

Sentencia C-251/20

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE AUTORIZA NUEVA OPERACION DE CREDITO A FINDETER-Exequibilidad

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID-19-Juicio de constitucionalidad

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Exequibilidad

DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Competencia de la Corte Constitucional

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

ESTADOS DE EXCEPCION-Carácter reglado, excepcional y limitado

La naturaleza reglada, excepcional y limitada de los estados de excepción se garantiza por medio de su estricta regulación en la Constitución y en la Ley 137 de 1994 -en adelante LEEE-, así como mediante sus especiales dispositivos de control político y judicial.

ESTADOS DE EXCEPCION-Control político y control jurídico

A la luz del artículo 215 de la Constitución, el Estado de Emergencia podrá 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 a un evento o episodio traumático, derivado de causas naturales o técnicas, que altera gravemente 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 sólo 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 exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Igualmente (iv) deben 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.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PUBLICA-Competencia del Congreso de la República

En relación con las competencias del Congreso en el marco de los estados de emergencia, el propio artículo 215 de la Constitución establece que: (i) examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas; (ii) podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, así como ejercer sus atribuciones constitucionales; y, (iii) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el Gobierno nacional.

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

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO DECLARATORIO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Presupuestos formales y materiales

El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) la suscripción por el Presidente de la República y por todos sus ministros; (ii) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) la existencia de motivación. Igualmente, en los casos en los cuales la declaratoria del estado de emergencia haya comprendido únicamente determinado ámbito territorial, debe examinarse que los decretos de desarrollo no lo excedan.

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

Con este juicio, se pretende determinar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte Constitucional ha señalado que la conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista: (i) interno, esto es, 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, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado 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 por cuanto busca dilucidar si, además de haberse formulado una fundamentación del decreto de

emergencia, el Presidente ha presentado razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas. Dicha motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas, siendo particularmente relevante para aquellas que limitan derechos constitucionales, por cuanto el artículo 8 de la LEEE establece que los “decretos de excepción deberán 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 en el decreto legislativo no se establezcan medidas que violen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. La Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales; que (ii) no interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, en particular, (iii) 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 del carácter “intocable” 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 establecido 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; y el derecho al habeas corpus.

Son igualmente intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de esos 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 contraríen de manera específica a la Constitución o a 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, 48 y 50 de la LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, la consistente en que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en el artículo 215 de la Constitución.

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

(...) según el artículo 12 de la LEEE, exige que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables 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 LEEE, implica que las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte ha señalado que este análisis debe ocuparse de: (i) la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente 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 República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis; y, (ii) 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

(...) exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción sean respuestas equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Igualmente, la Corte ha precisado que el examen de proporcionalidad exige que las restricciones a derechos y garantías constitucionales se impongan en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad. Advierte la Corte que este examen particular no excluye, naturalmente, la aplicación del examen de proporcionalidad cuando ello se requiera, por ejemplo, para controlar restricciones a derechos constitucionales, como en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

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

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID-19-Exequiabilidad del Decreto Legislativo 417 de 2020

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE AUTORIZA NUEVA OPERACION DE CREDITO A FINDETER-Contenido y alcance

SERVICIOS PUBLICOS-Finalidad social del Estado

SERVICIOS PUBLICOS-Prestación

Para la Corte existen muchas razones que justifican ofrecer varios mecanismos de apoyo financiero a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Por una parte, el Estado tiene un interés especial en la prestación efectiva de los servicios públicos domiciliarios como un instrumento para la garantía de los derechos constitucionales. Adicionalmente, se trata de proteger la actividad de este tipo de actores en virtud de su rol dentro del Estado constitucional y por la función social especial de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. En tercer lugar, el alto nivel de privatización de los servicios públicos domiciliarios ha llevado a que el Estado no tenga otra opción que habilitar mecanismos de financiación de esos actores privados para evitar que su quiebra o déficit financiero perjudique la garantía efectiva de los derechos constitucionales de sus usuarios y

trabajadores.

EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA DE DECRETO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA-Procedencia

La inclusión de condicionamientos a medidas adoptadas bajo estados de excepción no es inédita en la jurisprudencia constitucional. En efecto, el tribunal ha incluido este tipo de decisiones, entre otras, en las sentencias C-940 de 2002, C-517 de 2017 y C-300 de 2011. Estos condicionamientos constituyen una manifestación del principio de conservación del derecho, se erigen en una interpretación conforme de las medidas adoptadas bajo estados de excepción y expresan una colaboración efectiva de todos los poderes del Estado para conjurar una situación de crisis. Del hecho de que las normas aprobadas por el gobierno bajo estados de excepción gocen de una muy baja presunción de constitucionalidad, no se deriva que la Corte no deba ser deferente con esas medidas con el fin de obtener la protección efectiva de los derechos constitucionales en momentos de crisis institucional. Se trata de una manifestación de un constitucionalismo cooperativo en el que cada una de las autoridades del Estado procura la mayor protección de los derechos establecidos en la Constitución.

Referencia: expediente RE-304

Control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 581 de 15 de abril de 2020, “Por el cual se adoptan medidas para autorizar una nueva operación a la Financiera de Desarrollo Territorial S.A – Findeter, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica”.

Magistrado ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, en especial, aquellas establecidas en el numeral 7 del artículo 241 y en el artículo 215 de la Constitución, y de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley 137 de 1994 y en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. I. Antecedentes

1. 1. En ejercicio de la facultad prevista por el artículo 215 de la Constitución, el presidente de la república profirió el Decreto Legislativo 417 de 2020, mediante el cual declaró el “estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”, por el término de treinta (30) días calendario.

2. En desarrollo del estado de excepción, el gobierno nacional expidió el Decreto Legislativo 581 del 15 de abril de 2020 “Por el cual se adoptan medidas para autorizar una nueva operación a la Financiera de Desarrollo Territorial S.A – Findeter, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica”. Esta norma fue remitida a la Corte para su control automático de constitucionalidad mediante oficio del 16 de mayo de 2020, suscrito por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

3. Mediante auto del 27 de abril de 2020, el despacho sustanciador asumió el conocimiento del presente asunto y ordenó comunicar de forma inmediata el inicio del presente trámite al presidente de la república y a los ministerios que integran el gobierno nacional; así como solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público allegar información. A su vez, se dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, se corrió traslado al procurador general de la nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia, se ordenó invitar al proceso a la Superintendencia Financiera, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, a la Comisión de Regulación de Energía, a la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones, para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran con el propósito de impugnar o defender la constitucionalidad del decreto legislativo sometido a revisión.

4. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios, y previo concepto del procurador general de la nación, procede la Corte a decidir de fondo el asunto de la referencia.

. Decreto legislativo objeto de revisión

El siguiente es el texto del decreto legislativo objeto de examen conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 51.286 del 15 de abril de 2020.

“DECRETO LEGISLATIVO 581 DE 2020

(abril 15)

Por el cual se adoptan medidas para autorizar una nueva operación a la Financiera de Desarrollo Territorial S.A – Findeter, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA ;

En ejercicio de las atribuciones que le confiere 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

Que mediante el Decreto 417 del 17 marzo 2020, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política, el presidente de la república declaró el Estado emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, por término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de dicho Decreto.

Que en función de dicha declaratoria, y con sustento en las facultades señaladas por el artículo 215 de la Constitución Política, le corresponde al presidente de la república, con la firma de todos los ministros, adoptar las medidas necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, y contribuir a enfrentar las consecuencias adversas generadas por la pandemia del Coronavirus COVID-19, con graves afectaciones al orden económico y social.

Que la adopción de medidas de rango legislativo autorizada por el Estado de Emergencia, busca fortalecer las acciones dirigidas a conjurar los efectos de la crisis, mediante la protección a la salud de los habitantes del territorio colombiano, así como la mitigación y prevención del impacto negativo en la economía del país.

Que teniendo en cuenta las repercusiones que han causados las medidas de contención del Coronavirus COVID-19 en familias de bajos recursos, se requiere disponer de opciones de financiamiento destinadas a los usuarios de menores ingresos que tengan imposibilidad de pagar el valor de las facturas de servicios públicos durante este período, con ocasión de las dificultades para generar ingresos por las medidas de aislamiento preventivo obligatorio, y el incremento del consumo de los servicios.

Que adicionalmente, dentro de las consideraciones para expedir el Decreto 417 de 2010 se precisó la necesidad de adoptar medidas extraordinarias tendientes a aliviar las obligaciones tributarias y financieras, de entidades y empresas, entre otras, que puedan verse afectadas en su cumplimiento de manera directa por efectos de crisis.

Que teniendo en cuenta las condiciones que genera para los suscriptores, usuarios y prestadores de servicios públicos la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica, decretada por el gobierno nacional mediante Decreto 417 de 2020, se hace necesario que los prestadores de servicios públicos de estos servicios, en el marco de su gestión comercial y con el fin de salvaguardar su suficiencia financiera, puedan diseñar opciones tarifarias e incentivos a favor de sus suscriptores y/o usuarios.

Que el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, mediante los decretos legislativos 517 del 4 de abril de 2020 y 528 del 7 de abril de 2020, respectivamente; establecieron el pago diferido del valor de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, gas combustible, acueducto, alcantarillado y/o aseo para los estratos 1 y 2 y la financiación a favor de las empresas prestadoras de servicio público a través de una línea de liquidez.

Que la Constitución Política en el artículo 365 establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y por lo tanto, le corresponde al Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, con fundamento en lo anterior y considerando las medidas adoptadas sobre el pago diferido de los servicios públicos, es imperioso implementar un mecanismo de liquidez dirigido a sostener la operatividad de las empresas de servicios públicos y garantizar la prestación del servicio a los usuarios.

Que los recursos para esta línea de liquidez provendrán del Fondo de Mitigación de

Emergencia -FOME, creado por el Decreto Legislativo 444 del 21 de marzo de 2020, el cual indica en el numeral 4 del artículo 4 que los recursos del Fondo pueden ser usados para invertir en instrumentos de capital o deuda emitidos por empresas privadas, públicas o mixtas que desarrollen actividades de interés nacional, incluyendo acciones con condiciones especiales de participación, dividendos y/o recompra, entre otras.

Que la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. Findeter, se constituye en el vehículo financiero directo para implementar esta política pública tendiente a garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a todos los habitantes del territorio nacional.

Que por esta razón se habilita a la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. Findeter, para otorgar temporalmente créditos directos a las empresas de servicios públicos domiciliarios, con la finalidad de garantizar la liquidez y los recursos necesarios para mantener la solvencia operativa de estas empresas considerando los beneficios que deberán aplicar a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios.

Que se requiere establecer las condiciones de la operación de crédito directo que se autoriza mediante el presente decreto, en relación con el cumplimiento de las normas sobre endeudamiento de acuerdo con la naturaleza jurídica de las entidades de servicios públicos solicitantes del crédito directo, las condiciones financieras de los generales de estas operaciones, así como el tratamiento tributario de los desembolsos.

Que para la realización de operaciones de crédito directo, la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -Findeter, en su condición de entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, deberá cumplir con todas las condiciones establecidas en las disposiciones legales y actos administrativos vigentes para realizar este tipo de operaciones, en especial, las relacionados con los sistemas integrales de gestión de riesgos.

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA

ARTÍCULO 1. Crédito directo a empresas de servicios públicos domiciliarios. A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto y hasta el treinta y uno (31) de diciembre del año dos mil veinte (2020), previa verificación de la Superintendencia Financiera de Colombia del

cumplimiento de los requisitos para la administración y gestión de los sistemas integrales de gestión de riesgos, la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -Findeter- podrá otorgar créditos directos a empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, mixtas y privadas vigiladas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con el fin de dotarlas de liquidez o capital de trabajo, para implementar las medidas que el gobierno nacional adopte para conjurar los efectos de la emergencia económica, social y ecológica declarada a través del Decreto 417 de 2020.

ARTÍCULO 2. Condiciones de la Operación. En las operaciones de crédito que se autorizan por el presente Decreto Legislativo, se aplicarán las siguientes condiciones:

2.1. Las entidades a que se refiere el presente Decreto Legislativo deberán cumplir las normas sobre endeudamiento de acuerdo con su naturaleza jurídica, sin perjuicio de lo dispuesto en los decretos legislativos 528 y 517 de 2020.

2.2. La Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -Findeter, a través de los reglamentos de crédito que dicte, establecerá las condiciones financieras generales de los créditos que se otorguen a través de la operación autorizada por el presente Decreto Legislativo. Las operaciones financieras otorgadas en virtud de este artículo podrán tener condiciones especiales tales como “tasa cero”.

2.3. Las entidades territoriales podrán garantizar los créditos otorgados a las empresas de servicios públicos domiciliarios de acuerdo con el ámbito legal correspondiente. Para el otorgamiento de esta garantía sólo se requerirá la autorización del gobernador, cuando el garante sea una gobernación, y del alcalde, cuando el garante sea un municipio o un distrito, sin que sea necesario ningún otro requisito o autorización de otras entidades u órganos estatales. Los recursos del Sistema General de Participaciones correspondientes a los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico podrán ser destinados a garantizar las operaciones que se realicen con base en este Decreto Legislativo.

2.4. El Fondo Nacional de Garantías conforme con su objeto, podrá garantizar las obligaciones que adquieran las empresas de servicios públicos domiciliarios.

2.5. La Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -Findeter, deberá cumplir en todo momento con las condiciones establecidas en las disposiciones legales y actos administrativos vigentes

para realizar este tipo de operaciones en materia de otorgamiento, seguimiento y recuperación de los créditos otorgados y de manera general con las disposiciones sobre los sistemas integrales de gestión de riesgos.

2.6. Los montos de los créditos a otorgar a las empresas de servicios públicos domiciliarios serán los que establezcan el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, respectivamente, y/o la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de acuerdo con los periodos a los que se refieren los decretos legislativos 517 y 528 de 2020. Los montos estarán sujetos al estudio de crédito que realice la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -Findeter, previa verificación del Ministerio del ramo o de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

2.7. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, dentro de sus competencias, remitirá la información que posea sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios y que se requiera por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A.-Findeter para el otorgamiento, seguimiento y recuperación de los créditos otorgados.

2.8. Las operaciones de desembolso de que trata el presente decreto legislativo estarán exentas del Gravamen a los Movimientos Financieros – GMF-, de acuerdo con lo establecido en el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia. Para tal efecto, la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -Findeter marcará la respectiva cuenta donde se manejen única y exclusivamente los recursos destinados a estas operaciones.

PARÁGRAFO. El gobierno nacional podrá establecer que los montos de los créditos a los que se refiere el artículo 1 del presente Decreto Legislativo se extiendan a dos períodos de facturación adicionales a los establecidos en el numeral 2.6 del presente artículo, siempre y cuando exista una fuente de financiamiento para tales efectos.

ARTÍCULO 3. Fuente de Financiación a Findeter. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Dirección de Crédito Público y Tesoro Nacional y con cargo a los recursos del FOME, invertirá en instrumentos de deuda emitidos por Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -Findeter- los recursos que esta requiera para financiar el otorgamiento de créditos a los que hace referencia el Artículo 1 del presente Decreto Legislativo. Esta financiación tendrá las siguientes condiciones generales:

3.2 Tasa de remuneración: Cero por ciento (0%).

3.3 Forma de pago: Al vencimiento.

3.4 Renovación: Esta fuente de financiación se podrá renovar por una sola vez hasta por un plazo máximo de 12 meses, a solicitud de la Financiera de Desarrollo Territorial -Findeter, cuando las condiciones financieras de las operaciones de las que trata el artículo 1 así lo requieran.

3.5 Garantías: Esta operación no requerirá garantías adicionales a las establecidas en el presente decreto.

3.6 Costos y gastos de administración: Serán asumidos por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. con los mecanismos que esta determine para administrar los recursos.

3.7 Exenciones: Las operaciones de qué trata el presente artículo estarán exentas del gravamen a los movimientos financieros -GMF. Para tal efecto, la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -Findeter- marcará la respectiva cuenta donde se manejen única y exclusivamente los recursos destinados a estas operaciones.

3.8 Exclusiones: Las comisiones de las que trata el numeral 3.6 estarán excluidas de impuesto sobre las ventas -IVA.

ARTÍCULO 4. Vigencia. El presente decreto rige a partir de su publicación”.

Siguen las firmas del presidente y de todos los ministros.

. Pruebas

5. A través de Auto del 27 de abril de 2020, y con fundamento en el artículo 63 del Acuerdo 02 de 2015, el magistrado sustanciador solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público responder un cuestionario. La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República participó en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad del Decreto Legislativo 581 de 2020 y solicitó a este Despacho tener como prueba el oficio N° OPC- 499/20 emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Explicó que el decreto legislativo 581 del 15 de abril de 2020 cumple con los requisitos formales fijados por la Ley 137 de 1994 así como los

fijados por la jurisprudencia constitucional.

6. Respecto de los requisitos materiales, manifestó que el decreto legislativo satisface los presupuestos constitucionales de naturaleza material o sustantiva que son requeridos para este tipo de normas. Explicó que las medidas adoptadas tienen relación directa y específica con el estado de emergencia declarado en virtud del Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020. Además, que las disposiciones están encaminadas a conjurar las causas de la emergencia social y a mitigar los eventuales impactos económicos que puedan tener las medidas adoptadas por el gobierno nacional en el marco de la emergencia. Su finalidad es ofrecer liquidez a las empresas de servicios públicos domiciliarios con ocasión de las órdenes adoptadas a través de los decretos legislativos 517 del 4 de abril de 2020 y 528 del 7 de abril de 2020. También, resultan proporcionales con los hechos que se buscan conjurar y no resultan incompatibles con otras normas en el ordenamiento jurídico colombiano. A su vez, manifestó que la medida no impone criterios discriminatorios injustificados. Finalmente, aclaró que no contiene afectaciones a los derechos fundamentales intangibles ni contradice las prohibiciones constitucionales y de derechos humanos aplicables a los estados de excepción.

7. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través del oficio No. 3-2020-006874, dio respuesta al cuestionario formulado a través del Auto del 27 de abril de 2020. Así, frente a las razones por las cuales la medida adoptada tiene vigencia hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2020, trajo a colación un apartado de la sentencia C-240 de 2011, de la que interpreta que las normas expedidas en virtud del artículo 215 de la Constitución mantendrán: “sus efectos más allá de dicho lapso y que a su vez sea el propio ejecutivo quien determine un plazo determinado de aplicación de las mismas (sic)”. El Ministerio explicó que la extensión de la medida está dirigida a garantizar que las empresas de servicios públicos (en adelante ESP):

“(…) cuenten con la liquidez necesaria para dar continuidad a la prestación de los servicios públicos en el territorio nacional; línea de liquidez que además era un requisito para poder diferir el valor de los servicios a los usuarios residenciales de los estratos 1 y 2, correspondiente a los servicios de energía eléctrica y gas combustible por redes (Decreto Legislativo 517 de 2020), acueducto, alcantarillado y/o aseo (Decreto Legislativo 528 de 2020)”.

8. Respecto de las proyecciones económicas que permitan inferir la existencia de una desfinanciación de las ESP y la necesidad de implementar un mecanismo de financiación, el Ministerio aclaró que las medidas adoptadas a través del Decreto Legislativo 517 de 2020 y el Decreto Legislativo 528 de 2020:

“(…) tendrá un impacto considerable sobre los ingresos de las empresas de servicios públicos. De acuerdo con la información de la Superintendencia de Servicios Públicos, el valor de la facturación de los estratos 1 y 2 representa el 36,1% de la facturación total de las empresas. Una reducción de esta cuantía tiene un impacto considerable sobre la sostenibilidad financiera de las empresas, por cuanto son sociedades con márgenes inferiores al 30% y cuyos gastos se mantienen relativamente constantes en la medida que los servicios se continúan proveyendo con normalidad. En este sentido, el diferimiento en el pago de los servicios reduce el capital de trabajo de las empresas y disminuye su capacidad para proveer sus servicios de manera eficiente”.

9. El Ministerio indicó que el aislamiento preventivo obligatorio ha generado un aumento en la carga porcentual de la facturación de los usuarios. Este hecho puede tener un impacto sobre los ingresos proyectados por las ESP. Teniendo en cuenta que, con las medidas adoptadas en los decretos mencionados no se puede transferir costos financieros a los usuarios, las ESP requieren una fuente de financiamiento a una tasa del cero por ciento (0%). Dada la estructura de costos de la banca privada, es inviable que este sector otorgue líneas de liquidez con estas características, siendo necesario que estos créditos sean ofrecidos por intermedio de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. (en adelante Findeter).

10. Por otra parte, en cuanto a la necesidad de financiamiento con cargo a los recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME), el Ministerio resaltó que el déficit de caja que experimentarán las ESP es consecuencia de una política pública implementada por el gobierno nacional en los decretos legislativos 517 y 528 de 2020.

11. Sobre la preferencia de disponer de garantías respaldadas por los entes territoriales, el Ministerio explicó que durante la creación de la medida se pensó en varios tipos y alternativas de garantías. Están entonces las de primera línea, las cuales son respaldadas a través de su propia facturación o los subsidios que reciben por parte del gobierno nacional por los consumos de los estratos 1, 2 y 3; y las de segunda línea, que pueden prestar los

accionistas de las empresas, entre los cuales se encuentran los entes territoriales.

12. Además, respecto de la forma como se garantizará que los créditos solicitados no superen los montos requeridos por las ESP, el Ministerio anotó que, por la naturaleza de Findeter -como entidad que conforma el sector financiero-, a esta se le continuará exigiendo la verificación de la capacidad crediticia y el perfil de riesgo de las ESP. Por su parte, las ESP se someterán a los procedimientos establecidos en el Manual de Riesgo de Crédito de Findeter.

13. Frente al impacto financiero o económico que podría generar para las entidades territoriales avalar las operaciones con recursos del Sistema General de Participaciones, el Ministerio expuso que las garantías entregadas por los entes son potestativas y dependerá de la disponibilidad de recursos. Hizo la acotación de que estos rubros actualmente se encuentran comprometidos para el pago de subsidios (los cuales fueron adicionados mediante el Decreto Legislativo 580 de 2020); el pago y servicio de la deuda; las obligaciones derivadas de los Planes Departamentales de Agua y las condiciones de prestación de servicios públicos domiciliarios de los municipios en los territorios donde no haya la prestación de servicios por parte de las ESP.

14. Con base en el reporte del Formulario Único Territorial (FUT 2019), las estimaciones de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda indican que, del total de recursos provenientes del Sistema General de Participaciones en el rubro correspondiente a agua potable y saneamiento básico, el 4,7% del total de ingresos corrientes corresponde al valor para determinar la capacidad de pago de que trata la Ley 358 de 1997. Así, solo en los casos en los que la garantía otorgada por los entes territoriales se haga efectiva, se afectará transitoriamente el uso de los recursos del Sistema General de Participaciones. Este deberá incluir un porcentaje para efectos del cálculo del saldo de la deuda a que se refiere el artículo 6° de la Ley 358 de 1997.

15. Por último, en relación con los efectos derivados de la aplicación de las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 441 de 2020, el Ministerio adujo que las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 581 de 2020 están encaminadas a otorgar herramientas financieras que ayuden a la concesión de los beneficios establecidos en los decretos legislativos 517 y 528 de 2020.

. Intervenciones

16. Durante el término de fijación en lista, la Corte recibió cuatro textos a manera de intervención. Dos solicitaron la exequibilidad del decreto legislativo estudiado (la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Federación Nacional de Departamentos). La tercera solicitó la inexequibilidad del decreto (los gobernadores del pueblo indígena Yukpa) y la última solicitó la exequibilidad condicionada del mismo (el Departamento de Derecho Constitucional y el Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia). El sentido de las intervenciones se sintetiza en la tabla 1.

Tabla 1. Síntesis de las intervenciones recibidas en el marco del proceso de control de constitucionalidad RE-304

Intervenciones

Síntesis

Sentido de la decisión

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Planteó que los artículos 1 y 2 resultan coherentes con la prohibición de gratuidad de los servicios públicos domiciliarios y con el principio de suficiencia financiera. Detalló que el promedio de suscriptores para los estratos 1 y 2 representa un porcentaje considerable del atendido a nivel nacional, de ahí que la medida facilite a las ESPD reducir el impacto en el flujo de caja y permita cubrir los gastos asociados a la prestación de los servicios a su cargo.

Adicionalmente, subrayó que el uso de los recursos del Sistema General de Participaciones: “resulta no sólo pertinente sino consecuente con la destinación específica que por ley deben tener”.

Exequibilidad

Federación Nacional de Departamentos -FND

Destacó que las medidas adoptadas son necesarias para impedir la extensión de los efectos de la crisis, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico.

Anotó que el objetivo de brindar liquidez y solvencia financiera a las empresas prestadoras no es un fin en sí mismo, sino que pretende en últimas, que no se interrumpa la prestación de los servicios públicos en concordancia con el artículo 365 superior, y de esa manera, garantizar la protección de derechos fundamentales de los usuarios que: “por su condición de vulnerabilidad sufrirán importantes afectaciones financieras”.

Para finalizar, indicó que la facultad otorgada a los entes territoriales para garantizar los créditos es: “optativa y no obligatoria”, dándole la oportunidad de analizar a cada una, la necesidad, pertinencia, capacidad de endeudamiento y riesgos para garantizar cada crédito. De la misma forma, insiste que la posibilidad de destinar recursos del Sistema General de Participaciones correspondientes a agua potable y saneamiento básico es un precepto meramente facultativo y no una obligación directa para las entidades territoriales, quienes podrán decidir libremente si respaldan los créditos con los mencionados recursos.

Exequibilidad

Gobernadores del pueblo indígena Yukpa

Se expuso una actuación discriminatoria por parte del gobierno nacional contra el pueblo indígena Yukpa y los pueblos indígenas en Colombia. Arguyen que, en general, los decretos legislativos expedidos en el marco de la emergencia social se dictaron con el fin de: “enriquecer el sistema financiero, para potencializar los fondos privados, pero premeditadamente, por discriminación y racismo no ha querido ayudar de los pueblos indígenas en Colombia, los más vulnerables dentro de la línea de atención”.

En esa medida, solicitaron declarar la inconstitucionalidad de todos los decretos legislativos dictados durante la emergencia declarada mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020, incluido el Decreto Legislativo 581 de la misma anualidad.

Inexequibilidad

Departamento de Derecho Constitucional y del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia

Frente a la autorización dada por el gobierno nacional a Findeter para realizar operaciones de banca de primer piso, no encontró ajustados los juicios de conexidad interna, necesidad y proporcionalidad por cuanto: (i) tal autorización no está directamente encaminada a conjurar los efectos de la crisis o a impedir la extensión de sus efectos; (ii) no es idónea por cuanto no permiten superar la crisis y (iii) permite destinar recursos del erario a empresas privadas, asumiendo el Estado grandes cargas presupuestales. Así, tales dineros solo podrán estar estrictamente destinados a aliviar necesidades producto de las medidas adoptadas por el gobierno nacional.

Acerca del numeral 2.1 del artículo 2º, alegaron que no se cumple con el juicio de conexidad interna al no establecerse criterios de priorización al momento de asignar los créditos que aseguren su concesión a las empresas prestadoras que con mayor necesidad los requieran para mitigar los efectos de la pandemia. Esta omisión significa que Findeter asignaría las líneas de crédito a las empresas con mayor capacidad para responder a la deuda.

De conformidad con lo expuesto, respecto del examen de necesidad, señalaron que la norma carece de idoneidad para cumplir la finalidad del decreto ya que, si no se prioriza la asignación de los créditos a las empresas prestadoras de acuerdo con unos criterios mínimos, no existe garantía que los recursos los reciban aquellas que se vean mas afectadas por los diferimientos en el pago de facturas.

En referencia al estudio del juicio de proporcionalidad indicaron de nuevo que, si se omiten criterios para la asignación de los créditos, los efectos adversos que puede tener la medida en las arcas públicas, resultan desproporcionados con relación las necesidades derivadas de la implementación de las medidas adoptadas por el gobierno nacional para garantizar la continuidad de los servicios públicos.

Finalmente, del análisis del artículo 3 no encuentra reparos.

Constitucionalidad condicionada del artículo 1 bajo el entendido de que el otorgamiento del

crédito debe estar estrictamente limitado a las aliviar las necesidades de las ESPD derivadas de la implementación de los decretos 441, 517, 518 y 580, y a que se establezcan requisitos que permitan constatar el impacto económico o la necesidad real de la empresa para acceder al crédito.

Constitucionalidad condicionada del numeral 2.1 del artículo 2 bajo el entendido que el otorgamiento del crédito debe realizarse con base en criterios obligatorios que permitan la priorización de aquellas empresas cuyas necesidades e impacto en la comunidad sea mayor.

Inexequibilidad del numeral 2.3 del artículo 2

Concepto del procurador general de la nación

17. El representante del Ministerio Público solicitó a la Corte declarar la exequibilidad del Decreto Legislativo 581 de 2020. A su juicio, este cumple con los requisitos formales y materiales exigidos bajo el orden constitucional vigente. El decreto en cuestión reúne las exigencias de forma establecidas por la Constitución, es decir, fue expedido en desarrollo del Decreto Legislativo 417 de 2002; lleva las firmas del presidente de la república y las de todos sus ministros; contiene una motivación expresa en la que se explica la necesidad y pertinencia de las medidas para conjurar la crisis y, fue dictado dentro límite temporal de la declaración de emergencia económica, social y ecológica.

18. En cuanto a la revisión material, el procurador general estimó que los preceptos del decreto legislativo guardan relación de conexidad interna y externa con el estado de emergencia económica, social y ecológica que ocasionó la pandemia COVID-19. Indicó que este decreto legislativo no tiene incidencia negativa en el núcleo esencial de derechos fundamentales, ni impone restricciones a derechos intangibles; no contradice postulados constitucionales y legales, ni restringe la competencia del Congreso para reformar, adicionar, o derogar el conjunto de disposiciones normativas y, busca mitigar los efectos consecuencia de la declaratoria del estado de excepción.

19. El procurador resaltó el desplazamiento de responsabilidades del gobierno nacional hacia los entes territoriales en tratándose de servicios públicos. Para el representante del Ministerio Público, ese traslado de cargas no es proporcional para los entes territoriales. Por eso, manifestó su preocupación respecto del sostenimiento de los municipios de sexta categoría

que son frágiles en materia de ingresos. Por lo anterior, el procurador solicitó condicionar el numeral 2.3 del artículo 2 del decreto sub examine en el entendido de que “no podrá condicionarse el otorgamiento de los créditos a los que hace referencia el decreto objeto de análisis a que los gobernadores y alcaldes sean garantes de los mismos”.

. Consideraciones

20. La Corte Constitucional es competente para juzgar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 581 de 2020 de 15 de abril de 2020 en virtud de lo dispuesto en los artículos 215 y 241.7 de la Constitución Política.

2. Alcance del control constitucional, problema jurídico general y método de la decisión

21. Según lo establece la Constitución y lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, el control constitucional de los decretos legislativos a cargo de este tribunal se caracteriza por ser automático, posterior, integral, participativo y definitivo.

22. Le corresponde a la Corte Constitucional establecer si el Decreto Legislativo 581 del 15 de abril de 2020 “Por el cual se adoptan medidas para autorizar una nueva operación a la Financiera de Desarrollo Territorial S.A – Findeter, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica”, expedido por el presidente de la república en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 215 de la Constitución, satisface las condiciones formales y materiales de validez establecidas en la Constitución y en la Ley estatutaria 137 de 1994.

26. 26. A efectos de desarrollar el examen, la Corte seguirá el siguiente orden. En primer lugar, la Corte caracterizará el estado de emergencia económica, social y ecológica (sección 3). A continuación, el tribunal se referirá al fundamento y alcance del control judicial de los decretos expedidos al amparo de dicho estado de excepción (sección 4). Luego de ello, y en atención al contexto en el que fue expedido el decreto y su alcance (sección 5), la Corte analizará la constitucionalidad del Decreto Legislativo 581 de 2020. El escrutinio iniciará por el examen de los presupuestos formales (sección 6) y, finalmente, se evaluará cada una de las disposiciones que lo integran a partir de los criterios materiales previamente definidos (sección 7).

3. Las exigencias formales y materiales que rigen el control de constitucionalidad de los

estados de excepción: el estado de emergencia económica, social y ecológica

27. 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 Política. Igualmente se ha esforzado por precisar las fuentes, criterios y estándares que debe tomar en consideración este tribunal a efectos de juzgar la constitucionalidad de los decretos de desarrollo que dicta el presidente de la república. A continuación, la Corte reitera los aspectos básicos del precedente sobre la materia con el propósito de aplicarlos en el análisis constitucional del Decreto Legislativo 581 de 2020 sometido a su consideración en esta oportunidad.

28. 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.

29. La regulación constitucional y estatutaria de los estados de excepción se funda en su carácter reglado, excepcional y limitado. La Constitución de 1991 estableció un complejo sistema de controles que supone “el carácter excepcionalísimo de las medidas de emergencia en Colombia”, así como que: “el uso de estas herramientas es una potestad reglada que se encuentra sometida a las disposiciones constitucionales, legales y del bloque de constitucionalidad”.

30. La naturaleza reglada, excepcional y limitada de los estados de excepción se garantiza por medio de su estricta regulación en la Constitución y en la Ley 137 de 1994 (en adelante LEEE), así como mediante sus especiales dispositivos de control político y judicial.

31. 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 del estado de guerra exterior; ii) el concepto favorable del Senado para la segunda prórroga del estado de conmoción interior; iii) las reuniones del Congreso por derecho propio; iv) los informes que debe presentar el gobierno nacional al Congreso de la República sobre su declaratoria y evolución; y, finalmente, v) la competencia del Congreso para establecer la responsabilidad política del presidente y de los ministros por la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, o que constituya grave calamidad pública, sin la

ocurrencia de los supuestos contemplados en los preceptos constitucionales, o por el abuso en el ejercicio de las facultades excepcionales.

32. La Constitución también estableció el control 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. Este fue desarrollado por los artículos 55 de la LEEE y 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991.

33. A la luz del artículo 215 de la Constitución, el estado de emergencia económica, social y ecológica podrá 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 a un evento o episodio traumático, derivado de causas naturales o técnicas, que altera gravemente el orden económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobreviniente.

34. Este tribunal 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”. En tales términos, esta Corte ha reconocido que la calamidad pública puede tener una causa natural, como ha sucedido por cuenta de temblores o terremotos, avalanchas, desbordamientos de ríos, inundaciones, etc.; o puede tener una causa técnica como es el caso del cierre de una frontera internacional o “accidentes mayores tecnológicos”.

35. Desde la expedición de la Constitución Política, se han declarado estados de emergencia económica, social y ecológica por distintas razones: i) la fijación de salarios de los empleados públicos; ii) la crisis en el servicio público de energía eléctrica; iii) desastres naturales; iv) la revaluación del peso frente al dólar; v) el deterioro de la situación de los establecimientos de

crédito; vi) las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; vii) los servicios públicos de la seguridad social y la atención en salud; y, por último, viii) la situación fronteriza con Venezuela.

36. El artículo 215 de la Constitución prescribe que la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica solo se puede llevar 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 exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Igualmente, iv) se deben referir 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.

37. Dicha disposición señala que el decreto que declare el estado de emergencia debe indicar el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias y convocar al Congreso, si este no se hallare en funcionamiento, para que se reúna dentro de los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. En relación con las competencias del Congreso en el marco de los estados de emergencia, el propio artículo 215 de la Constitución establece que: i) examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el gobierno nacional sobre las causas que determinaron el estado de emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas; ii) podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del gobierno, así como ejercer sus atribuciones constitucionales y iii) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el gobierno nacional.

4. Fundamento y alcance del control judicial de los decretos expedidos bajo el estado de emergencia económica, social y ecológica

38. Los estados de excepción son respuestas, fundadas en la juridicidad que impone la

Constitución, a situaciones graves y anormales que no pueden ser enfrentadas por el Estado a partir de sus competencias ordinarias. Sin embargo, una característica propia del Estado constitucional es que esa competencia no sea omnímoda ni arbitraria. El ordenamiento superior impone una serie de requisitos y condiciones que se deben cumplir tanto en los decretos legislativos que declaran el estado de excepción, como aquellos que prevén las medidas legales extraordinarias para hacer frente a la crisis, conocidos usualmente como 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 la Constitución. Ello, bajo el entendido de que los estados de excepción son mecanismos extraordinarios, pero en todo caso sometidos a condiciones de validez impuestas por la Constitución.

39. La Corte ha indicado que los requisitos mencionados se encuentran en tres fuentes normativas concretas, todas ellas integradas al parámetro de constitucionalidad: i) las disposiciones de la Constitución que regulan los estados de excepción (arts. 212 a 215 C.P.); ii) el desarrollo de esas reglas, previstas en la LEEE y iii) las normas del derecho internacional de los derechos humanos que prevén tanto los requisitos de declaratoria, como las garantías que no se pueden suspender en esas situaciones excepcionales (derechos intangibles) (arts. 93.1 y 214 C.P.). La existencia de un régimen jurídico con sujeción al cual se deben ejercer las competencias que surgen de la declaratoria de un estado de excepción concretan el principio de legalidad que, como lo ha indicado este tribunal: i) obliga a que el gobierno nacional 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.

Criterios formales y materiales que rigen el control de constitucionalidad

40. La jurisprudencia de este tribunal ha establecido que el control constitucional de los decretos expedidos al amparo del estado de emergencia tiene dos facetas: formal y material. Se trata de un detallado escrutinio que tiene por objeto asegurar que todos los límites previstos para el ejercicio de las facultades de excepción sean debidamente respetados por el gobierno nacional.

41. El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: i) la suscripción por el presidente de la república y por todos sus ministros; ii) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia y iii) la existencia de motivación. Igualmente, en los casos en los que la declaratoria del estado de emergencia haya comprendido únicamente determinado ámbito territorial, se debe examinar que los decretos de desarrollo no lo excedan.

42. 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 jurisprudencia 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 indicando, adicionalmente, el orden en que deben ser aplicados.

43. El juicio de finalidad está previsto en el artículo 10 de la LEEE. 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.

44. El juicio de conexidad material está previsto en los artículos 215 de la Constitución y 47 de la LEEE. Con este juicio, se pretende determinar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte Constitucional ha señalado que la conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista: i) interno, esto es, 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, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia.

46. El juicio de ausencia de arbitrariedad tiene por objeto comprobar que en el decreto legislativo no se establezcan medidas que violen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. La Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: i) no suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales; ii) no interrumpan el normal

funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, en particular, iii) no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

47. El juicio de intangibilidad parte del reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia constitucional sobre el carácter intocable 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 establecido 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; y el derecho al habeas corpus. Son igualmente intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

48. El juicio de no contradicción específica tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: i) no contraríen de manera específica a la Constitución o a 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 LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, que el gobierno nacional no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en el artículo 215.

49. El juicio de incompatibilidad, según el artículo 12 de la LEEE, exige que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales estas son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción.

50. El juicio de necesidad, previsto en el artículo 11 de la LEEE, implica que las medidas que

se adopten en el decreto legislativo sean indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte ha señalado que este análisis se debe ocupar: i) de la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente 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 república 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.

51. El juicio de proporcionalidad, que se desprende del artículo 13 de la LEEE, exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción sean respuestas equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Igualmente, la Corte ha precisado que el examen de proporcionalidad exige que las restricciones a los derechos y las garantías constitucionales se impongan en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad. Advierte la Corte que este examen particular no excluye, naturalmente, la aplicación del examen de proporcionalidad cuando ello se requiera, por ejemplo, para controlar las restricciones a los derechos constitucionales, por ejemplo, en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

52. El juicio de no discriminación, el cual tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE. Este exige que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no causen segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes injustificados.

5. Contexto, contenido y alcance del Decreto Legislativo 581 de 2020

53. La pandemia del COVID-19 ha generado una crisis económica, democrática, sanitaria y humanitaria de escala global. Para enfrentar la causa y los efectos de la pandemia, el presidente de la república decretó en todo el territorio nacional el estado de emergencia económica, social y ecológica establecido en el artículo 215 de la Constitución. La declaratoria del estado de excepción se realizó por un término de treinta días y se oficializó a través del Decreto Legislativo 417 de 2020. El objetivo de esa primera declaratoria del

estado de excepción era adoptar las medidas urgentes para contener o limitar la extensión de los efectos causados por la pandemia en los ámbitos sanitario, económico y humanitario. La Sala Plena de la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del decreto declaratorio del estado de excepción y lo consideró conforme con la Constitución en la sentencia C-145 de 2020.

54. En ejercicio de las facultades propias del estado de excepción, el gobierno nacional adoptó diferentes tipos de medidas. Entre estas, se establecieron disposiciones para asegurar la conexión o suministro de los servicios públicos domiciliarios. El Decreto Legislativo 441 de 2020 estableció la reconexión del servicio público de acueducto, alcantarillado y aseo. La Sala Plena de la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de este decreto legislativo y lo consideró conforme con la Constitución en la sentencia C-154 de 2020.

55. Por su parte, a través del comunicado emitido por la ministra de Minas y Energía, se afirmó que: “se tomaron todas las medidas para asegurar la prestación de los servicios de energía eléctrica, gas natural domiciliario, gas licuado de petróleo, combustibles líquidos y biocombustibles durante el Aislamiento Preventivo Obligatorio decretado por el gobierno nacional en todo el territorio, y que tendrá lugar entre las cero horas de este 25 de marzo de 2020”.

56. Cada una de esas medidas de reconexión de los servicios públicos implicó la asunción de cargas financieras para las prestadoras de servicios públicos. Por esa razón, tanto el Decreto Legislativo 517 de 2020 como el Decreto Legislativo 528 de 2020 establecieron los siguientes mecanismos de apalancamiento financiero para las prestadoras de servicios públicos destinatarias de las medidas establecidas por el gobierno nacional:

- a. a. Diferir los consumos no subsidiados de los servicios de energía, gas domiciliario, acueducto, alcantarillado y aseo de usuarios residenciales de estratos 1 y 2 para el ciclo de facturación vigente al momento de expedición del decreto, así como el siguiente.
- b. El aplazamiento del pago se hará por un plazo de treinta y seis (36) meses, sin que se pueda trasladar al usuario final ningún interés o costo financiero por el diferimiento de este cobro.

c. Esta financiación será obligatoria si se establece una línea de liquidez para las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, a una tasa de interés nominal del cero por ciento (0%).

57. A su vez, el gobierno nacional profirió el Decreto Legislativo 444 de 2020. Este creó el Fondo de Mitigación de Emergencias, como un fondo cuenta sin personería jurídica a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Su objeto es responder a las necesidades de recursos para la atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía brinde condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento en el marco del Decreto 417 de 2020. Asimismo, estos recursos se podrán usar, inter alia, para proveer directamente financiamiento a empresas privadas públicas o mixtas que desarrollen actividades de interés nacional.

58. Adicionalmente, el Decreto Legislativo 468 de 2020 facultó tanto a Findeter como al Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. (Bancoldex) para ofrecer créditos directos con tasas compensadas, dirigidos a financiar proyectos y actividades a sectores elegibles. La Sala Plena de la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de este decreto legislativo y lo consideró conforme con la Constitución en la sentencia C-160 de 2020.

59. Por su parte, el Decreto Legislativo 581 del 15 de abril de 2020, cuya constitucionalidad se enjuicia, facultó a Findeter, previa certificación de la Superintendencia Financiera de Colombia, para que, entre el momento de su expedición y hasta el 31 de diciembre de 2020, otorgue créditos directos a prestadoras de servicios públicos domiciliarios oficiales, mixtas y privadas vigiladas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Tales créditos están dirigidos a mantener la liquidez y el capital de trabajo de estas empresas. Estas, a su vez, deberán cumplir en todo momento con las normas sobre endeudamiento.

60. Tales operaciones de crédito directo podrán ser respaldadas por: i) los entes territoriales con la aprobación exclusiva de los alcaldes o gobernadores cuando los garantes sean los municipios, distritos o departamentos; ii) los recursos del Sistema General de Participaciones o iii) el Fondo Nacional de Garantías (FNG).

61. Los montos de los créditos serán fijados por el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio en lo que compete a cada cartera, previa verificación del estudio de crédito por parte de Findeter. A su vez, el gobierno nacional podrá

determinar que los montos de los créditos se extiendan a dos períodos de facturación adicionales a los otorgados inicialmente, siempre y cuando exista una fuente de financiamiento para tales efectos.

62. Además, a través de los reglamentos de crédito que dicte Findeter, se establecerán las condiciones financieras generales de los créditos que se otorguen a través de la operación autorizada por el decreto bajo estudio. Entre los beneficios, el gobierno nacional determinó líneas crediticias con tasa al cero por ciento (0%). Las operaciones de desembolso de los créditos estarán exentas del impuesto o gravamen a los movimientos financieros (GMF).

63. Asimismo, el Decreto Legislativo 581 de 2020 establece que Findeter se proveerá de recursos para ofrecer estos créditos a partir de la emisión de instrumentos de deuda por parte del Fondo de Mitigación de Emergencias. Los títulos de deuda contarán con las siguientes condiciones: i) serán expedidos hasta por 40 meses; ii) la tasa de remuneración será del cero por ciento (0%); iii) con fecha de pago al vencimiento; iv) renovables por una sola vez y por un periodo de 12 meses y v) tales operaciones están exentas del GMF y las comisiones excluidas del impuesto sobre las ventas (IVA).

64. Corresponde a la Corte determinar si la creación de este nuevo esquema de financiación, el conjunto de beneficiarios, los requisitos de acceso, las condiciones de los créditos, el sistema de garantías y las operaciones de financiación de Findeter superan el conjunto de juicios formales y materiales establecidos por el tribunal para decidir sobre la validez de las medidas adoptadas por el presidente de la república bajo estados de excepción.

6. Examen de las condiciones formales de validez del Decreto Legislativo 581 de 2020

65. El examen formal del decreto exige verificar el cumplimiento de tres exigencias básicas: i) la suscripción del decreto por el presidente de la república y todos sus ministros; ii) su expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia y iii) la existencia de motivación. La Corte encuentra que las condiciones formales de validez del Decreto Legislativo 581 de 2020 fueron satisfechas. A continuación, se fundamenta esta conclusión.

66. Según lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1444 de 2011 (modificado por el artículo 17 de la Ley 1967 de 2019) el gobierno de Colombia se compone por un total de dieciocho

ministerios. El Decreto Legislativo 581 de 2020 fue suscrito por el presidente y los representantes de cada uno de los ministerios, sin hallarse alguno ausente o incapacitado para firmar el decreto. En consecuencia, este requisito se considera satisfecho.

67. El decreto fue expedido dentro del término de vigencia del estado de excepción. En efecto, el Decreto 417 (del 17 de marzo de 2020), que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, dispuso que tendría vigencia de treinta (30) días calendario contados a partir de su entrada en vigor. A su turno, el decreto legislativo bajo examen fue expedido el día 15 de abril de 2020.

68. El decreto legislativo sub judice contiene la exposición de las razones que justifican la adopción de las medidas frente al servicio público de acueducto y alcantarillado. En particular: i) invoca el Decreto Legislativo 417 de 2020 por medio del cual se declaró el estado de excepción; ii) alude a la competencia del presidente de la república para: “adoptar las medidas necesarias para conjurar la crisis, entre ellas, las acciones tributarias que permitan superar las dificultades económicas en los sectores productivos afectados”; iii) indica la declaratoria del brote de coronavirus COVID-19 como una pandemia por parte de la OMS el 11 de marzo del 2020; iv) reconoce el impacto económico que han causado las medidas de contención del COVID-19 en las familias de bajos recursos; v) destaca la necesidad de disponer de opciones de financiamiento destinadas a los usuarios de menores ingresos que puedan pagar el valor de las facturas de servicios públicos durante este período; vi) refiere los lineamientos dispuestos en los decretos legislativos 517 y 528 de 2020; vii) menciona la obligación que recae sobre el Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos en el territorio nacional; viii) señala la disponibilidad de recursos a través del Fondo de Mitigación de Emergencias y ix) afirma que Findeter se constituye en el vehículo financiero directo para implementar esta política pública tendiente a garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a todos los habitantes del territorio nacional.

7. Examen de las condiciones materiales de validez del Decreto Legislativo 581 de 2020

69. La jurisprudencia de este tribunal ha condicionado la validez constitucional de los decretos legislativos que adoptan medidas en desarrollo de los estados de excepción a la superación de diez juicios. Estos derivan de los artículos 93, 214 y 215 de la Constitución, de

las disposiciones de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y de la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por esa razón, la Corte procede a determinar si las medidas contenidas en cada uno de los tres artículos del Decreto Legislativo 581 de 2020 superan los juicios del examen de validez material. El escrutinio se realizará artículo por artículo y, en cada caso, se desagregarán las medidas incluidas en cada disposición.

7.1. La creación de un mecanismo de financiación directa de Findeter a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios: beneficiarias, objetivos y causas para acceder al mecanismo de crédito público

70. El artículo 1 del Decreto Legislativo 581 de 2020 facultó a Findeter para ofrecer créditos directos a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios privadas, públicas o mixtas con el fin de que estas cuenten con liquidez y capital de trabajo. El objetivo es que aquellas puedan implementar las medidas adoptadas por el gobierno nacional para superar las causas o conjurar los efectos de la emergencia económica, social y ecológica. Eso significa que el artículo 1 del decreto legislativo objeto de escrutinio reguló cuatro aspectos: i) la creación de un mecanismo de financiación, ii) las beneficiarias de la nueva modalidad de financiación, iii) los objetivos del sistema de financiación y iv) la causa válida para acceder a la financiación.

71. El nuevo mecanismo de financiación consiste en la posibilidad de que Findeter actúe como entidad financiera de primer piso mediante la entrega directa de créditos. Las beneficiarias del nuevo mecanismo de financiación son las prestadoras de servicios públicos domiciliarios oficiales, mixtas y privadas que sean objeto de la vigilancia por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Los objetivos del nuevo sistema de financiación son el mantenimiento de la liquidez o el capital de trabajo de las beneficiarias. Finalmente, la causa válida para acceder a la financiación es que la pérdida de liquidez o capital de trabajo sea consecuencia directa de la implementación de las medidas adoptadas por el gobierno nacional para conjurar los efectos de la emergencia económica, social y ecológica.

72. Como establecerá la Corte, estas cuatro medidas superan los juicios de: i) finalidad, ii) conexidad material, iii) motivación suficiente, iv) ausencia de arbitrariedad, v) intangibilidad, vi) no contradicción específica, vii) incompatibilidad y viii) proporcionalidad.

73. El tribunal también concluirá que la medida sobre las beneficiarias de la nueva modalidad

de financiación supera el juicio de necesidad. Sin embargo, la definición del conjunto de potenciales beneficiarias de los créditos directos de Findeter solo supera el juicio de no discriminación si se entienden incluidos otros prestadores de servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico. En concreto, el alcance de esta medida se debe ampliar a las personas, organizaciones o asociaciones que, sin tener la condición de empresas, prestan los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, han sido objeto de las mismas obligaciones establecidas por el gobierno nacional durante el estado de excepción y también requieren de financiación para mantener su liquidez o capital de trabajo. Como se indicará más adelante, el conjunto de prestadoras de servicios públicos que no ostentan la calidad de empresas es cuantitativamente más amplio y cualitativamente más débil. De manera que su inclusión resulta imprescindible para evitar que la medida que limita a las beneficiarias de los créditos establezca tratos discriminatorios injustificados.

a. Las medidas establecidas en el artículo 1 del Decreto Legislativo 581 de 2020 superan los juicios de finalidad, conexidad material, motivación suficiente, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad y proporcionalidad

74. En primer lugar, las cuatro medidas superan el juicio de finalidad porque tienen como objetivo impedir que se extienda o agrave uno de los efectos causado por la situación de emergencia. En efecto, el propósito de esas disposiciones es ofrecer un mecanismo de financiación adicional a los ofertados por la banca privada y a las otras modalidades de subsidio y crédito público actualmente disponibles. Como indicó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, todas estas medidas deben fungir como soporte financiero a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios que han debido asumir cargas adicionales como consecuencia de las medidas proferidas por el gobierno nacional durante el estado de excepción. En contextos de emergencia, como el actual, esta intervención del Estado es imperiosa para compensar las fallas del mercado y canalizar recursos hacia objetivos específicos, como lo son, en este caso, conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos.

75. En segundo lugar, las cuatro medidas superan el juicio de conexidad material tanto en sus dimensiones interna como externa. Por una parte, el gobierno nacional incluyó en la parte motiva del Decreto Legislativo 581 de 2020 una serie de razones adecuadas para crear este mecanismo de financiación directa de Findeter a las prestadoras de servicios públicos

domiciliarios. En la parte motiva del decreto legislativo sub examine se lee que el nuevo mecanismo: “se constituye en el vehículo financiero directo para implementar esta política pública tendiente a garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a todos los habitantes del territorio nacional”. Del mismo modo, la distribución de recursos, por medio de subsidios o créditos, desde el sector público hacia las prestadoras de servicios públicos domiciliarios es coherente con una de las razones centrales que motivó la declaratoria del estado de excepción mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020, en el que se enfatizó en la necesidad de “garantizar la prestación continua y efectiva de los servicios públicos”.

76. En tercer lugar, aun cuando ninguna de las cuatro medidas constituye una limitación a los derechos fundamentales, la Corte concluye que estas superan el juicio de motivación suficiente que también les es exigible. En concreto, el gobierno nacional sustentó detalladamente los fundamentos que respaldan la creación y configuración del sistema de financiación directa de Findeter a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Por ejemplo, en la parte motiva del decreto legislativo objeto de estudio se hizo referencia a otros decretos legislativos que impusieron cargas adicionales a las empresas de servicios públicos domiciliarios:

“(…) el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Vivienda y Territorio, mediante los decretos legislativos 517 del 4 de abril de 2020 y 528 del 7 de abril de 2020, respectivamente; establecieron el pago diferido del valor de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, gas combustible, acueducto, alcantarillado y/o aseo para los estratos 1 y 2 y la financiación a favor de las empresas prestadoras de servicio público a través de una línea de liquidez”.

77. Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público indicó que las medidas adoptadas por el gobierno nacional bajo el estado de excepción tendrán:

“(…) un impacto considerable sobre los ingresos de las empresas de servicios públicos. De acuerdo con la información de la Superintendencia de Servicios Públicos, el valor de la facturación de los estratos 1 y 2 representa el 36,1% de la facturación total de las empresas. Una reducción de esta cuantía tiene un impacto considerable sobre la sostenibilidad financiera de las empresas, por cuanto son sociedades con márgenes inferiores al 30% y cuyos gastos se mantienen relativamente constantes en la medida que los servicios se

continúan proveyendo con normalidad. En este sentido, el diferimiento en el pago de los servicios reduce el capital de trabajo de las empresas y disminuye su capacidad para proveer sus servicios de manera eficiente”.

78. En el mismo sentido, el gobierno nacional fundamentó la relación entre las cargas adicionales impuestas a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, la necesidad de crear un mecanismo público de financiación directa en beneficio de estas últimas y la relevancia constitucional de la prestación efectiva de los servicios públicos:

“(…) la Constitución Política en el artículo 365 establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y por lo tanto, le corresponde al Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, con fundamento en lo anterior y considerando las medidas adoptadas sobre el pago diferido de los servicios públicos, es imperioso implementar un mecanismo de liquidez dirigido a sostener la operatividad de las empresas de servicios públicos y garantizar la prestación del servicio a los usuarios”.

80. En quinto lugar, las medidas superan el juicio de intangibilidad. En efecto, estas no tienen como objetivo la limitación de los derechos fundamentales. Por el contrario, se basan en la consideración de que el Estado tiene un interés especial en la prestación efectiva de los servicios públicos domiciliarios como un instrumento para la garantía de los derechos constitucionales. En virtud de ese fin constitucional, se creó la nueva oferta de crédito público directo para las prestadoras de servicios públicos domiciliarios que han aplicado las medidas de protección especial proferidas por el gobierno nacional bajo la emergencia económica, social y ecológica causada por el COVID-19.

81. En sexto lugar, las medidas del artículo 1 del decreto legislativo superan el juicio de no contradicción específica porque no son contrarias a ninguna disposición de la Constitución, no vulneran el sistema de competencias del gobierno nacional bajo el estado de emergencia y no contienen medidas que tengan por objeto o efecto desmejorar los derechos sociales de los trabajadores. Por el contrario, los objetivos de mantener la liquidez y el capital de trabajo -a los que se vinculan los créditos establecidos por el Decreto Legislativo 581 de 2020- guardan relación con la protección del empleo y el pago de la nómina de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. En efecto, la Corte entiende que la creación de una línea de

crédito para salvaguardar el capital de trabajo de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios tiene como objetivo la conservación del empleo y el pago oportuno y completo de la nómina de esas organizaciones.

82. En séptimo lugar, el artículo 1 del Decreto Legislativo 581 de 2020 no suspende la vigencia de ninguna ley. En consecuencia, la creación de una competencia adicional para Findeter no exige justificaciones específicas cuando se trata del juicio de incompatibilidad. Lo anterior, no obsta, para que la Corte advierta que antes de la emergencia causada por el COVID-19, el gobierno nacional había manifestado su intención de convertir a Findeter en un ente financiero de primer piso. Por esa razón, es fundamental entender que el decreto legislativo sub examine no es la concreción de esa aspiración previa a la crisis, sino una medida temporal (hasta el 31 de diciembre de 2020) que no modifica de manera permanente la configuración de Findeter. Para el Tribunal, un proceso de reestructuración completa del Estado o de una de sus instituciones no se puede realizar al amparo de un estado de excepción. Asimismo, la habilitación de una entidad financiera pública de segundo piso para que opere como banco de primer piso solo se puede avalar como una medida extraordinaria y temporal necesaria para conjurar alguno de los efectos de la emergencia.

83. Finalmente, la Corte encuentra que las medidas adoptadas en el artículo 1 del Decreto Legislativo 581 de 2020 son proporcionales. Desde luego, no se trata solamente de que estas no restringen derechos fundamentales sino de que están dirigidas a protegerlos mediante la garantía financiera para la conservación de la liquidez y el capital de trabajo de las prestadoras de servicios domiciliarios. Con el fin de lograr ese objetivo, las cuatro medidas bajo análisis se centran en ofrecer una alternativa pública de financiación directa para las prestadoras de servicios públicos domiciliarios que hayan asumido las cargas adicionales establecidas por el gobierno nacional durante la emergencia económica, social y ecológica. En consecuencia, la existencia de una oferta de crédito público resulta apenas coherente y proporcional con las nuevas obligaciones establecidas a cargo de tales organizaciones. Todavía más cuando, como se indicó, el objetivo no es solo proteger los intereses y derechos de los usuarios que se benefician de las medidas ordenadas por el gobierno nacional sino la protección de los trabajadores de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

84. En conclusión, para la Corte existen muchas razones que justifican ofrecer varios mecanismos de apoyo financiero a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Por

una parte, el Estado tiene un interés especial en la prestación efectiva de los servicios públicos domiciliarios como un instrumento para la garantía de los derechos constitucionales. Adicionalmente, se trata de proteger la actividad de este tipo de actores en virtud de su rol dentro del Estado constitucional y por la función social especial de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. En tercer lugar, el alto nivel de privatización de los servicios públicos domiciliarios ha llevado a que el Estado no tenga otra opción que habilitar mecanismos de financiación de esos actores privados para evitar que su quiebra o déficit financiero perjudique la garantía efectiva de los derechos constitucionales de sus usuarios y trabajadores. Además, resulta innegable que las prestadoras de servicios públicos domiciliarios han sido objeto de obligaciones adicionales durante el estado de emergencia decretado a propósito de la pandemia causada por el COVID-19. Por último, con estas medidas, el gobierno nacional interviene en la economía a través de un actor público que ofrece créditos directos a un sector especialmente afectado y sustancialmente importante para superar los problemas sanitarios causados por la crisis que dio origen a la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica.

b. Condicionamiento necesario para que la medida que define las beneficiarias supere los juicios de no discriminación y necesidad

85. A pesar de que existen poderosas razones para respaldar la constitucionalidad de las medidas adoptadas por el gobierno nacional en el artículo 1 del Decreto Legislativo 581 de 2020, todavía falta por analizar los requisitos de necesidad y no discriminación. Estos dos escrutinios se han dejado para la parte final en virtud de que, como se indicó previamente, la Corte debe introducir un condicionamiento para que la medida que define los beneficiarios del sistema público de créditos supere el juicio de no discriminación.

86. La inclusión de condicionamientos a medidas adoptadas bajo estados de excepción no es inédita en la jurisprudencia constitucional. En efecto, el tribunal ha incluido este tipo de decisiones, entre otras, en las sentencias C-940 de 2002, C-517 de 2017 y C-300 de 2011. Estos condicionamientos constituyen una manifestación del principio de conservación del derecho, se erigen en una interpretación conforme de las medidas adoptadas bajo estados de excepción y expresan una colaboración efectiva de todos los poderes del Estado para conjurar una situación de crisis. Del hecho de que las normas aprobadas por el gobierno bajo estados de excepción gocen de una muy baja presunción de constitucionalidad, no se deriva

que la Corte no deba ser deferente con esas medidas con el fin de obtener la protección efectiva de los derechos constitucionales en momentos de crisis institucional. Se trata de una manifestación de un constitucionalismo cooperativo en el que cada una de las autoridades del Estado procura la mayor protección de los derechos establecidos en la Constitución.

87. Por esa razón, en lugar de proceder a la mera declaración de inconstitucionalidad de las medidas por la no satisfacción o incumplimiento de uno de los juicios respectivos, la Corte procederá a identificar las fallas u omisiones de esas medidas, buscará la forma de interpretarlas de manera compatible con el parámetro de constitucionalidad y ratificará su validez condicionada. De esta forma, la Corte participa de un diálogo institucional en el que el objetivo es la protección de la Constitución, de las competencias de cada órgano del Estado y la garantía efectiva de los derechos constitucionales en situaciones de crisis o emergencia bajo la mejor comprensión de las determinaciones del gobierno nacional.

La regla de beneficiarias debe incluir a todos los actores que prestan los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico aun cuando estos no sean empresas

88. Sobre la regla de beneficiarios del decreto legislativo sub examine, la Sala Plena considera que esta supera el juicio de necesidad. En efecto, el presidente de la república no erró al apreciar la necesidad de las medidas que integran el Decreto Legislativo 581 de 2020 y que permiten el acceso de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios a líneas especiales de financiación ofrecidas a través de Findeter. Las líneas de crédito directo de Findeter a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios facilitan el acceso de estas a los recursos financieros que se requieren para solventar la falta de liquidez o de capital de trabajo derivadas de la implementación de las medidas adoptadas por el gobierno nacional en otros decretos legislativos. Como ya se indicó, este tipo de operaciones financieras no estaba prevista en el ordenamiento jurídico ordinario, sino que se habilitó a partir de los decretos legislativos 468 y 581 de 2020.

89. En tratándose del juicio de no discriminación, la Corte establece que el universo de las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que se pueden beneficiar de esa medida fue limitado, precisamente, a las empresas. Eso significa que el Decreto Legislativo 581 de 2020 excluyó a otros actores que, sin ostentar tal condición, prestan los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, se encuentran obligados por las

medidas establecidas por el gobierno nacional a propósito de la emergencia y también requieren financiación para mantener su liquidez o capital de trabajo.

90. Dentro de los sujetos excluidos de manera injustificada se encuentran las personas naturales indicadas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994; las organizaciones autorizadas para prestar servicios públicos en municipios menores, en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas a que se refiere el Decreto 421 de 2000; los acueductos comunitarios regulados por el Decreto 1898 de 2016; las organizaciones comunitarias (juntas de acción comunal, juntas administradoras y asociaciones de usuarios) y las organizaciones de carácter asociativo (pre-cooperativas, cooperativas y administraciones públicas cooperativas).

91. La Corte ha constatado que el conjunto de prestadoras de servicios públicos domiciliarios suma un total de 3641 organizaciones registradas en la Superintendencia de Servicios Públicos o en la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG). De estas, solo 1224 corresponden a empresas privadas mientras que los 2417 restantes (66,38%) se componen como se indica a continuación. Por una parte, 1960 prestadoras autorizadas, entre las que se encuentran: acueductos comunitarios, acueductos veredales, juntas de acción comunal, cooperativas, precooperativas, juntas administradoras y asociaciones. En segundo lugar, 438 municipios y un departamento que prestan directamente servicios públicos en sus territorios. En tercer lugar, diez productores independientes para uso particular. Finalmente, ocho prestadores autorizados adicionales a los avalados en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994. Se trata, mayoritariamente, de pequeñas asociaciones, cooperativas o juntas comunales que prestan los servicios de acueducto, aseo y alcantarillado. Por ejemplo, Antioquia, Cundinamarca y Boyacá son los tres departamentos con mayor organización vecinal y autogestión de recursos para la prestación de los servicios públicos, con 474, 396 y 344 organizaciones respectivamente. Además, en su mayoría, son asociaciones pequeñas, con un capital modesto y cada una presta servicios a alrededor de 2.500 usuarios rurales de bajos recursos.

92. De manera que se trata de un caso de discriminación normativa por infra-inclusión de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones y que han sufrido una exclusión o trato diferente injustificado. La utilización de la expresión empresas para definir el conjunto de beneficiarias de estas líneas de crédito refleja un punto ciego que no consideró a otras entidades que realizan las mismas actividades, son destinatarias de las mismas obligaciones

y también requieren recursos para mantener su liquidez y capital de trabajo. Ahora bien, el remedio de esa discriminación normativa mediante la declaración de inconstitucionalidad del decreto legislativo impediría la concreción de una medida de protección razonable y necesaria en el contexto de la emergencia. Por esa razón, la Corte reparará la discriminación normativa mediante un condicionamiento que supere la infra-inclusión y, por ende, mantenga la validez de las medidas adoptadas por el gobierno nacional para garantizar la prestación efectiva de los servicios públicos domiciliarios.

93. En consecuencia, la Corte declarará constitucional el artículo 1 del Decreto Legislativo 581 de 2020 siempre que se entienda que dentro del grupo de beneficiarios de este sistema de créditos se incluyen otros prestadores de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico que no son empresas. Eso significa que estos podrán acceder, en igualdad de condiciones, al sistema de financiación que fue establecido para las empresas de servicios públicos domiciliarios en el decreto legislativo sub examine.

Todo el análisis de constitucionalidad realizado por la Sala Plena en relación con el artículo 1 del Decreto Legislativo 581 de 2020 se resume en la tabla 2.

Tabla 2. Resumen del escrutinio de constitucionalidad del artículo 1 del Decreto Legislativo 581 de 2020

Medida

Contenido

Requiere condicionamiento

Condicionamiento

1. Nuevo mecanismo de financiación

No

Ninguno

2. Beneficiarias del sistema de financiación

Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios

Sí para superar juicio de no discriminación

Incluir a las prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico

3. Objetivos de los créditos

Mantener la liquidez y/o el capital de trabajo de las beneficiarias

No

Ninguno

4. Causa válida para acceder a los créditos

Implementación de las medidas adoptadas por el gobierno nacional bajo el estado de excepción

No

Ninguno

7.2. Las condiciones de las operaciones de crédito de Findeter a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y el sistema trídico de garantías

94. El artículo 2 del Decreto 581 de 2020 estableció las condiciones de las operaciones de crédito de Findeter a las empresas de servicios públicos domiciliarios y un sistema trídico de garantías para esas obligaciones.

95. En relación con las condiciones de las operaciones de crédito, estas se sintetizan en los siguientes elementos. En primer lugar, los montos de los créditos que Findeter conceda a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios serán definidos en un proceso conjunto que involucra, por una parte, a dos ministerios (Minas y Energía y Vivienda, Ciudad y Territorio) y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, por otra, a Findeter. En segundo lugar, los créditos se podrán ofrecer con tasa cero, los desembolsos están exentos del

gravamen a los movimientos financieros y se utilizará una cuenta única definida por Findeter. En tercer lugar, las condiciones específicas de los créditos que no fueron definidas en el decreto legislativo serán concretadas por Findeter mediante reglamentos de crédito. En cuarto lugar, Findeter deberá cumplir con las normas sobre este tipo de operaciones y trabajar en conjunto con la Superintendencia de Servicios Públicos para el otorgamiento, seguimiento y recuperación de los créditos otorgados. Finalmente, las beneficiarias deberán satisfacer las normas sobre endeudamiento establecidas en los decretos legislativos 517 y 528 de 2020.

96. Por su parte, el sistema tríadico de garantías señala que las operaciones de crédito de Findeter a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios podrán ser respaldadas por: i) las entidades territoriales cuando así lo decidan de manera autónoma los alcaldes o gobernadores; ii) los recursos del Sistema General de Participaciones destinados a agua potable y saneamiento básico o iii) el Fondo Nacional de Garantías.

97. Como establecerá la Corte, las condiciones de las operaciones de crédito satisfacen todos los juicios de validez material. En cuanto al sistema de garantías, estas medidas superan los juicios de: i) finalidad, ii) conexidad material, iii) motivación suficiente, iv) intangibilidad, v) no contradicción específica, vi) incompatibilidad, vii) necesidad y viii) no discriminación.

“Las entidades territoriales podrán garantizar los créditos otorgados a las empresas de servicios públicos domiciliarios de acuerdo con el ámbito legal correspondiente. Para el otorgamiento de esta garantía sólo se requerirá la autorización del gobernador, cuando el garante sea una gobernación, y del alcalde, cuando el garante sea un municipio o un distrito, sin que sea necesario ningún otro requisito o autorización de otras entidades u órganos estatales”.

99. A continuación, la Corte procede a realizar los juicios de validez material y a justificar la declaratoria de constitucionalidad condicionada que se ha anunciado.

a. Las condiciones de las operaciones de crédito de Findeter a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios superan todos los juicios de validez material y el sistema de garantías supera los juicios de: i) finalidad, ii) conexidad material, iii) motivación suficiente, iv) intangibilidad, v) no contradicción específica, vi) incompatibilidad, vii) necesidad y viii) no discriminación

100. Las medidas que regulan las condiciones de las operaciones de crédito y el sistema de garantías de esas obligaciones superan el juicio de finalidad. En efecto, el Decreto Legislativo 581 de 2020 amplió las competencias de Findeter porque le permite actuar como entidad financiera de primer piso, con el propósito de dotar de liquidez o mantener el capital de trabajo de las prestadoras de servicios públicos. De esta forma, las medidas del decreto sub examine pretenden evitar la intermediación de la banca comercial, con el fin de que los recursos financieros pasen directamente de Findeter a las prestadoras de servicios públicos. La limitación de esa intermediación también busca ofrecer una serie de condiciones favorables que no están disponibles en el mercado privado de crédito. Estas últimas solo se entienden justificadas en el marco de la garantía de los derechos constitucionales de los usuarios y los trabajadores que depende, a su vez, de la prestación efectiva de los servicios públicos domiciliarios y de la solvencia financiera de la prestadora.

101. Asimismo, las condiciones de las operaciones de crédito y sus garantías superan los juicios de conexidad material y motivación suficiente. Tanto en la parte motiva del Decreto Legislativo 581 de 2020 como en la justificación del Decreto Legislativo 417 de 2020 se identificó la necesidad de establecer condiciones favorables de financiación para las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Así, en el decreto legislativo objeto de estudio se indicó que: “se requiere establecer las condiciones de la operación de crédito directo que se autoriza mediante el presente decreto, en relación con el cumplimiento de las normas sobre endeudamiento de acuerdo con la naturaleza jurídica de las entidades de servicios públicos solicitantes del crédito directo, las condiciones financieras generales de estas operaciones, así como el tratamiento tributario de los desembolsos”. Desde luego, las medidas sub examine se encuentran directamente relacionadas con los objetivos establecidos por el gobierno nacional en el Decreto Legislativo 417 de 2020. En concreto, con la finalidad de mantener la prestación de los servicios públicos domiciliarios bajo condiciones especiales como un medio para conjurar los efectos de la pandemia.

102. En tercer lugar, las disposiciones del artículo 2 del Decreto Legislativo 581 de 2020 superan -en su mayoría- el juicio de ausencia de arbitrariedad por cuanto no vulneran los derechos fundamentales y no interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público. Tampoco se trata de disposiciones que supriman o modifiquen la estructura de un organismo o las funciones básicas de acusación y juzgamiento. Además, el párrafo del artículo 47 de la Ley 137 de 1994 atribuye al gobierno la facultad para modificar tributos bajo

estados de emergencia.

103. La única disposición que requiere un condicionamiento para superar el juicio de ausencia de arbitrariedad es aquella contenida en el numeral 2.3. del artículo 2 del decreto objeto de estudio. Esta autoriza a los alcaldes y gobernadores para asumir la garantía de las operaciones de crédito de Findeter a las prestadoras de servicios públicos sin la autorización o la consulta a los respectivos concejos municipales o distritales y a las asambleas departamentales.

104. Esta última regla limita la función representativa tanto de los concejos como de las asambleas. Del mismo modo, esa disposición interfiere en la labor de control político que realizan los concejos y las asambleas respecto de la actuación de los alcaldes y los gobernadores. Aun cuando estos no ostenten poderes especiales bajo los estados de excepción, esta función de control político adquiere mayor relevancia y es ineludible durante situaciones de emergencia en las que todas las medidas deben considerar la mayor cantidad de perspectivas. Además, esa autorización incondicionada desconoce que el artículo 215 de la Constitución no faculta al presidente para restringir el funcionamiento democrático de los concejos municipales o distritales y las asambleas departamentales.

105. Asimismo, la Corte ha resaltado la importancia del principio democrático al señalar que este: “constituye un valor fundante y fin esencial, el principio de mayor trascendencia institucional, la directriz que rige el ordenamiento en su conjunto”. Del análisis realizado en la sentencia C-082 de 1996, se estableció que: “(...) las asambleas departamentales y los concejos municipales tienen a su cargo, entre otras funciones, el control político sobre la gestión gubernamental” y que “(...) la atribución de funciones a diferentes órganos, autónomos e independientes entre sí, busca evitar la concentración de poder político en una persona (dictador, monarca) o en una institución (junta, comité o partido)”. En esa oportunidad, la Corte concluyó que: “(...) la separación de funciones representa, por lo tanto, una garantía institucional para el correcto funcionamiento del aparato estatal. Esta garantía institucional constituye un presupuesto normativo necesario para el control horizontal y vertical del poder político”.

106. Así entonces, es claro que el principio democrático también se concreta en el control político ejercido por los concejos municipales y las asambleas departamentales. Este es uno

de los pilares fundamentales sobre los que se erige el Estado colombiano. No existe entonces atribución alguna que se desprenda de la Constitución y que habilite al presidente para modificar, así sea temporalmente, el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado en el nivel territorial.

107. Por otra parte, el numeral noveno del artículo 300 de la Constitución estableció que las asambleas departamentales tienen la función de autorizar a los gobernadores para realizar ciertas operaciones, como la celebración de contratos. La misma lógica opera en la relación entre los concejos municipales y los alcaldes de conformidad con el numeral tercero del artículo 313 de la Constitución. Eso significa que la Constitución no solo ha pretendido un rol de control político y democrático de las asambleas y los concejos, sino que ha incorporado una lógica de cooperación y actuación conjunta de las diferentes instancias de gobierno, administración y deliberación territorial.

108. Dentro de ese marco constitucional, las medidas adoptadas por el gobierno nacional durante un estado de excepción deben procurar mantener ese principio de colaboración con el fin de que las decisiones territoriales sean rápidas, eficaces y producto de la actuación expedita pero concurrente de las autoridades. Lo que no es dable al gobierno nacional es intervenir en la autonomía territorial para eliminar completamente la participación de una autoridad local en decisiones relevantes sobre las cuales, como ya se indicó, la Constitución optó por la actuación concurrente y habilitante de las asambleas o los concejos.

109. En este punto, la Sala Plena considera necesario introducir una distinción. Por una parte, en este caso se ha analizado la habilitación conferida a los alcaldes y gobernadores para celebrar los contratos necesarios para garantizar las operaciones de crédito a las que se refiere el Decreto Legislativo 581 de 2020. Este tipo de competencia para contratar, fungir como garante y comprometer vigencias futuras difiere de la facultad atribuida a los alcaldes y gobernadores para realizar modificaciones, adiciones o traslados presupuestales, sin la autorización de los concejos municipales o asambleas departamentales, conferida en el Decreto Legislativo 512 de 2020.

110. El Decreto Legislativo 512 de 2020 fue declarado constitucional mediante la sentencia C-186 de 2020. En esa oportunidad, la Corte consideró que los alcaldes o gobernadores podían realizar de manera autónoma las modificaciones, adiciones o traslados

presupuestales en los siguientes términos. Por una parte, el tribunal indicó que la medida era razonable en tanto no comprendía la competencia para expedir el presupuesto. Eso significa que los alcaldes y los gobernadores no operan discrecionalmente sino en el marco de los presupuestos previamente aprobados. En segundo lugar, la Sala Plena tuvo en cuenta que la modificación, adición o traslado del presupuesto recaía exclusivamente sobre la vigencia fiscal 2020. En tercer lugar, el tribunal señaló que los principios constitucionales de celeridad y eficacia de la administración fundamentaban la posibilidad de realizar modificaciones a los presupuestos departamentales o municipales -previamente aprobados por las asambleas o los concejos- con el fin de destinar recursos a la atención de la emergencia causada por el COVID-19. Finalmente, la Corte advirtió que la modificación de los presupuestos de los departamentos y los municipios no se encontraba regulada directamente en la Constitución lo que dejaba un margen de actuación al legislador y al Gobierno durante los estados de excepción.

111. Las consideraciones realizadas en la sentencia C-186 de 2020 no son aplicables al control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 581 de 2020. Por una parte, la celebración discrecional de un contrato para fungir como garante de una obligación difiere sustancialmente de una modificación presupuestal. Asimismo, la esencia de la garantía de una operación de crédito compromete una o varias vigencias futuras; de manera que no opera sobre un presupuesto previamente aprobado por los concejos o las asambleas sino sobre presupuestos futuros. Todavía más importante, a diferencia de las modificaciones presupuestales de las entidades territoriales, el requerimiento obligatorio de la autorización por parte de las asambleas departamentales o los concejos para que los gobernadores o los alcaldes celebren contratos fue establecido de manera expresa en la Constitución. Como ya se indicó, el artículo 300-9 dispone que es función de las asambleas municipales “autorizar al gobernador del departamento para celebrar contratos”. Por su parte, el artículo 313-3 establece que es función de los concejos municipales “autorizar al alcalde para celebrar contratos”.

112. El argumento central de la sentencia C-186 de 2020 es que, ante la ausencia de regulación constitucional expresa, la Corte Constitucional puede valorar las razones para que el presidente de la república habilite temporalmente a los alcaldes y gobernadores para realizar modificaciones a los presupuestos que ya han aprobado las asambleas departamentales y los concejos municipales. Por esa razón, la Corte evaluó los argumentos

del Decreto Legislativo 512 de 2020 y declaró la validez constitucional de las medidas adoptadas por el Gobierno. Por el contrario, en relación con el Decreto Legislativo 581 de 2020, el tribunal no se puede basar en la misma premisa toda vez que se trata de una materia sobre la que existen reglas constitucionales expresas y claras. La posibilidad de que el presidente habilitara a los alcaldes o gobernadores para actuar en contra de mandatos constitucionales no fue objeto de análisis en la sentencia C-186 de 2020. Eso significa que el problema jurídico resuelto en esa oportunidad difiere sustancialmente del que ha abordado la Corte en el juicio de constitucionalidad del Decreto Legislativo 581 de 2020.

113. Por estas razones, la Corte condicionará la facultad conferida a los alcaldes y gobernadores para suscribir los contratos de garantía de las operaciones de crédito a las que se refiere el Decreto Legislativo 581 de 2020. De manera que la garantía de las operaciones de crédito previstas en este decreto legislativo por parte de los municipios y los departamentos, además de ser estrictamente voluntaria, requiere la autorización de los concejos municipales o distritales y de las asambleas departamentales -según corresponda- en los términos que indican tanto el numeral noveno del artículo 300 como el numeral tercero del artículo 313 de la Constitución. En consecuencia, la Corte declarará la constitucionalidad condicionada de las expresiones: “sin que sea necesario ningún otro requisito o autorización de otras entidades u órganos estatales” establecidas en el numeral 2.3 del artículo 2 del Decreto legislativo 581 de 2020.

114. En cuarto lugar, las medidas del artículo 2 del Decreto 581 de 2020 superan los juicios de intangibilidad, no contradicción específica e incompatibilidad. Como se trata de medidas que no limitan los derechos fundamentales, sino que se dirigen hacia la protección de las garantías constitucionales por medio de la prestación efectiva de los servicios públicos, estas no presentan tensiones con las normas internas e internacionales que establecen el catálogo de derechos humanos.

115. Asimismo, la regulación de unas condiciones especiales y favorables de créditos para las prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de un sistema de garantías para esas obligaciones no exceden el margen de actuación del ejecutivo bajo los estados de excepción. Adicionalmente, las condiciones especiales de las operaciones de crédito y sus garantías no limitan o restringen los derechos de los trabajadores. Finalmente, la exención del gravamen a los movimientos financieros para los desembolsos que resulten de estas operaciones de

crédito no implica, de ninguna manera, una suspensión general de ese gravamen establecido en la Ley 633 de 2000.

116. Asimismo, las condiciones especiales de crédito y el sistema de garantías superan el juicio de necesidad fáctica y jurídica. Por una parte, el establecimiento de una línea de crédito público para soportar la liquidez y el capital de trabajo de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios solo tiene sentido si esta se configura de una manera económicamente competitiva en relación con las líneas de financiación que ofrece el mercado privado de crédito. De manera que el presidente no incurrió en error al establecer una serie de condiciones favorables (posibilidad de tasa cero, exención del gravamen a los movimientos financieros y garantías especiales) para los créditos que Findeter aprobará a favor de las prestadoras de servicios públicos. Del mismo modo, el carácter inédito de esta función y la favorabilidad de las condiciones de crédito resultan difícilmente comparables con otras existentes en el ordenamiento jurídico. Por esa razón, la Corte verifica que no existían provisiones legales suficientes y adecuadas para lograr unas condiciones de crédito equivalentes a las que ahora ofrece el Estado a favor de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

117. Estas medidas también satisfacen los requisitos del juicio de no discriminación porque no establecen tratos diferenciados injustificados, ni acuden a criterios sospechosos para establecer una respuesta jurídica diferente a fenómenos, sujetos o situaciones que deberían ser tratados de la misma manera.

118. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala Plena considera que las condiciones especiales de crédito y el sistema de garantías de esas obligaciones puede representar un traslado de fondos públicos hacia el sector privado que podría ser desproporcionado. Sin embargo, la Corte encuentra que estas medidas superan el juicio de proporcionalidad. Esto es así porque el Estado no limita ningún derecho fundamental, sino que crea mecanismos para salvaguardar la existencia y el funcionamiento de las personas naturales o jurídicas que garantizan algunos de esos derechos por la vía de la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

119. Ahora bien, del hecho de que no exista una limitación a los derechos fundamentales no se puede concluir que la actuación del Estado para aliviar las cargas financieras de las

prestadoras de servicios públicos pueda ser desproporcionada en relación con otros objetivos constitucionales que también requieren financiación pública o en relación con otros criterios y principios constitucionales, como la sostenibilidad fiscal, la autonomía territorial y la protección del Sistema General de Participaciones.

120. Por esa razón, en el criterio de la Corte, la exención del gravamen a los movimientos financieros y la tasa cero solo son proporcionales si se entiende que esta última no excluye la posibilidad de que Findeter implemente, si lo considera necesario y eficiente, mecanismos de indexación aplicables al momento del pago o recuperación de los créditos. No se puede entender que, con esta medida, el Estado -por medio de Findeter- subsidiará el sostenimiento del capital de trabajo o la liquidez de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Como ya se ha establecido, el objetivo de estas medidas es ofrecer una línea favorable de créditos que Findeter debe recuperar sin obtener por ello rendimientos financieros, pero sin asumir el costo por la devaluación del dinero. Solo de esa manera se evita que Findeter realice operaciones antieconómicas que no están justificadas por el decreto legislativo objeto de estudio.

121. Asimismo, la extensión automática de los montos de los créditos a dos periodos de facturación resulta proporcional. En efecto, es razonable extender la posibilidad de que las prestadoras de servicios públicos accedan a líneas de crédito para dos periodos de facturación adicionales. Esto se justifica porque las medidas adoptadas por el gobierno nacional tienen el potencial de prolongarse durante varios periodos de facturación. Incluso aquellas medidas especiales en materia de servicios públicos que se dictaron para un solo periodo de facturación pueden afectar, en la práctica, la liquidez y el capital de trabajo de las empresas durante varios periodos de facturación.

122. Sin embargo, en cada uno de esos periodos de facturación, el grado de afectación puede ser diferente. De la respuesta entregada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a las preguntas formuladas por la Corte en el auto del 27 de abril de 2020, se desprende que:

“(…) los impactos sobre los ingresos de las empresas pueden ser superiores a los proyectados, lo anterior, pues la medida de aislamiento preventivo obligatorio ha generado un cambio en los patrones de consumo de servicios públicos por parte de los hogares. Esto

ha ocurrido porque los consumos que, en condiciones ordinarias, se realizaban fuera de la vivienda (e.g. lugares de trabajo, colegios, entre otros) se han desplazado temporalmente a los hogares. Cifras preliminares indican que los consumos han aumentado entre un 15 a un 25%, de forma tal que la carga porcentual de la facturación correspondiente a los usuarios residenciales de los estratos 1 y 2 puede ser incluso mayor a la mencionada en el párrafo anterior”.

123. Por esa razón, la extensión del monto de los créditos dependerá, como lo establece el propio Decreto Legislativo 581 de 2020, de que la empresa acredite la necesidad y de que ese monto sea aprobado por Findeter después de conocer la previsión realizada por los Ministerios de Minas y Energía o de Vivienda, Ciudad y Territorio y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En consecuencia, la extensión de los créditos se podrá realizar por montos superiores o inferiores de conformidad con los parámetros e informes mencionados.

124. Por último, en relación con el sistema de garantías, la Corte entiende que el mecanismo trídico de garantes basado en la participación de los entes territoriales, el Sistema General de Participaciones y el Fondo Nacional de Garantías es proporcional debido al carácter estrictamente voluntario de la asunción de la garantía por parte de los departamentos y municipios. En estos casos, se debe obtener, además, la autorización del respectivo concejo o asamblea.

125. La reafirmación del carácter voluntario del ejercicio de la facultad de garantizar las operaciones de crédito por parte de los entes territoriales obedece a la extensa lista de obligaciones que los municipios y departamentos ya han asumido para subsidiar o financiar las medidas ordenadas por el gobierno nacional, en su mayoría, para asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios. El resumen de estas medidas se aprecia en la tabla 3.

Tabla 3. Cargas impuestas a los entes territoriales antes de la expedición del

Decreto Legislativo 581 de 2020

Norma

Medida

Decreto Legislativo 441 de 2020

Los costos de reinstalación y/o reconexión de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, aseo y alcantarillado, serán asumidos inicialmente por los prestadores de servicios públicos, sin perjuicio de que los mencionados prestadores puedan, para tal actividad de reinstalación y/o reconexión, gestionar aportes de los entes territoriales.

Los municipios y distritos deben asegurar el acceso a agua potable mediante la prestación del servicio público de acueducto, y/o esquemas diferenciales, a través de las personas prestadoras que operen en cada municipio o distrito.

En aquellos sitios en donde no sea posible asegurar el acceso a agua potable mediante la prestación del servicio público de acueducto y/o los esquemas diferenciales, los municipios y distritos deberán garantizarlo a través de medios alternos de aprovisionamiento como carrotanques, agua potable tratada envasada, tanques de polietileno sobre vehículos de transporte, tanques colapsibles, entre otros, cumpliendo con las características y criterios de la calidad del agua para consumo humano señalados en el ordenamiento jurídico.

Decreto Legislativo 444 de 2020

Crea el Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME, como un fondo cuenta sin personería jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Los recursos de este fondo provendrán, entre otros, de los recursos provenientes del Fondo de Pensiones Territoriales —FONPET, en los términos señalados en el presente decreto legislativo.

Decreto Legislativo 461 de 2020

Faculta a los gobernadores y alcaldes para que reorienten las rentas de destinación específica de sus entidades territoriales con el fin de llevar a cabo las acciones necesarias para hacer frente a las causas que motivaron la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, en el marco de lo dispuesto en el Decreto 417 de 2020.

Faculta a los gobernadores y alcaldes para que puedan reducir las tarifas de los impuestos de sus entidades territoriales.

Decreto Legislativo 482 de 2020

Las secretarías de salud de los municipios, entre otras entidades, deberán coordinar los “Puntos Seguros” instalados para las operaciones de transporte público en las vías nacionales.

Decreto Legislativo 512 de 2020

Faculta a los gobernadores y alcaldes para realizar las adiciones, modificaciones, traslados y demás operaciones presupuestales a que haya lugar, únicamente para efectos de atender la ejecución de los recursos que, en el marco de sus competencias, eran necesarios para atender la emergencia económica, social y ecológica.

Decreto Legislativo 539 de 2020

Durante el término de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID- 19, los gobernadores y alcaldes estarán sujetos a los protocolos que sobre bioseguridad expida el Ministerio de Salud y Protección Social. Además, deberán vigilar su cumplimiento.

126. En conclusión, la Corte declarará constitucional el artículo 2 del Decreto Legislativo 581 de 2020. Sin embargo, la Corte reafirma la intención del decreto legislativo sub judice en el sentido de establecer el carácter estrictamente voluntario de la facultad de las entidades territoriales (departamentos y municipios) para fungir como garantes de las operaciones de crédito reguladas en este decreto legislativo. En segundo lugar, la Corte entiende que la tasa cero que rige para estas operaciones de crédito no es imperativa, ni conlleva la imposibilidad de que Findeter aplique criterios de indexación de los montos de los créditos con el fin de recuperar la capacidad adquisitiva del dinero proporcionado a las prestadoras de servicios públicos.

127. Además, la Corte declarará la constitucionalidad condicionada de las expresiones “sin que sea necesario ningún otro requisito o autorización de otras entidades u órganos estatales”, incluidas en el numeral 2.3 del artículo 2 del Decreto Legislativo 581 de 2020. El tribunal reitera que el artículo 215 de la Constitución no faculta al presidente para eliminar el control político que ejercen los concejos municipales o distritales y las asambleas departamentales, ni para interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público o de los órganos del Estado.

128. Finalmente, en lo que respecta a la solicitud formulada por el procurador general de la nación frente a la condicionalidad del numeral 2.3 del artículo 2 del decreto sub examine, en el sentido de que: “no podrá condicionarse el otorgamiento de los créditos a los que hace referencia el decreto objeto de análisis a que los gobernadores y alcaldes sean garantes de los mismos”, la Sala Plena manifiesta que de dicha norma no se desprende de la referida disposición jurídica.

129. Como se ha explicado previamente, el otorgamiento de garantías a las prestadoras de servicios públicos por parte de los entes territoriales es una potestad facultativa. A su vez, las líneas de crédito a otorgar por parte de Findeter no están supeditadas a que los entes territoriales sean los garantes de los créditos sino al cumplimiento de las condiciones fijadas en el decreto legislativo y en el reglamento de crédito que será expedido por el propio Findeter.

Todo el análisis de constitucionalidad realizado por la Sala Plena en relación con el artículo 2 del Decreto Legislativo 581 de 2020 se resume en la tabla 4.

Tabla 4. Resumen del escrutinio de constitucionalidad del artículo 2º del Decreto Legislativo 581 de 2020

Medida

Contenido

Supera juicios validez

Decisión

1. Definición del monto del crédito

Ministerios de Minas y Energía o Vivienda, Ciudad y Territorio + Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios + Findeter

Sí

Exequible

2. Condiciones favorables del crédito

Tasa cero

Exención GMF

Cuenta exclusiva

Sí

Exequible

3. Otras condiciones de las operaciones de crédito

Findeter define reglas especiales mediante reglamentos

Cumplimiento normas de operaciones de crédito

Sí

Exequible

4. Sistema trádico de garantes

Entes territoriales

Sí

Exequible

SGP

Sí

Exequible

Sí

Exequible

5. Decisión sobre la garantía por parte de los entes territoriales

Gobernadores y alcaldes deciden sin consultar con asambleas o concejos

Sí

Exequible condicionada:

se requiere la autorización de las asambleas departamentales o los concejos municipales

6. Prórroga automática de los montos de los créditos

Prórroga de los montos por dos periodos de facturación

Sí

Exequible

7.3. La financiación de Findeter mediante la emisión de instrumentos de deuda

130. El artículo 3 del Decreto Legislativo 581 de 2020 estableció un mecanismo para que Findeter obtenga financiación para respaldar estas nuevas operaciones de crédito directo a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Ese mecanismo se basa en la emisión de instrumentos de deuda, por un plazo de 40 meses; pagaderos al vencimiento; renovables por

12 meses; sin garantías; exentos tanto del impuesto sobre las ventas como de los gravámenes a los movimientos financieros y, cuyos gastos de administración asumirá el propio Findeter.

131. La Corte coincide con los intervinientes y con el procurador general de la nación en que esta norma supera todos los juicios de validez material. En efecto, la finalidad, conexidad material y motivación suficiente de estas medidas quedó expuesta tanto en las consideraciones del Decreto Legislativo 581 de 2020 como del Decreto 417 de 2020. En el primero, el gobierno nacional indicó que la fuente de los recursos para las nuevas operaciones de crédito directo de Findeter:

“(...) provendrán del Fondo de Mitigación de Emergencia -FOME, creado por el Decreto Legislativo 444 del 21 de marzo de 2020, el cual indica en el numeral 4 del artículo 4 que los recursos del Fondo pueden ser usados para invertir en instrumentos de capital o deuda emitidos por empresas privadas, públicas o mixtas que desarrollen actividades de interés nacional, incluyendo acciones con condiciones especiales de participación, dividendos y/o recompra, entre otras”.

132. Asimismo, en el decreto declaratorio del estado de excepción, el gobierno nacional había previsto que:

“(...) dada la necesidad de recursos líquidos para atender las crecientes necesidades generadas con esta crisis, se deben adoptar medidas extraordinarias que permitan la reducción y optimización del capital de las entidades financieras con participación accionaria estatal. Igualmente, estas medidas le deben permitir a la Nación emitir títulos o respaldar su emisión con destino a operaciones de liquidez con el Banco de República”.

133. Estas medidas también superan los juicios de ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad y no discriminación. Ello es así en tanto las medidas no limitan derechos fundamentales, no desmejoran derechos de los trabajadores, no introducen ningún tipo de distinción, no interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público, no suspenden leyes, no contrarían ni la Constitución ni los tratados internacionales y no exceden el marco de actuación del gobierno nacional bajo estados de excepción. A su vez, el parágrafo del artículo 47 de la Ley 137 de 1994 atribuye al gobierno la facultad para modificar tributos bajo el estado de emergencia.

134. Del mismo modo, la necesidad fáctica, la necesidad jurídica y la proporcionalidad de las medidas se puede analizar a la luz del siguiente cuestionamiento: ¿habría sido constitucionalmente válido autorizar a Findeter para realizar operaciones de crédito directo en condiciones favorables para las prestadoras de servicios públicos domiciliarios sin establecer un mecanismo para que Findeter obtuviera, a su vez, recursos para respaldar esas operaciones? La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que las habilitaciones previstas en el artículo 3 del Decreto Legislativo 581 de 2020 son imprescindibles como una nueva vía para que Findeter obtenga los recursos que destinará a las operaciones de crédito directo a favor de las prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

135. De manera tal que la necesidad y la proporcionalidad de esta disposición se inserta dentro de la siguiente premisa: si Findeter fue autorizado para realizar nuevas operaciones de crédito directo, es dable inferir que requerirá mayores recursos. En consecuencia, resulta apenas necesario y proporcionado que se le haya autorizado también para la emisión de instrumentos de deuda en los términos del artículo 3 del decreto legislativo objeto de estudio.

136. Al mismo tiempo, la Corte señala que este tipo de operaciones para financiar a Findeter, establecidas en el artículo 3 del decreto legislativo sub examine son compatibles y coherentes con los artículos 4.4 y 4.5. del Decreto Legislativo 444 de 2020. En este último, se estableció que el Fondo de Mitigación de Emergencias podrá financiar directamente o invertir en instrumentos de deuda emitidos por empresas públicas, privadas o mixtas cuando la actividad de estas últimas sea de interés nacional. Eso significa que las operaciones previstas en el Decreto Legislativo 444 de 2020 no tornan innecesarias las operaciones establecidas en el artículo 3 del Decreto Legislativo 581 de 2020. Por el contrario, estas últimas son una concreción de las habilitaciones generales previstas en el Decreto Legislativo 444 de 2020.

137. Por estas razones, la Corte declarará la constitucionalidad del artículo 3 del Decreto Legislativo 581 de 2020.

8. Síntesis de la decisión

138. La Sala Plena de la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 581 del 15 de abril de 2020. Este estableció la competencia de Findeter para otorgar créditos directos, hasta con tasa cero, a favor de las empresas de servicios públicos

domiciliarios con el fin de mantener su liquidez y capital de trabajo cuando estas sean afectadas por las medidas adoptadas por el gobierno nacional en el marco de la emergencia económica, social y ecológica. Además, se facultó a Findeter para emitir títulos de deuda con el fin de obtener recursos para respaldar estas nuevas operaciones de crédito.

139. La Corte reiteró su jurisprudencia sobre el parámetro del control formal y material de las medidas adoptadas por el gobierno nacional durante un estado de excepción. En aplicación de ese parámetro, la Corte verificó que el decreto legislativo satisfacía todos los requisitos formales de validez porque fue expedido por la autoridad competente, en desarrollo del estado de excepción declarado mediante el Decreto 417 de 2020 y dentro de su vigencia. Además, el tribunal constató que el presidente de la república justificó la expedición de este decreto legislativo de manera suficiente, pues hizo referencia: i) a las razones fácticas y normativas que dieron lugar al estado de emergencia y ii) a las razones para justificar las medidas que se ordenaban en la parte resolutive del decreto.

140. En relación con las exigencias materiales, la Corte analizó las medidas adoptadas por cada uno de los tres artículos del decreto legislativo. En ejercicio de ese escrutinio, sobre el artículo 1 del Decreto Legislativo 581 de 2020, la Sala Plena consideró necesario establecer un condicionamiento. Con el fin de superar el juicio de no discriminación, la Corte indicó que las potenciales beneficiarias de las operaciones de crédito -a que se refiere este decreto- no se restringieran a las empresas prestadoras de servicios públicos, sino que se entendieran incluidas otras personas, asociaciones u organizaciones que también se encargan de prestar el servicio público domiciliario de agua potable y saneamiento básico. Estas últimas fueron destinatarias de las medidas adoptadas por el gobierno nacional durante la emergencia y, por esa razón, también pueden ver afectada su liquidez o capital de trabajo.

141. Sobre las medidas previstas en el artículo 2 del decreto legislativo, la Corte concluyó estas superan los juicios de validez material. Sin embargo, una de las medidas será declarada constitucional bajo un condicionamiento. Se trata de la habilitación a favor de las gobernadoras y alcaldesas para decidir sobre la garantía de estas operaciones de crédito con el desplazamiento absoluto de las asambleas y concejos. Para superar el juicio de ausencia de arbitrariedad, se estableció que la autorización de las asambleas departamentales y los concejos municipales es necesaria de conformidad con los artículos 300 y 313 de la Constitución.

142. Además, en el análisis de las otras medidas establecidas por el artículo 2 del decreto legislativo, la Corte consideró que era necesario realizar dos aclaraciones imprescindibles para que estas superen los juicios de validez material. Por una parte, la Sala Plena reiteró que la participación de los entes territoriales como garantes de las operaciones de crédito es voluntaria. En segundo lugar, la Corte estableció que la tasa cero que rige para estas operaciones de crédito no impide que Findeter establezca mecanismos para garantizar la recuperación indexada de la cartera mediante la actualización de los montos de los créditos. Para el tribunal, no se trata de condicionar la constitucionalidad de las medidas sino de reafirmar la intención normativa que se deriva del propio texto del decreto legislativo.

143. Por último, la Corte concluyó que los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 581 de 2020 superaron todos los juicios de validez material.

VI. 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

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 1 del Decreto Legislativo 581 de 2020, salvo la siguiente expresión “empresas de servicios públicos domiciliarios”, la cual se condiciona en el sentido de que el universo de las beneficiarias de las operaciones de crédito incluye a todas las prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico con independencia de su condición de empresas.

SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 2 del Decreto Legislativo 581 de 2020, salvo la expresión “sin que sea necesario ningún otro requisito o autorización de otras entidades u órganos estatales” que se declarará exequible en el entendido de que no excluye la autorización de las asambleas departamentales y los concejos municipales.

TERCERO.- Declarar EXEQUIBLES los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 581 de 2020.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

(Con salvamento parcial de voto)

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

(Con aclaración de voto)

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General