materiales. A continuación, presento las razones por

las cuales el artículo 2º no cumple con el requisito de no discriminación y el 5º no supera los juicios de conexidad material y necesidad fáctica y jurídica.

El artículo 2º del Decreto Legislativo 574 de 2020 no cumple con el criterio de no discriminación

1. Esta norma destina recursos provenientes de regalías por comercialización de mineral sin identificación de origen, prioritariamente, entre los municipios productores que “(...) cuenten con mineros de subsistencia inscritos o que trabajan bajo alguna de las figuras habilitadas por la ley para la explotación”. De esta forma, dichos recursos se distribuirán en proyectos de inversión que tengan por objeto atender a esta población y a conjurar la emergencia económica, social y ecológica.

1. La Sala consideró que esta norma no necesariamente excluye a los mineros tradicionales no formalizados. Adicionalmente, argumentó que la medida incentiva a los municipios para que agilicen el proceso de formalización de la población que habita sus territorios. Sin embargo, esta explicación no es suficiente para determinar que la población minera no formalizada tendrá garantizado su derecho al mínimo vital.

1. En primer lugar, la norma expresamente trata sobre la población minera inscrita o que trabaje bajo alguna de las figuras habilitadas por la ley para la explotación. De este modo, contrario a lo concluido por la mayoría, de este hecho no se deduce que la población minera no formalizada también sea beneficiada con recursos provenientes de regalías por comercialización de mineral sin identificación de origen. Incluso, al interpretar esta disposición de manera exegética, se infiere que el Legislador de excepción explícitamente pretende proteger a los mineros ya formalizados.

En segundo lugar, la postura mayoritaria también determinó que la medida incentiva a los municipios para que agilicen el proceso de formalización de la población que habita sus territorios. Sin embargo, no existe una causación directa entre la destinación de recursos a la atención de mineros inscritos en registros oficiales y la agilización de procesos de formalización. Bajo este presupuesto, la sentencia no explicó las razones por las cuales un hecho conlleva al otro.

Efectivamente, las medidas de aislamiento social que ha adoptado el Gobierno Nacional, con el fin de contener la propagación del COVID-19, tienen la capacidad de entorpecer el trámite para la formalización de mineros tradicionales, establecido en el Decreto 1073 de 2015. Los artículos 2.2.5.4.1.1.1.1 y siguientes de esta normativa enumeran los pasos que deben seguirse para la formalización de mineros tradicionales. Primero, los trabajos de minería tradicional se acreditan con documentación comercial o técnica, lo cual se entiende como facturas o comprobantes de venta del mineral, comprobantes de pago, planos mineros, formatos de liquidación de producción de regalías, entre otros. Estos documentos deben ser presentados dentro de los 15 días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha de radicación de la solicitud, ante la autoridad minera competente¹¹². Luego, mediante acto administrativo, esta entidad ordena la visita al sitio donde se desarrolla la explotación. Allí, verifica que los anexos presentados corresponden a los trabajos mineros realizados por el solicitante, entre otras condiciones del lugar¹¹³. Dentro del mes siguiente, expide el informe que da cuenta de los elementos que permiten corroborar la existencia de la minería tradicional objeto de la solicitud y determinar si la explotación es viable o no¹¹⁴.

En caso de que la autoridad detecte que la explotación minera no cumple las condiciones técnicas mínimas para operar, consignará en el acta de visita las falencias detectadas para que sean subsanadas en un término máximo de 3 meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de visita por las partes. Vencido este plazo, la entidad competente realizará las visitas de verificación y, finalmente, resolverá de fondo la solicitud de formalización¹¹⁵.

1. De este trámite se infiere que las visitas realizadas por la autoridad competente, así como la subsanación de falencias que se detecten, son actuaciones administrativas que se dificultan con la imposición de medidas de aislamiento que permitan hacerle frente a la propagación del coronavirus. Por consiguiente, la medida adoptada en el artículo 2º del Decreto Legislativo 574 de 2020 no exhorta a las entidades territoriales a agilizar el proceso de formalización de la población que habita sus territorios. Por el contrario, el contexto social, económico y ecológico que vive el país entorpece dicho proceso.

1. En razón a lo anterior, la crisis sanitaria actual pone en riesgo el derecho al mínimo vital de los mineros tradicionales no formalizados. Precisamente, el Decreto 933 de 2013, en su artículo 1º, define la minería tradicional como aquella que se ha ejercido“(…) en un área específica en forma continua o discontinua, por personas naturales o grupos de personas naturales o asociaciones sin título minero (...) y que, por las características socioeconómicas de estas y la ubicación del yacimiento, constituyen para dichas comunidades la principal fuente de manutención y generación de ingresos, además de considerarse una fuente de abastecimiento regional de los minerales extraídos” (negrilla fuera del texto).

En este sentido, el artículo 2º del Decreto 574 de 2020 excluye de su aplicación a un grupo poblacional que depende de la minería para mantener su subsistencia y que, por ende, requiere de protección constitucional; de hecho, esta población conforma un gran porcentaje del sector de producción minera. Al realizar un censo en 2011, el Ministerio de Minas y Energía encontró que el 84% de las unidades productoras mineras en el país eran informales¹¹⁶. A este respecto, si bien el Estado ha impulsado la formalización de la minería tradicional, es importante poner de presente que –conforme a cifras presentadas por la Defensoría del Pueblo y citadas por el departamento de derecho constitucional de la Universidad Externado como interviniente–, “(…) de las más de 3.600 solicitudes de títulos mineros realizadas en el marco del proceso de legalización contemplado en la Ley 685 de 2001, fueron aprobados menos del 1%”¹¹⁷ para el 2010. Asimismo, para el 2014, en el Programa de Legalización de la Ley 141 de 1994 “(…) fueron recibidas 3.006 solicitudes para legalización de minas en todo el país de las cuales se resolvieron alrededor de 900”¹¹⁸.

Finalmente, en 2015, la Gobernación de Antioquia asumió el compromiso de formalizar 800 unidades productoras mineras. De aquellas, sólo 150 unidades iniciaron este proceso, pero ninguna logró legalizar su actividad. Adicionalmente, conforme a lo afirmado por la Asociación de Mineros del Bajo Cauca, existían 1.200 unidades de explotación minera de carácter informal de las que dependían unas 45 mil personas, pero sostenían que la política de formalización no funcionaba¹¹⁹.

1. Este déficit de formalización de la minería tradicional, aunado a las medidas adoptadas por el Gobierno para enfrentar la crisis ocasionada por la propagación del COVID-19, lleva a los mineros tradicionales no formalizados y cuyo proceso de formalización depende del Estado, a encontrarse en una situación de vulnerabilidad, aún más cuando la minería es su medio de subsistencia. Por ende, la norma trata dos grupos poblaciones –mineros formalizados y no formalizados–, de forma diferencial sin razones que justifiquen dicha distinción. En consecuencia, entraña una segregación cuando, en su lugar, debió incluir expresamente a la población minera tradicional no formalizada, incluso al menos a quienes no se encuentran formalizados porque deben esperar los trámites y procedimientos que impulsa el propio Estado. Esto, con el fin de proteger a este grupo en situación de vulnerabilidad y garantizar su mínimo vital en medio de una crisis sanitaria y un contexto de aislamiento social.

El artículo 5º del Decreto Legislativo 574 de 2020 no cumple con los criterios de conexidad material y necesidad fáctica y jurídica

1. El artículo 5º del decreto establece medidas destinadas a capitalizar empresas de servicios públicos domiciliarios con participación mayoritariamente pública. Específicamente, cuando la Nación o alguna entidad territorial ya tenga participación en una de estas empresas, podrá capitalizar dividendos futuros. Además, las entidades territoriales también podrán usar recursos del Sistema General de Regalías.

Por su parte, el parágrafo 1° de la norma autoriza a la Nación a aportar como capital la propiedad accionaria que tenga en compañías del sector energético en las empresas de servicios públicos oficiales o mixtas.

1. Con el fin de exponer las razones por las cuales, a mi juicio, esta disposición es inconstitucional, es preciso recordar que, con anterioridad, el Gobierno Nacional y el Congreso han impulsado estrategias legislativas y administrativas para mantener a flote empresas que ahora serían beneficiarias del artículo bajo estudio. Por tal razón, la solución financiera de estas empresas, en principio, no puede adoptarse en el marco de facultades legislativas de excepción porque el debate democrático previo a mostrado las sensibilidades y las complejidades que el tema amerita.

Por ejemplo, en la región Caribe el Estado destinó un billón de pesos al funcionamiento del servicio público de electricidad; sin embargo, no fue suficiente para que los usuarios accedieran a un servicio efectivo y continuo. Por esa razón, el Gobierno tomó posesión de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., que proveía electricidad en la zona, y asumió su pasivo pensional. Tiempo después, ciertos congresistas impulsaron un proyecto de ley que buscaba “poner freno a la crisis de energía eléctrica de la Costa Caribe”. No obstante, dicho proyecto no fue debatido y, en cambio, en el Plan Nacional de Desarrollo de 2019, el Congreso adicionó una subsección 7 denominada “Equidad para la eficiente prestación del servicio público de energía en la costa caribe”. Las normas que la conforman buscan, entre otras cuestiones, obtener recursos para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas en toma de posesión y autorizar a la Nación a asumir directa o indirectamente el pasivo pensional y prestacional, así como las cuentas por cobrar de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. asociado al Fondo Empresarial¹²⁰.

Para argumentar la inclusión de esta subsección, distintos congresistas expusieron que, de

no hacerlo, se imposibilitaría la prestación de energía eléctrica en la costa Caribe. Además, indicaron que era necesario promulgar normas que permitieran solucionar los problemas económicos de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P, con el fin de evitar un impacto negativo en la economía del país, el empleo, la igualdad y el acceso al servicio de energía eléctrica. De hecho, lo calificaron como una deuda que se tenía con los colombianos sobre esta empresa de servicios públicos¹²¹.

De la situación descrita se extrae que el artículo 5º del Decreto Legislativo 574 de 2020 fue redactado en el mismo sentido que los remedios que han buscado los poderes Ejecutivo y Legislativo para aliviar la crisis eléctrica que sufre la región Caribe, la cual fue generada antes del inicio de la pandemia, no ha tenido nada que ver con la misma y no ha podido ser resuelta mediante mecanismos ordinarios. En razón a que no fue suficiente el capital que el Estado inyectó en Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P entre 2004 y 2014, el Gobierno ha asumido su pasivo pensional, la ha intervenido, ha establecido sobretasas con el fin de financiarla y ha posibilitado la constitución de patrimonios autónomos, fondos necesarios o sociedades por acciones¹²² para prestar el servicio de energía eléctrica en aquella zona. Estas acciones son, precisamente, medidas de capitalización tal como están descritas en la norma del decreto de emergencia analizado. Por consiguiente, no hay diferencia alguna entre los fines de unas disposiciones y otras.

1. Por lo anterior, el artículo 5º del Decreto 574 de 2020 no cumple con los requisitos de conexidad material y necesidad, por las razones que expongo a continuación.

1. Un estado de excepción surge de una alteración extraordinaria que exige una transformación temporal en las competencias del Ejecutivo¹²³. De esta manera, el Presidente se reviste a sí mismo de poderes legislativos, sin la mediación de otro poder. De ahí que su regulación constitucional y estatutaria se funde en un carácter reglado, excepcional y limitado de los estados de excepción.

Dicha regulación se encuentra en la Constitución y en la Ley 137 de 1994, la cual, entre otras cuestiones, establece que los decretos que expida el Presidente tendrán fuerza de ley y deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia. Precisamente, el juicio de conexidad material se evalúa desde dos puntos de vista: (i) la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente;¹²⁴ y (ii) el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia¹²⁵.

Por su parte, el juicio de necesidad¹²⁶, previsto en el artículo 11 de la Ley 137 de 1994, implica que las medidas adoptadas en el decreto legislativo sean indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Debe examinarse, de un lado, si las medidas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos (necesidad fáctica) y, de otro, la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional (necesidad jurídica).

1. Al examinar la normativa analizada, esta no cumple con el juicio de conexidad material. Los considerandos del decreto enuncian que es necesario (i) que fondos y empresas cuenten con herramientas que les permitan a las empresas de servicios públicos dar continuidad a su función; (ii) establecer condiciones con el fin de mantener la prestación del servicio de energía en zonas no interconectadas, de tal manera que no se limite su prestación, en tanto se adelantan procesos de formalización de activos; (iii) habilitar legalmente, y de manera transitoria, la posibilidad de tomar medidas especiales en estas materias; (iv) priorizar o racionar la prestación de los servicios de gas y electricidad en situaciones como la que actualmente atraviesa el país, y hacer más eficientes los trámites y procedimientos de los que depende la prestación de dichos servicios; y (v) contar con herramientas que permitan que los subsidios que se entreguen al servicio público del gas licuado de petróleo sea recibido por los usuarios.

Los anteriores considerandos no expresan las razones por las cuales la continuidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios deba materializarse con capitalización de dividendos, el aporte de acciones o la cesión de activos de propiedad de la Nación. De igual manera, si bien el Decreto 417 de 2020 enuncia la importancia de garantizar la prestación continua de servicios públicos domiciliarios, no especificaron que para ello fuera indispensable capitalizar empresas mixtas, asunto que, por el carácter definitivo de la medida, soluciona problemas financieros anteriores a la pandemia. En otras palabras, no existe una relación clara entre las causas que originaron la emergencia económica, social y ecológica y el artículo 5º del Decreto 574 de 2020. Esto, pues la medida de capitalización de empresas de servicios públicos domiciliarios busca solucionar problemas financieros anteriores a la crisis y la consecuente declaratoria del estado de excepción.

En este sentido, ninguna de las medidas establecidas en este artículo guarda una relación intrínseca y directa con las razones que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica ni con los argumentos que sustentaron la normativa analizada. Por el contrario, se trató de instrumentos de capitalización, de cesión de propiedad y de acciones del Estado que tienen un destinatario particular y que corresponden a decisiones que no pudieron concretarse en sede democrática, pues sólo podrían aplicarse a ciertas empresas de servicios públicos que actualmente encajan en los supuestos de la norma, como sería el caso de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., la cual atraviesa un problema complejo. Esta empresa ha sido beneficiaria de este tipo de medidas por causas ajenas a la declaratoria del actual estado de emergencia económica, social y ecológica. Algunas de ellas fracasaron durante el trámite de los mecanismos democráticos ordinarios o, una vez aprobados, resultaron insuficientes. Por tal razón, la emergencia económica no era el escenario pertinente para adoptar acciones que no fueron acogidas en tiempos de normalidad institucional. De este modo, el artículo 5º del decreto 574 de 2020 no cumple con el juicio de conexidad material.

1. En relación con el juicio de necesidad, el decreto no expone ninguna exigencia fáctica para capitalizar empresas de servicios públicos mixtas, cuya participación es, en parte, privada.

De igual forma, el decreto tampoco explica por qué debe modificarse el artículo 19 de la Ley 1530 de 2012, que establece que el Presupuesto de Ingresos del Sistema General de Regalías es distribuido a cada uno de los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como a los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o los productos derivados de los mismos. De este modo, debieron enunciarse las razones por las cuales se hacía imperioso distribuir el Presupuesto de Ingresos del Sistema General de Regalías directamente a empresas con participación privada.

De otro lado, el Gobierno Nacional no expuso las razones que daban cuenta de la necesidad de las medidas. De esta manera, la norma se torna en un mecanismo para, sencillamente, capitalizar empresas de servicios públicos que, por circunstancias ajenas y anteriores a la pandemia, no han tenido la capacidad de prestar sus servicios de forma efectiva y continua. A este respecto, recalco que los decretos de emergencia se expiden para enfrentar las causas que originan la declaración de un estado de excepción, de ahí que el decreto legislativo en comento debía limitarse a concretar medidas para enfrentar los complejos efectos del COVID-19. Por ningún motivo pueden transformarse en instrumentos expeditos para influir en situaciones inconexas con el estado de emergencia, aun cuando otras estrategias, tales como la toma de posesión, liquidación o asunción de pasivos pensionales y cuentas de cobro no han sido eficaces para salvaguardar el destino de empresas de servicios públicos.

1. Bajo ese entendido, el Gobierno Nacional no explicó la necesidad jurídica del instrumento de capitalización, particularmente, por qué no contaba con las herramientas dispuestas en el ordenamiento jurídico, como las intervenciones administrativas y demás acciones adoptadas por el Congreso. En conclusión, no determinó las razones por las cuales los instrumentos ordinarios eran insuficientes para garantizar la prestación del servicio público domiciliario durante la emergencia ocasionada por la pandemia, en especial, cuando su atención estaba en cabeza de empresas que tenían problemas financieros desde años atrás y ya habían sido beneficiarias de medidas de alivio económico. Por otro lado, el hecho de que la Corte

asumiera el control de esta disposición y hubiese declarado su exequibilidad, avaló la elusión de la deliberación democrática de dichas actuaciones gubernamentales, la cual había fracasado en oportunidades anteriores a la declaratoria del estado de emergencia económica.

1. En suma, el artículo 5º del Decreto 574 de 2020 no está relacionado con el estado de excepción actual y no es necesario para enfrentar la crisis. En primer lugar, no es una medida promulgada con ocasión de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica. De igual modo, los considerandos tampoco justifican por qué es primordial capitalizar empresas de servicios públicos. Por el contrario, es un intento por solucionar la crisis financiera generada por causas diferentes y anteriores a la pandemia; así las cosas, la norma no tiene conexión alguna con las causas que llevaron a la declaratoria del estado de excepción. En segundo lugar, la norma es reflejo de medidas análogas que el Gobierno y el Legislativo han adoptado previamente, con el fin de garantizar la prestación del servicio público de energía eléctrica en la región caribe. Por consiguiente, tampoco resulta necesaria para enfrentar las consecuencias de la crisis sanitaria. Antes bien, desde hace años los poderes Ejecutivo y Legislativo han acudido a las herramientas que prevé el ordenamiento jurídico para lograr la plena garantía de la prestación del servicio público de energía eléctrica.

De esta manera, dejo expresas mis razones para salvar parcialmente el voto en la Sentencia C-241 de 2020.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-241/20

FACULTADES CONCEDIDAS AL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA-No responden a los criterios de conexidad material externa, motivación suficiente y necesidad (Salvamento parcial de voto)

Es cierto que en general, una crisis como la ocasionada por la pandemia derivada del COVID-19 exige adoptar medidas especiales, no obstante, las mismas deben ser subsidiarias. La Sentencia C-241 de 2020 pasó por alto que existen disposiciones ordinarias que permiten hacer frente a los eventuales riesgos que sustentarían el estado de emergencia energética.

M.P. CARLOS BERNAL PULIDO

Referencia: Expediente RE-299

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 574 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas en materia de minas y energía, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”

Magistrado ponente:

Carlos Bernal Pulido

1. La Sentencia C-241 de 2020 estudió la constitucionalidad del Decreto legislativo 574 de 2020, “por el cual se adoptan medidas en materia de minas y energía, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. Acompañé la decisión adoptada por la Sala Plena en la mayoría de artículos; no obstante, salvo el parcialmente mi voto en relación con la exequibilidad de los artículos 9 y 10 del Decreto 574 de 2020. El artículo 9, a mi juicio, no supera los juicios de conexidad material, motivación suficiente y necesidad. El artículo 10, por su parte, debió ser condicionado para procurar que las amplias facultades que otorga al gobierno sean proporcionadas.

1. El artículo 9 habilita al Ministerio de Minas y Energía para declarar un “estado de emergencia energética” y le otorga la facultad de determinar “las acciones y regulaciones que se requieran para superar las circunstancias que la generaron”. La mayoría de la Sala argumentó que tal disposición se ajusta al marco constitucional de las normas dictadas en estados de emergencia apelando al deber estatal de garantizar la prestación continua y efectiva de los servicios públicos y a la afectación del sector de hidrocarburos por los efectos económicos de la pandemia. Además, se puso de presente que la excepcionalidad de la crisis actual justifica concebir medidas de regulación y coordinación del sector minero-energético que no brinda su marco jurídico ordinario.

1. Me aparto de la conclusión mayoritaria porque considero que la misma no responde a los criterios de conexidad material externa, motivación suficiente y necesidad. En primer lugar, advierto que si bien las afectaciones al sector minero energético por causa de la pandemia por el virus COVID-19 son imprevisibles, la configuración normativa que le permite al Ministerio de Minas y Energía declarar un estado de emergencia energética es en exceso amplia e indeterminada. Son múltiples las causas que pueden dar lugar a una crisis o emergencia energética, tanto así, que podrían ser ajenas a las razones que dieron origen al Estado de emergencia económica, social y ecológica declarado mediante el Decreto 417 del 17 de marzo 2020. Aunque la norma prevé límites para el ejercicio de esta facultad¹²⁷, no incluye ningún criterio en relación con las circunstancias que podrían dar lugar a la declaración de un estado de emergencia energética, por lo tanto, no quedó demostrada la conexidad directa y específica de tal disposición con las causas que dieron origen al estado de emergencia por la pandemia del COVID-19.

1. En sentido similar, el Gobierno no argumentó suficientemente la necesidad de permitir que el Ministerio de Minas y Energía declare el estado de emergencia energética que contempla el artículo 9 del Decreto legislativo 574 de 2020. La parte considerativa del decreto advierte que, debido a las situaciones excepcionales del país, “es necesario habilitar legalmente, y de manera transitoria, la posibilidad de tomar medidas especiales” en relación con la prestación de los servicios de energía, gas combustible y distribución de combustibles líquidos; sin embargo, no son claras las razones que justificarían una habilitación tan amplia e indeterminada como la prevista en el artículo 9. Es cierto que en general, una crisis como la ocasionada por la pandemia derivada del COVID-19 exige adoptar medidas especiales, no obstante, las mismas deben ser subsidiarias. La Sentencia C-241 de 2020 pasó por alto que existen disposiciones ordinarias que permiten hacer frente a los eventuales riesgos que sustentarían el estado de emergencia energética.

1. El artículo 67 de la ley 142 de 1994 consagra como una de las funciones del Ministerio de Minas y Energía la de “señalar los requisitos técnicos que deben cumplir las obras, equipos y procedimientos que utilicen las empresas de servicios públicos del sector, cuando la comisión

respectiva haya resuelto por vía general que ese señalamiento es realmente necesario para garantizar la calidad del servicio, y que no implica restricción indebida a la competencia”. De otra parte, el artículo 74 de esa misma ley otorga a la Comisión de Regulación de Energía, entre otras, la facultad de “regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.”

1. La Ley 143 de 1994 también otorga facultades de regulación al Ministerio de Minas y Energía. En su artículo 2 dispone que “en ejercicio de las funciones de regulación, planeación, coordinación y seguimiento de todas las actividades relacionadas con el servicio público de electricidad, definirá los criterios para el aprovechamiento económico de las fuentes convencionales y no convencionales de energía, dentro de un manejo integral eficiente y sostenible de los recursos energéticos del país, y promoverá el desarrollo de tales fuentes y el uso eficiente y racional de la energía por parte de los usuarios.” El artículo 20 de esa misma Ley señala que “en relación con el sector energético la función de regulación por parte del Estado tendrá como objetivo básico asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio. Para el logro de este objetivo, promoverá la competencia, creará y preservará las condiciones que la hagan posible.”

1. Pues bien, la Sentencia C-242 de 2020 no estudió el contenido de tales disposiciones ordinarias ni justificó por qué serían insuficientes para hacer frente a una eventual emergencia energética. Sobre este punto se limitó a advertir que la facultad otorgada al Ministerio de Minas y Energía para declarar un estado de emergencia energética permitiría condensar esas potestades en una sola entidad; argumento que encuentro insuficiente para dar por superado el juicio de necesidad jurídica. Así entonces, considero que el artículo 9 (i)

no está directamente relacionado con las causas que dieron origen al estado de emergencia, (ii) no fue suficientemente motivado y (iii) no era jurídicamente necesario; por ello, debió ser declarado inexecutable.

1. De otra parte, el artículo 10 permite al Ministerio de Minas y Energía definir esquemas de priorización, atención y/o razonamiento de la demanda de combustibles líquidos, biocombustibles y sus mezclas, cuando se presenten insalvables restricciones en la oferta de combustibles líquidos, no transitorias, que impidan la prestación continua del servicio de abastecimiento de tales combustibles. La Sentencia C-242 de 2020 argumentó que la ausencia de un límite temporal para dicha facultad supera el juicio de proporcionalidad porque su aplicación está limitada a la ocurrencia de situaciones extraordinarias y esas determinaciones serán susceptibles de control político y jurisdiccional. No obstante, considero que la constitucionalidad de este artículo debió condicionarse para indicar que esa facultad extraordinaria otorgada al Ministerio de Minas y Energía sólo podría ejercerse durante el término de duración del estado de emergencia económica, social y ecológica. Lo anterior porque, si bien es cierto que las características extraordinarias de la crisis generada por el COVID-19 impiden definir, de forma previa, el alcance de sus consecuencias en el tiempo; la legislación de emergencia debe atender a los asuntos específicos de su declaración. Aludir al carácter impredecible de los efectos de la emergencia para avalar amplias facultades que no serían temporales resulta desproporcionado, pues no es una respuesta equilibrada si no se ajusta a las causas que dieron origen a la misma.

1. En estos términos dejo plasmadas las razones por las que salvo parcialmente el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

SENTENCIA C-241/20

1. Con el debido respeto por las determinaciones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, presento las razones de mi aclaración de voto a la Sentencia C-241 de 2020. Esa decisión declaró la constitucionalidad de la totalidad del Decreto Legislativo 574 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas en materia de minas y energía, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. Este fue proferido bajo el estado de excepción decretado por la pandemia COVID-19.

1. En ese decreto se adoptaron varias medidas que fueron avaladas de manera incondicionada por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Sin embargo, considero que la compatibilidad constitucional de algunas de estas provisiones requería una justificación mayor en el marco de la excepcionalidad. De modo general, creo que la Corte no logró demostrar que varias de esas disposiciones excepcionales eran más conducentes que algunos mecanismos ordinarios que ya estaban previstos en el ordenamiento jurídico.

1. Por ejemplo, en relación con la suspensión de la obligación de pagar el canon superficiario que fue prevista en el artículo 1 de ese decreto, la Corte no demostró que tal disposición no se pudiera adoptar también al amparo de la figura de la suspensión de obligaciones establecida en el artículo 52 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas). Me parece que esta última facultad ordinaria permitía lograr -incluso con mayor rapidez, amplitud y eficacia- los mismos objetivos perseguidos con la norma de excepción.

1. Lo mismo puedo afirmar del apoyo -con el uso de los recursos de las regalías- que se dispuso exclusivamente a favor de los mineros inscritos (artículo 2). Esa norma excluyó a los mineros no inscritos. Ello me parece altamente inconveniente y contradictorio con la jurisprudencia constitucional que ha demostrado que los registros estatales son altamente falibles en esa materia¹²⁸. La Corte presumió, sin sustento probatorio, que las entidades territoriales también les entregarían recursos de las regalías a los mineros no inscritos. Creo que se ha debido incluir dentro de la población protegida por esa medida a los mineros tradicionales en proceso de formalización.

1. Una referencia especial merece la facultad para que el Ministerio de Minas y Energía declarara la emergencia eléctrica (artículo 9). En la sentencia se indica que esa medida supera el juicio de finalidad porque está directamente relacionada con la emergencia derivada del COVID-19. Sin embargo, la Corte también reconoce que el déficit nacional en la cobertura del servicio de la energía eléctrica es producto del histórico abandono estatal y la vulnerabilidad de sus habitantes.

1. Como he indicado en varias oportunidades, cuando una medida adoptada en los estados de excepción obedece a crisis estructurales o históricas, el control de constitucionalidad debe ser muy estricto. Me parece que la decisión mayoritaria debió considerar los antecedentes energéticos del país (las situaciones de emergencia energética de 1992 y 2016). Asimismo,

la sentencia omitió que, luego de la crisis de 1992, se creó el cargo por confiabilidad precisamente para evitar un desabastecimiento como el ocasionado en ese momento. De allí que los problemas energéticos del país -que se agravan progresivamente con el cambio climático y el fenómeno del niño- fueran previos y no producto de la situación del sector de los hidrocarburos en el marco de la pandemia.

1. Del mismo modo, me parece oportuno resaltar varias afirmaciones de la Sala Plena de las que disiento por el excesivo poder que le atribuyen al Gobierno en un estado de excepción. Por ejemplo, en la sentencia se indica que “el escrutinio de idoneidad sobre tales medidas debe ser débil, dado que pretenden atender una situación sin antecedentes en el país y, por lo mismo, sin certeza sobre sus mejores soluciones”¹²⁹. Creo que ese parámetro de flexibilidad no se deriva de la jurisprudencia de la Corte en el control de los estados de excepción.

1. Lo mismo ocurre cuando se indica que: “la Sala no considera que el Gobierno Nacional tuviera el deber de definir y explicar todo el detalle de esta habilitación, con miras a que la Corte Constitucional indagara, con meticulosa exigencia, si en el derecho ordinario existían herramientas suficientes y adecuadas para lograr los mismos fines”¹³⁰. Cuando se aplican parámetros como los que acabo de citar, la Corte renuncia a su función de analizar y evaluar la necesidad jurídica de una medida en relación con todo el ordenamiento jurídico. Es cierto que el Gobierno no tiene el deber de exponer por qué el ordenamiento jurídico ordinario es insuficiente, pero la Corte sí tiene la carga de analizar en sede de subsidiariedad o necesidad jurídica si la medida satisface o no esos parámetros.

1. Lo anterior me permite señalar -una vez más- que la Corte Constitucional es la encargada de poner las pausas y de introducir la cuota de calma institucional en tiempos de emergencia. El papel del tribunal es garantizar que se reduzcan las reacciones viscerales y se prefieran las reacciones estructurales. En fin, se trata de mantener a la sociedad fiel a sus principios en momentos en que estos son puestos en duda en nombre de la protección de la

vida o debido a una emergencia.

1. Este rol de la Corte Constitucional no es una decisión de quienes la integran. Se trata de un mandato que deriva directamente de los estrictos límites que la Constitución impone a los estados de excepción, de la exigente regulación de esos mecanismos establecida en la Ley Estatutaria 137 de 1994 y de la propia jurisprudencia constitucional.

1. En ese marco, considero de la mayor importancia destacar (una vez más y cuantas sea necesario) que los estados de excepción son de uso excepcional. El objetivo de las medidas adoptadas durante su vigencia debe ser la protección de los derechos humanos y la restauración de la normalidad constitucional. Un estado de excepción que consolida la excepcionalidad es, por definición, contrario al sistema constitucional. Además, recuerda el legado de abuso de la figura del estado de sitio durante el siglo xx contra el que claramente reaccionó el constituyente de 1991.

1. De manera que encuentro necesario aclarar el voto para indicar que la Corte Constitucional debió analizar si estaban dadas las condiciones para que el Gobierno dejara de propiciar la excepcionalidad y cumpliera su deber de fomentar un retorno a la normalidad constitucional en todos los ámbitos, incluido, por supuesto, el minero energético.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

1 El Decreto Legislativo 417 de 2020 fue declarado exequible mediante la sentencia C-145 de 2020.

2 En intervención posterior, allegada el 21 de mayo de 2020, la Secretaría Jurídica de la Presidencia reiteró sus argumentos, particularmente, en torno a la necesidad de fortalecer el suministro de energía eléctrica en zonas no interconectadas mediante la cesión de activos de la Nación.

3 Intervención del 19 de mayo de 2020.

4 Intervención del 19 de mayo de 2020.

5 Intervención allegada el 21 de mayo de 2020.

6 Intervención allegada el 21 de mayo de 2020.

7 Intervención allegada el 21 de mayo de 2020.

8 Intervención allegada el 21 de mayo de 2020.

9 Intervención allegada el 21 de mayo de 2020.

10 Intervención allegada el 21 de mayo de 2020.

11 Así, señaló que, al 7 de mayo de 2020, el total de usuarios en mora en el sector de energía aumentó en 4.8%, lo cual representa un incremento por \$195 mil millones en la cartera por cobrar de las empresas comercializadoras de Energía. Esta cifra corresponde a un promedio del 9% de la facturación total del sector, pero hay empresas que, por el sector poblacional atendido, soportan una disminución del recaudo de hasta el 20% de la facturación. Además, las medidas consistentes en reconectar sin costo los servicios de energía, diferir el pago de facturas en mora y abstenerse de desconectar usuarios morosos imponen a las empresas comercializadoras una carga financiera para la cual no estaban preparadas, en la medida en que su remuneración no contempla niveles de recaudo tan

bajos como los esperados.

13 En este punto, el interviniente reitera el concepto que ofreció respecto de la constitucionalidad del artículo 4 (num. 4) del decreto 444 de 2020 (Expediente RE-238).

14 Intervención allegada el 21 de mayo de 2020.

15 Intervención allegada el 21 de mayo de 2020.

16 Intervención allegada el 11 de mayo de 2020.

17 Intervención allegada el 21 de mayo de 2020.

18 Intervención allegada el 8 de mayo de 2020. Esta intervención hace parte del trabajo de un grupo de 19 estudiantes de derecho de la Universidad de los Andes y de varios de sus profesores, bajo la coordinación de la proferora Isabel Cristina Jaramillo.

19 Intervención allegada el 1° de mayo de 2020.

20 Intervención allegada el 18 de mayo de 2020.

21 Este aparte se fundamenta, entre otras, en las consideraciones contenidas en la sentencia C-466 de 2017, de allí que varios de sus apartados correspondan a transcripciones literales de ella.

22 Corte Constitucional, sentencia C-216 de 1999.

23 La construcción de este aparte se fundamentó en las consideraciones contenidas, entre otras, en las sentencias C-465, C-466 y C-467 de 2017, de allí que varios de sus apartados correspondan a transcripciones literales de dichas providencias.

24 Sobre el juicio de finalidad, Corte Constitucional, sentencias C-146, C-172, C-224, C-225 y C-226 de 2009; C-218, C-223, C-224, C-225, C-227, C-240 y C-241 de 2011; C-672/15, C-409, C-434, C-437, C-465, C-466 y C-467/17.

25 Ley 137 de 1994. Art. 10. "Finalidad. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la

perturbación y a impedir la extensión de sus efectos”.

26 Al respecto, Corte Constitucional, sentencias C-145, C-172, C-224 y C-225/09; C-884, C-911 y C-912/10; C-193, C-218, C-222, C-223, C-224, C-225, C-227, C-240, C-241, C-242/11; C-672/15; C-409, C-434, C-437, C- 465, C-466, C-467, C-468 y C-517/17.

27 Ley 137 de 1994. Art. 47. “Facultades. En virtud de la declaración del Estado de Emergencia, el Gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado”.

28 Sobre este tema, Corte Constitucional, sentencias C-225/09; C-223, C-224, C-227, C-241/11; C-409, C-434, C-466 y C-467/17.

29 Ver sentencias C-224 y C-225/09; C-224, C-227, C-241/11; C-409 de 2017, C-434, C-466 y C-467/17.

30 El juicio de intangibilidad ha sido desarrollado por esta Corte en las sentencias C-136, C-145, C-224, C-225/09; C-884, C-911, C-912/10; C-219, C-224, C-226, C-227, C-240, C-241/11; C-409, C-434, C-466 y C-467/17.

31 Ver sentencias C-224, C-225/09; C-224, C-227, C-241/11; C-409, C-434, C-466 y C-467/17.

32 Esta Corte se ha referido a la necesidad de motivar las incompatibilidades en las sentencias C-136 y C-146, C-225/09; C-218, C-223, C-224, C-225, C-22/11; C-671, C-672/15; C-409, C-434, C-437, C-466 y C-467/17.

33 El artículo 12 de la LEEE dispone que “Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción”.

34 Al respecto se ha referido esta Corte en las sentencias C-146, C-172, C-224, C-225 y C-226/09; C-884, C-911, C-912/10; C-193, C-218, C-224, C-225, C-226, C-227, C-240, C-241/11; C-671, C-672/15; C-409, C-434, C-437, C-465, C-466 y C- 467/17.

35 El artículo 11 de la LEEE dispone que “Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente”.

36 Sobre el juicio de proporcionalidad, sentencias C-136, C-145, C-146, C-172, C-224, C-225, C-226/09; C-884, C-911, C-912/10; C-193, C-218, C-219, C-222, C-223, C-224, C-225, C-226, C-227, C-240, C-241/11; C-671/15; C-409, C-434, C-437, C-466 y C-467/17.

37 El artículo 13 de la LEEE dispone que “Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar. La limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad”.

38 Al respecto, sentencias C-136, C-146, C-224, C-225/09; C-224, C-227, C-241/11; C-671, C-672/15; C-409, C-434, C-437, C-466 y C-467/17.

39 Artículo 14. No discriminación. “Las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción, no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica (...)”.

40 Ley 685 de 2001 (Código de Minas) artículo 230.

41 Según el artículo 2.2.5.1.5.3. del Decreto 1666 de 2016, “Por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía”, la minería de subsistencia es aquella desarrollada por personas naturales que se dedican a la extracción, a cielo abierto, de metales preciosos, piedras preciosas, arenas y gravas de río y arcillas, por medios y herramientas manuales, sin la utilización de ningún tipo de equipo o maquinaria.

42 La Ley ha habilitado la explotación minera mediante figuras diferentes al título minero, dentro de las que se encuentran: (i) el subcontrato de formalización minera, (ii) el área de Reserva Especial, (iii) la legalización de hecho y (iv) la legalización de minería tradicional. El informe del Ministerio de Minas y Energía, anexo a la intervención de la Presidencia de la República, incluye un cuadro de resumen de estas figuras a fl. 79.

43 El aislamiento preventivo obligatorio, ordenado en los Decretos 457, 531 y 593 de 2020,

limita la libre circulación de personas en todo el territorio nacional y admite una sola excepción para el sector minero: podrán circular las personas que desarrollen “las actividades estrictamente necesarias para operar y realizar los mantenimientos indispensables de minas que por la naturaleza de su proceso productivo requieran mantener su operación ininterrumpidamente.

44 En su intervención, los ciudadanos Filipo Burgos Guzmán y Jessika Mariana Barragán López, en calidad de miembros del Instituto de Estudios Constitucionales de la Universidad Externado de Colombia, solicitan que se declare: (i) la exequibilidad condicionada de la palabra “podrán”, en el entendido de que los recursos provenientes de regalías por comercialización de mineral sin identificación de origen de los que habla el Decreto deben ser destinados a la implementación de medidas de atención y ayuda humanitaria a mineros de subsistencia; y (ii) la inexequibilidad del aparte “la minería pequeña, mediana”, ya que estos criterios obedecen, según el artículo 2.2.5.1.5.4. del Decreto 1666 de 2016, al número de hectáreas otorgadas en un título minero y no a inestabilidad económica propia de la minería de subsistencia que justifica la destinación de recursos.

45 En desarrollo del estado de excepción declarado mediante el Decreto 417 de 2020, el Gobierno Nacional ha dispuesto la entrega de transferencias monetarias no condicionadas a población vulnerable. Entre otros, los Decretos 418, 458 y 563 de 2020 autorizan giros de recursos a familias e individuos en pobreza y pobreza extrema, mediante programas de atención social ya existentes, o por medio de la creación de nuevos programas.

46 En la definición de “Minería de Subsistencia” se indica: “(...) 2. Se denomina así a la explotación de pequeña minería de aluvión, más conocida como barequeo, y a la extracción ocasional de arcillas, en sus distintas formas, y los materiales de construcción”. Por otra parte, el “Título minero de explotación” se define como “el derecho que tiene el titular de la licencia de exploración que ha sido clasificado en forma definitiva como de pequeña minería para convertir su título en licencia de explotación”. Por último, la “Minería informal” se define como aquella “Constituida por las unidades de explotación pequeñas y medianas de propiedad individual y sin ningún tipo de registros contables”. Agencia Nacional de Minería. Resolución 40599 de 2015.

47 En efecto, en su intervención del 19 de mayo de 2020, la Asociación Colombiana de

Minería indicó que el aplazamiento contribuye a la liquidez del sector, al retrasar la necesidad de crédito o de inversión para el pago del canon superficiario

48 El Decreto 513 de 2020, “Por el cual se establecen medidas relacionadas con el ciclo de los proyectos de inversión pública susceptibles de ser financiados con recursos del Sistema General de Regalías, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, contiene medidas para simplificar el ciclo de inversión de las regalías calificadas como asignaciones directas.

49 En su intervención del 21 de mayo, la Agencia Nacional de Hidrocarburos, señaló que esta medida garantiza que no se incurra en causal de incumplimiento de los contratos de concesión. De no existir una causa irresistible que le impida al contratista cumplir esta contraprestación, la autoridad minera debe iniciar las acciones sancionatorias previstas en la ley y el contrato para esta eventualidad. Es evidente que esto agravaría aún más la situación de las compañías.

51 La intervención del Instituto de Estudios Constitucionales de la Universidad Externado de Colombia solicita que se declare la exequibilidad condicionada del aparte “mineros de subsistencia inscritos”, en el entendido de que se entienden incluidos todos los mineros de (sic) tradicionales en proceso de formalización frente a la administración, que por razones ajenas a su voluntad aún no se encuentran en los registros oficiales”.

52 Ver la Sentencia C-259 de 2016.

53 Según el artículo 327 de la Ley 1955 de 2019, la inscripción de mineros de subsistencia en el Registro Minero está a cargo de la alcaldía del municipio donde se desarrolle la actividad.

54 Estos recursos conforman, junto con otros, el patrimonio de la Agencia Nacional de Minería, según el artículo 5° del Decreto 4134 de 2011. Como señaló, en su intervención, la Agencia Nacional de Minería, estos alivios económicos deben otorgarse con límites razonables, en aras de evitar una afectación excesiva de las arcas del Estado.

55 Según lo explicó la ANM, la consecuencia inevitable del no pago oportuno del canon superficiario es la declaratoria de caducidad del contrato, a la luz del artículo 112, sección d), de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas). Por lo tanto, quien no se encuentra al día con el

pago del canon, sino incurso en una sanción que afecta la vigencia del contrato, no estaría llamado a beneficiarse del aplazamiento previsto por la norma sub examine

56 Los Decretos Legislativos 441 y 517 de 2020 contienen medidas relativas a la reconexión de servicios públicos, prohibición de suspensión, y planes de amortización de pagos de las facturas de servicios públicos, entre otras estrategias de apoyo a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios.

57 El Fondo Empresarial de la SSPD es un patrimonio autónomo creado por el artículo 132 de la Ley 812 de 2003, con el fin de apoyar a estas empresas en sus procesos de liquidación, intervención o toma de posesión. Sus funciones y la composición de sus recursos están reguladas en el artículo 247 de la Ley 1450 de 2011 y en el Decreto 1924 de 2016.

58 Artículo 6° del Decreto Legislativo 517 de 2020: “Durante la vigencia 2020, el Ministerio de Minas y Energía podrá, siempre y cuando haya disponibilidad de caja y presupuestal para los fondos de subsidios: i) asignar subsidios de manera anticipada a las empresas comercializadoras energía eléctrica y de gas combustible respecto de sus usuarios estratos 1, 2 Y teniendo en cuenta proyecciones basadas en montos de subsidios históricos asignados a usuarios atendidos en su respectivo mercado comercialización; (ii) otorgar nuevos subsidios para usuarios estratos 1 y 2 del servicio público domiciliario de Gas Licuado de Petróleo, previa focalización de acuerdo con los resultados arrojados por el SISBEN en relación con el combustible usado para cocinar, en el mismo porcentaje aplicable que a los usuarios subsidiados actualmente y; iii) asignar los subsidios por menores tarifas correspondientes al año 2019 a las empresas comercializadoras, sin que sea necesario contar con una validación en firme los montos. En todo caso, el Ministerio de Minas y antes 31 diciembre 2020, deberá efectuar las conciliaciones y validaciones correspondientes a pagos de subsidios anticipados que se hayan efectuado. En caso de que el resultado de dichas conciliaciones y validaciones arroje un saldo a favor del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución Ingreso – FSSRI, el Ministerio de Minas y Energía podrá descontar dicho valor de los siguientes giros de subsidios a la empresa prestadora del servicio, que en todo caso deberá aplicarlos a los usuarios correspondientes. Lo dispuesto en artículo no será aplicable para empresas servicios públicos en liquidación, en razón a que con estas no podrá asegurarse el mecanismo de compensación de subsidios”.

59 Por capitalizar, según lo puntualizó el Ministerio de Minas y Energía, se entiende “la inyección de recursos a cambio de acciones, esto es, un aumento en la participación social en la empresa”.

60 Decreto Legislativo 441 de 2020, artículo 3º: “Durante el término de declaratoria de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19, en los términos y condiciones que se han señalado y las prórrogas que pueda determinar el Ministerio de Salud y Protección Social, los municipios, distritos y departamentos para asegurar el acceso de manera efectiva a agua potable, podrán destinar los recursos necesarios del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico (SGP-APSB) para financiar medios alternos de aprovisionamiento como carrotanques, agua potable tratada envasada, tanques de polietileno sobre vehículos de transporte, tanques colapsibles, entre otros, siempre que se cumplan con las características y criterios de la calidad del agua para consumo humano señalados en el ordenamiento jurídico”.

61 Decreto Legislativo 517 de 2020, artículo 7º: “Asunción del pago de servicios públicos por entidades territoriales. Durante el término de declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por causa de la Pandemia COVID-19, las entidades territoriales podrán asumir total o parcialmente el costo de los servicios públicos de energía eléctrica o de gas combustible de los usuarios dentro de su jurisdicción”.

62 Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2020. Señaló la Corte: “Aunque esta Corporación manifestó en principio que las razones de la emergencia no son suficientes para que bajo su amparo se aborde la solución de problemas crónicos y deba el Gobierno adelantar dos líneas de acción (las de emergencia y las ordinarias), expuso que “no descarta la eventualidad de (...) casos en los que sea posible atender concomitantemente las dos dimensiones del problema, sin afectar el principio de especificidad, cuando la respuesta prevista para atender la coyuntura aporta, al mismo tiempo, una solución definitiva”. Agregó que las facultades del estado de emergencia solo pueden proyectarse en lo estructural cuando se acredite que es una condición necesaria para la atención inmediata de la crisis”.

63 En respuesta al cuestionario formulado por el Magistrado sustanciador, el MME informó que, durante el mes de abril, el recaudo de las ESPD de energía eléctrica cayó en un 30% para estratos 1, 2 y 3. También, indicó que el aumento de las tasas de desempleo permite

prever una caída pronunciada en el recaudo mientras se supera la crisis. Fl.85.

64 A folio 36 de su intervención, la SSPD señaló que “exigir la constitución de una garantía para la constitución de una operación de financiación representa una carga financiera y operativa que no es posible asumir en una situación de crisis donde lo más importante es poder contar con los recursos financieros para que el prestador pueda asegurar la prestación del servicio de manera eficiente y oportuna a los usuarios finales”.

65 En su intervención del 21 de mayo, la Agencia Nacional de Hidrocarburos informó que, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 99.3 de la Ley 142 de 1994, se implementó un plan piloto para entregar los subsidios de GLP mediante un aplicativo móvil en el que los operadores de vehículo repartidor registran el cilindro entregado para que se les gire la porción subsidiada del precio. Sin embargo, informó que en las actuales circunstancias, la adquisición de los equipos móviles y la capacitación de los operadores en todo el país implicaría que los subsidios no se entreguen de forma oportuna a la población beneficiaria de los mismos “que particularmente, es la población más vulnerable, ya que son aquellos que por lo general son los usuarios directos de estos servicios”.

66 El artículo 7° del Decreto Legislativo 517 de 2020 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-187 de 2020.

67 Según la información que suministró el Gobierno Nacional, al corte 2017 la deuda oficial de las entidades territoriales por concepto de energía eléctrica ascendía a \$470 mil millones. Intervención presentada por la Presidencia de la República el 21 de mayo de 2020. Fl 92.

68 El artículo 227 de la Ley 1753 de 2015, autoriza al Fondo Empresarial para financiar a las empresas en toma de posesión a fin de “salvaguardar la prestación del servicio a cargo de la empresa en toma de posesión”.

69 Según lo dispuesto en el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, “las utilidades de las empresas industriales y comerciales societarias del Estado y de las sociedades de economía mixta del orden nacional, son de propiedad de la Nación en la cuantía que corresponda a las entidades estatales nacionales por su participación en el capital de la empresa”.

70 Según lo dispuesto en el artículo 360 superior, corresponde a la ley determinar la distribución, fines, administración y ejecución, entre otros, de los recursos que integran el SGR.

71 Por efecto de lo dispuesto en el artículo 150.9 de la Constitución Política, la enajenación de los bienes de la Nación debe ser autorizada por la ley.

72 El artículo 99.3 de la Ley 142 de 1994 señala que “el reparto [de los subsidios] debe hacerse entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura que éste debe cancelar, conforme a lo dispuesto en esta Ley y en las Ordenanzas y Acuerdos según el caso”.

73 El artículo 11 de la Ley 1176 de 2007, modificado por el artículo 280 de la Ley 1955 de 2020, permite este gasto únicamente a municipios de 5° y 6° categoría.

74 Sentencias C-632 y C-392 de 1996 reiteradas en la Sentencia C-1260 de 2001.

75 En Sentencia C-736 de 2007, la Corte Constitucional concluyó que las empresas de servicios públicos mixtas son parte de la rama ejecutiva en el sector descentralizado.

76 Constitución Política, “Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

77 El artículo 22 de la Ley 1530 de 2012 determina que los recursos del SGR no podrán financiar gastos permanentes.

78 En la sentencia C-254 de 2020, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 5° del Decreto Legislativo 513 de 2020 que autoriza a las entidades territoriales el uso de los recursos del SGR para proyectos que tengan por objeto: (a) enervar y evitar el agravamiento de la emergencia e impedir la extensión de sus efectos y, en particular, (b) garantizar la efectiva continuidad y calidad en la prestación de servicios públicos.

79 Sentencias C-253 de 2017 y C-020 de 2018.

80 El Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia solicitó la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 5° del Decreto 574 de 2020. Ver párrafo 15.

81 Según el artículo 287 de la Ley 1955 de 2019, “el Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica en ZNI es el transporte de energía eléctrica desde la barra de entrega de energía de un Generador al Sistema de Distribución hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. El suministro de energía eléctrica a un domicilio mediante soluciones individuales de generación también se considera, servicio público domiciliario de energía eléctrica en ZNI”.

82 Por zonas no interconectadas, según la Ley 855 de 2003, se entienden “los municipios, corregimientos, localidades y caseríos no conectados al Sistema Interconectado Nacional –SIN”. El SIN es el sistema compuesto por los siguientes elementos conectados entre sí: las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, las redes de distribución y las cargas eléctricas de los usuarios. Ver: CREG- Comisión de Regulación de Energía y Gas, Resolución No. 51 del 14 de abril de 1998.

83 Verbigracia, el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Leticia en el Amazonas, Capurganá en el Chocó, Puerto Carreño en el Vichada y Mitú en el Vaupés. Ver: CREG- Comisión de Regulación de Energía y Gas, Definición de Zonas No Interconectadas, recuperado el 14 de mayo de 2020 de <https://www.creg.gov.co/sectores/energia-electrica/zonas-no-interconectadas>.

84 Ibídem.

85 Según el artículo 2.2.3.3.1.1. del Decreto 1073 de 2015 el PRONE es un mecanismo para i) la legalización de usuarios que ya cuentan con el servicio público de energía eléctrica, aunque de manera informal, y ii) la adecuación de las redes a los reglamentos técnicos vigentes.

86 Según el artículo 4° del Decreto 1122 de 2008, por el cual se reglamenta el FAER, el objetivo de este fondo es “financiar planes, programas o proyectos de inversión priorizados para la construcción e instalación de nueva infraestructura eléctrica en las zonas rurales interconectadas, que permita ampliar la cobertura y procurar la satisfacción de la demanda de energía”.

88 Según el Artículo 288 de la Ley 1955 de 2019, las entidades territoriales o entes prestadores del servicio que soliciten recursos del FAZNI o al IPSE para la implementación de soluciones energéticas, deberán ejecutar de forma directa o indirecta su administración, operación y mantenimiento, garantizando su sostenibilidad, durante el tiempo que se indique en el respectivo contrato. Si transcurridos seis meses a la terminación de la implementación de la solución energética, la entidad territorial o el prestador del servicio no recibe la infraestructura y no ha gestionado su administración, operación y mantenimiento, se generan las siguientes consecuencias: (i) el contrato se termina de forma unilateral por la entidad contratante (ii) se inicia la búsqueda de prestadores del servicio u operadores de red de la región (iii) la empresa o entidad territorial incumplida no podrá volver a acceder a recursos de Fazni o del IPSE, por los siguientes cuatro años al no recibo de la solución, (iv) esta sanción podrá ser reemplazada con el pago de una compensación en dinero.

89 La jurisprudencia constitucional ha interpretado el juicio de finalidad en el sentido de que las medidas adoptadas en desarrollo del estado de excepción deben guardar una relación de causalidad con los motivos que generaron la declaratoria de la emergencia, o sus efectos. Para que sea admisible que las medidas adoptadas en ejercicio de las facultades del estado de emergencia se proyecten en el ámbito de lo estructural es preciso que estas correspondan a condiciones necesarias para la atención inmediata de la crisis. Sentencia C-242 de 2011, reiterada por la Sentencia C-145 de 2020.

90 El Ministerio de Minas y Energía indicó que dos de las causas advertidas en la declaratoria del estado de emergencia afectan también la financiación de proyectos del FAZNI: i) el

aumento de la TRM incide de forma directa en el aumento de los costos de los materiales, baterías e insumos de las soluciones energéticas, que corresponden al 40% del costo total de las soluciones; ii) el descenso de la demanda de energía reduce el recaudo de recursos que nutren el FAZNI y el FAER, dado que, según los artículos 81 de la Ley 633 de 2000 y 105 de la Ley 788 de 2002 por cada kilovatio hora despachado en la Bolsa de Energía Mayorista se recauda un peso (\$1) para el FAZNI y un peso (\$1) para el FAER.

91 El Gobierno Nacional explicó que la autorización del artículo 3° permite financiar proyectos para ampliar el servicio de energía eléctrica a aproximadamente a 500.000 usuarios que aún no gozan del mismo y que pertenecen a los segmentos de la población en mayor vulnerabilidad económica.

92 En condiciones ordinarias, la operación de un activo eléctrico de propiedad de la Nación o de los entes territoriales en ZNI exige una entrega formal del activo para que el operador sea responsable de la administración, operación y mantenimiento de la infraestructura y garantice la prestación del servicio de energía con cargo a la tarifa. Según explicó el Ministerio de Minas y Energía, el incumplimiento de esta formalización “podría implicar que la empresa prestadora del servicio público de energía eléctrica en una Zona No Interconectada sea removida del Sistema Único de Información de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”, lo que conlleva un riesgo para la continuidad del servicio. Las restricciones de movilidad derivadas del aislamiento obligatorio afectan la posibilidad de adelantar de forma oportuna estas entregas.

93 Sentencia C-712 de 2002, reiterada en la Sentencia C-027 de 2016.

94 En su intervención del 21 de mayo de 2020, la Secretaria Jurídica de la Presidencia manifestó que esta cesión de activos es un subsidio indirecto o implícito pues no será trasladado a los usuarios mediante la tarifa.

95 El artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994 establece que “Las Entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios y que en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte figure este valor. Las Comisiones de Regulación establecerán los mecanismos necesarios para garantizar la reposición y mantenimiento de estos bienes.” Lo dispuesto en el presente artículo no es

aplicable cuando se realice enajenación o capitalización de dichos bienes o derechos”.

96 Por “insalvables restricciones”, el MME entiende aquellas “situaciones que impidan la producción, refinación, transporte o distribución de combustibles a nivel nacional y limiten la disponibilidad de combustibles que garantice el abastecimiento de la totalidad de la demanda en algunas regiones del país o para algunos sectores o actividades económicas”. La transitoriedad de estas restricciones la definirá dicho Ministerio con base en diversas variables de orden técnico. Entre estas, dicha cartera señala: (i) el tiempo en el cual se puede normalizar la operación porque se atendió la situación o evento que provocó la afectación al abastecimiento de combustibles y (ii) los niveles de inventarios disponibles en cada centro de consumo y a lo largo de la cadena de suministro de combustibles líquidos que permitan sostener el origen y solución de la restricción.

97 “Por el tiempo de la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la Pandemia derivada del Coronavirus COVID-19”.

98 Ley 26 de 1989, “por medio de la cual se adiciona la Ley 39 de 1987 y se dictan otras disposiciones sobre la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo”. Artículo 8º. “El patrimonio del Fondo de Protección Solidaria, “Soldicom”, estará conformado por: (a) El 0.5% del margen de rentabilidad señalado por el Gobierno al distribuidor minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo por cada galón de gasolina, el cual será retenido a todo minorista en la forma que indique el Gobierno Nacional”.

99 De esta manera, la norma objeto de modificación temporal queda así: Ley 26 de 1989, artículo 8: “El patrimonio del Fondo de Protección Solidaria, “Soldicom”, estará conformado por: a) El 0.5% del margen de rentabilidad señalado por el Gobierno al distribuidor minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo por cada galón de gasolina y/o ACPM, el cual será retenido a todo minorista en la forma que indique el MME”.

100 En respuesta al cuestionario formulado por el Magistrado sustanciador, el Ministerio de Minas informó que “las medidas adoptadas a nivel global para controlar la pandemia de Coronavirus (Cierres de frontera, prohibición de vuelos nacionales e internacionales, toques de queda, aislamiento preventivo obligatorio, implementación de teletrabajo, entre otras) han implicado proyecciones lógicas de contracción en las demandas de todo tipo de combustibles mayores al 50% (...) Como agravante de la situación, tiene que analizarse el

hecho de los agentes de la cadena deban disminuir drásticamente la ejecución de sus actividades para obtener un equilibrio financiero”.

101 El Gobierno señaló que la caída mundial de la demanda de combustibles, sumada a la guerra de precios que ha generado la reducción dramática del valor del crudo, generan problemas en la cadena de suministro. Estos problemas comprenden la insuficiencia del almacenamiento, el funcionamiento intermitente de las refinerías y los sistemas de transporte y la reducción de la operación de los comercializadores.

102 Artículos 2° de la Ley 142 de 1994 y 88 de la Ley 143 de 1994.

103 En esta materia, la Ley 26 de 1989 solo habilita al Gobierno para adoptar medidas para determinar elementos que influyan en la mejor prestación del servicio público.

104 Ley 1955 de 2019, artículo 35, párrafo 2°: “Dado que el sector de biocombustibles tiene relación directa con el sector agrícola y tiene un efecto oxigenante en los combustibles líquidos, el porcentaje de biocombustibles dentro de la mezcla de combustibles líquidos deberá ser regulado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el MME”.

105 Según el Gobierno Nacional, “no es posible determinar el plazo en el que se superarían las condiciones de emergencia debido a que en ella confluyen múltiples factores (...) tanto a nivel nacional como internacional, que deben superarse en conjunto para considerar la vuelta a la normalidad del mercado de crudo y su refinación”. Intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, FI 103.

106 Intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, FI 105.

107 Según el Ministerio de Minas y Energía, tales situaciones de grave riesgo podrían ser: (i) Problemas en la cadena de suministro y abastecimiento. (ii) Problemas de operación en las plantas térmicas, si se limita la oferta de gas o diésel, lo que redundaría en “efectos adversos para la generación de energía eléctrica, y/o en un alza abrupta de precios de la energía”. (iii) “No disponibilidad de las plantas de refinerías, sistemas de transporte o plantas de abastecimiento y en general de la infraestructura”, por las medidas sanitarias y sus efectos sobre la economía. (iv) Reducción de los niveles de demanda, que afecten la operación y

colapsen los almacenamientos que se encuentran disponibles. (v) “Agotamiento de los niveles de inventario mínimos, requeridos para la operación de los sistemas de transporte y que garanticen la disponibilidad de producto requeridos por los consumidores finales”. (vi) Baja de los precios del petróleo, cierre de pozos de producción, bajos niveles de carga de crudo de las refinerías, niveles mínimos operativos de transporte por poliducto, altos inventarios y baja disponibilidad de capacidad de almacenamiento de combustibles, todo lo cual puede afectar la operación de la cadena de suministro y poner “en riesgo la continuidad en la prestación del servicio de distribución de combustibles líquidos”. (vii) Fallas en las actividades del sector energético, que ponen en riesgo el servicio, “de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, derivado de la imposibilidad de obtención de autorizaciones o terminación de trámites, de inexistencia de insumos necesarios para actividades productivas”.

108 Sobre las “acciones y regulaciones” que menciona el artículo, el Gobierno, en su intervención, explicó que “serán aquellas normas específicas que se refieren a la prestación de dichos servicios públicos, así como a las acciones en cabeza del Ministerio de Minas y Energía, sus entidades adscritas y otras entidades estatales relacionadas con el suministro de los mismos, de forma que a partir de actuaciones coordinadas, se puedan solucionar aquellos aspectos que estén generando un riesgo objetivo y grave para la continuidad de los servicios públicos”.

109 Según lo informado por el Gobierno Nacional, en los eventos en que la energía hidroeléctrica es insuficiente, la energía se produce por plantas térmicas que demandan una oferta continua de gas natural o diésel. Un problema grave en la cadena de suministro de estos productos impactaría la generación de energía, aumentaría los precios de este servicio y, por consiguiente, el acceso efectivo a él.

110 El párrafo 2° del artículo 9° del Decreto sub examine habilita de forma amplia al MME para determinar “las acciones y las regulaciones requeridas para superar las circunstancias que generaron la declaratoria de dicha Emergencia Eléctrica” y a continuación advierte, a modo de enunciación, una circunstancia específica respecto de la cual debe ejercerse la habilitación: las situaciones que puedan poner en riesgo proyectos de energía eléctrica, gas

combustible y distribución de combustibles líquidos.

111 Por lo demás, no es la primera norma de rango legal que contiene una autorización de esta naturaleza, sin que suponga el traslado de facultades legislativas. Por ejemplo, el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015 contiene una disposición similar pero en materia de emergencia sanitaria.

112 Decreto 1073 de 2015, artículo 2.2.5.4.1.1.1.3.

113 Ibidem, artículo 2.2.5.4.1.1.1.6.

114 Ibidem, artículo 2.2.5.4.1.1.1.8.

115 Ibidem, artículo 2.2.5.4.1.1.1.9.

116 Ministerio de Minas y Energía. (2012). Censo minero departamental colombiano 2010-2011, <https://www.minminas.gov.co/>

117 DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2010). “La Minería de Hecho en Colombia, Defensoría del Pueblo de Colombia, delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente”. Pág. 24. Disponible en: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F11B784C597AC0F005257A310058CA31/%24FILE/La-miner%C3%ADa-de-hecho-en-Colombia.pdf URL 4/08/2020.

118 MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA (2014). Política Nacional Para La Formalización de La Minería en Colombia, Ministerio de Minas y Energía. Pág.17. Disponible en: <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/581708/DocumentoPoliticaVersionFinal.pdf/9fd087db-7849-4728-92ff-6e426acccf9c> URL 4/08/2020.

119 BETANCUR, María Soledad (2019). Minería del oro, territorio y conflicto en Colombia. Bogotá: Heinrich-Böll-Stiftung. Página 23. Disponible en:

<https://www.germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/Studie%20MINERÍA%20DEL%20ORO%2C%20TERRITORIO%20Y%20CONFLICTO%2%A0EN%20COLOMBIA%2C%202019.pdf> URL 4/08/2020.

120 En relación con este asunto, Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. es la empresa que, en

los últimos años, ha proveído a la costa Caribe de electricidad. De 2004 a 2014, el Estado destinó \$1 billón de pesos a su funcionamiento, para el momento, según un estudio del Observatorio de Energía de la Universidad Nacional, esta compañía era la empresa del sector que más subsidios del Estado recibía. Sin embargo, el mal servicio y la alta morosidad, cercana a \$1.6 billones de pesos, la llevaron al borde del cortocircuito financiero.

Por lo anterior, en el 2016 el Gobierno nacional tomó posesión de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. . Esto porque, a pesar de que el Gobierno adelantó diálogos con la accionista mayoritaria de la empresa -Gas Natural Fenosa-, no encontraron una solución a la crisis. Esta toma de posesión fue ordenada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mediante la Resolución No. 20161000062785 del 14 de noviembre de aquel año, la cual buscaba asegurar la prestación del servicio de energía eléctrica en los departamentos abastecidos por Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. : Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena y Sucre.

Posteriormente, el Gobierno empezó a buscar un nuevo oferente que tuviera la capacidad de proveer el servicio de electricidad en la costa Caribe. Para ello, se comprometió a asumir el pasivo pensional de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. a largo plazo por \$1.2 billones de pesos, con el fin de proteger a los trabajadores y extrabajadores de la empresa, mejorar su estructura financiera y hacerla más atractiva para futuros inversionistas. En medio de este proceso, el 29 de agosto de 2018, los senadores José David Name y David Barguil radicaron un proyecto de ley que buscaba “poner freno a la crisis de energía eléctrica de la Costa Caribe”. Específicamente, el proyecto proponía distribuir el recaudo por concepto del Cargo de Confiabilidad, destinar el 30 % de la contribución a proyectos de inversión para garantizar la prestación del servicio de energía y facultar al Ministerio de Minas y Energía para regular lo relativo a la ejecución de estos recursos. Respecto al Cargo de Confiabilidad, se asignaría 20 % para los subsidios de energía de los estratos 1 y 2, 50 % para la financiación del mantenimiento de las plantas termoeléctricas e inversiones que contribuyan a reducir la huella de carbono de generación eléctrica, y 30 % a financiar proyectos de inversión que garantizaran la confiabilidad y estabilidad del Sistema Eléctrico Nacional, definidos como prioritarios por el Ministerio de Minas y Energía.

No obstante, en lugar de debatir este proyecto en el Congreso, en el Plan de Desarrollo 2018-2022 (Ley 1915 de 2018), la Rama Legislativa consignó una subsección 7 denominada

“Equidad para la eficiente prestación del servicio público de energía en la costa caribe”. El artículo 312 adopta medidas de financiamiento al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Asimismo, el artículo 313 crea una sobretasa nacional de cuatro pesos moneda legal colombiana por kilovatio hora de energía eléctrica consumido, la cual es destinada al pago de obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión. También, el artículo 314 establece que, del 1 de enero de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2022, se autoriza el cobro de una contribución adicional a la regulada al artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Dicha contribución se cobrará a favor del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La norma siguiente autoriza a la Nación a asumir directa o indirectamente el pasivo pensional y prestacional, así como el pasivo de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. asociado al Fondo Empresarial. Para tal efecto, la Nación podrá constituir patrimonios autónomos, fondos necesarios o una o más sociedades por acciones cuyo objeto principal sea adelantar operaciones actualmente realizadas por Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. . El artículo 316 establece que la Nación adquirirá una o más cuentas por cobrar a cargo de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. A este respecto, el Gobierno reglamentará los términos y condiciones de la asunción de pasivos y aquellos aspectos conexos de la vinculación de capital privado, público o mixto, a través de uno o varios oferentes, a la solución estructural de la prestación del servicio público de energía eléctrica en la Costa Caribe. La disposición siguiente establece medidas tendientes a preservar el servicio de electricidad en la costa Caribe. Finalmente, el artículo 318 autoriza al Gobierno Nacional para establecer un régimen transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización del actual mercado de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. o sus empresas derivadas, que se constituyan en el marco del proceso de toma de posesión de esta sociedad. De igual forma, indica que con recursos provenientes del sistema general de regalías se podrán financiar inversiones en infraestructura eléctrica, como aportes que no incidirán en la tarifa.

Actualmente, los consorcios Caribe Mar y Caribe Sol son las empresas que se harán cargo del suministro de energía eléctrica que tenía a su cargo Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. , en siete municipios de la costa norte colombiana.

Para mayor información, consultar:

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS (2016). Toma de posesión de Electricaribe. <https://www.superservicios.gov.co/toma-de-posesion-de-electricaribe> URL 25/07/2020

EL ESPECTADOR:

Anuncian liquidación de Electricaribe. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/economia/anuncian-liquidacion-de-electricaribe/> URL 25/07/2020

Gobierno toma posesión de Electricaribe. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/economia/gobierno-toma-posesion-de-electricaribe/> URL 25/07/2020

Gobierno asumirá pasivo pensional de Electricaribe por \$1.2 billones. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/economia/gobierno-asumira-pasivo-pensional-de-electricaribe-por-12-billones/> 25/07/2020

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2020). Hoy nacen CaribeMar y CaribeSol, una solución integral y definitiva para garantizar energía a 10 millones de habitantes en la Costa Caribe, dijo el Presidente Duque en adjudicación de Electricaribe. Disponible en: <https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2020/Hoy-nacen-CaribeMar-CaribeSol-una-solucion-integral-definitiva-para-garantizar-energia-a-10-millones-habitantes-Cost-200320.aspx> URL 23/08/2020.

<https://imgcdn.larepublica.co/cms/2019/03/20071531/Ponencia-PND-primer-debate.pdf?w=auto> URL 25/07/2020.

122 Ley 1915 de 2019, artículo 314.

123 Sentencia 156 de 2011, MP Mauricio González Cuervo.

124 Sentencia C-409/17. M.P. Alejandro Linares Cantillo. “La conexidad interna refiere a que las medidas adoptadas estén intrínsecamente vinculadas con las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente”. En este sentido, ver, también, la sentencia C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera.

125 Sentencia C-724/15. M.P. Luis Ernesto Vargas. “La conexidad en el control de constitucionalidad de los Decretos legislativos dictados con base en la declaratoria del estado de emergencia social, económica y ecológica, se dirige entonces a verificar determinadas condiciones particulares, relacionadas con la vinculación de los objetivos del Decreto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, y con los hechos que la ocasionaron”. En este sentido, ver, también, la sentencia C-701/15 M.P. Luis Guillermo Guerrero.

126 Sobre el particular se han pronunciado, entre otras, las sentencias C-517/17 M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo, C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-465/17 Cristina Pardo Schlesinger, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, C-409 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-723/15 Luis Ernesto Vargas Silva.

127 Ver supra fundamento jurídico 150, Sentencia C-241 de 2020.

128 Sentencia SU-133 de 2017.

129 Sentencia C-241 de 2020. Fundamento jurídico 155.

130 Sentencia C-241 de 2020. Fundamento jurídico 156.