

Sentencia C-309/20

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE AUTORIZA AL FONDO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SECTOR ELECTRICO A REALIZAR OPERACIONES DE CREDITO PUBLICO-Exequibilidad

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

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

ESTADOS DE EXCEPCION-Carácter reglado, excepcional y limitado

ESTADOS DE EXCEPCION-Control político y control jurídico

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Contenido

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

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PUBLICA-Competencias 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 30 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.

DECRETOS EXPEDIDOS DURANTE ESTADOS DE EXCEPCION-Sujetos a requisitos y limitaciones formales y materiales/DECRETOS EXPEDIDOS DURANTE ESTADOS DE EXCEPCION-Criterios y parámetros de control constitucional/PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN ESTADOS DE EXCEPCION-Alcance

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE AUTORIZA AL FONDO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SECTOR ELECTRICO A REALIZAR OPERACIONES DE CREDITO PUBLICO-Contenido y alcance

TOMA DE POSESION-Medida de intervención extrema de la Superintendencia de Servicios Públicos

TOMA DE POSESION DE EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Finalidades

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio formal

El control 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 juicios que 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, las medidas adoptadas en los decretos legislativos deben estar directa y específicamente encaminadas 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) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia; e (ii) interno, esto es, la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente.

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

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, cobra mayor exigencia al tratarse de medidas que limitan derechos constitucionales en los términos del artículo 8 de la LEEE.

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

Este juicio 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. Al efecto, se impone a la Corte Constitucional el deber de 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 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

Este juicio parte del reconocimiento acerca del carácter “intocable” de algunos derechos que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93 y 214 de la Constitución, y 5 de la LEEE, no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción. La Corte ha establecido que, en virtud de tales disposiciones y del derecho internacional de los derechos humanos, son 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

Este juicio tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contraríen de manera específica la Constitución o 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 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 legislativos.

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

Según el artículo 12 de la LEEE, este juicio 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, este juicio 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 (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 las medidas 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. La finalidad de este juicio, como dijo la Corte en la Sentencia C-179 de 1994 mediante la cual revisó la constitucionalidad de la LEEE, es “impedir que se cometan abusos o extralimitaciones en la adopción de las medidas que, en todo caso, deben ser las estrictamente indispensables para retornar a la normalidad”.

Previsto en el artículo 13 de la LEEE, este juicio 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 en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

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

De acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la LEEE, este juicio exige que las medidas

adoptadas con ocasión de los estados de excepción no puedan entrañar 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.

Referencia: Expediente RE-336

Asunto: Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 809 de 4 de junio de 2020 “[p]or el cual se autoriza al Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) a realizar operaciones de crédito público para garantizar los procesos de toma de posesión a cargo del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios afectados por la emergencia sanitaria”

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020)

La Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial la prevista en el numeral 7 del artículo 241 de la Constitución, y cumplidos los trámites y requisitos establecidos en el Decreto Legislativo 2067 de 1991, decide definitivamente sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 809 de 4 de junio de 2020 (en adelante, el

“Decreto”) expedido por el Presidente de la República en desarrollo del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado mediante Decreto 637 de 2020 con fundamento en el artículo 215 de la Constitución, cuyo texto es el siguiente:

I. TEXTO DEL DECRETO LEGISLATIVO OBJETO DE REVISIÓN

“DECRETO LEGISLATIVO 809 DE 2020

Junio 4 de 2020

Por el cual se autoriza al Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) a realizar operaciones de crédito público para garantizar los procesos de toma de posesión a cargo del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios afectados por la emergencia sanitaria

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 637 del 06 de mayo de 2020 “Por el cual se declaró un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional” y

CONSIDERANDO

Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

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

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

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

Que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud – OMS declaró el actual brote de enfermedad por Coronavirus – COVID-19 como una pandemia, esencialmente por la velocidad de su propagación y la escala de transmisión, toda vez que al 11 de marzo de 2020 a la OMS se habían notificado cerca de 125.000 casos de contagio en 118 países, y que a lo largo de esas últimas dos semanas el número de casos notificados fuera de la República Popular China se había multiplicado en 13 veces, mientras que el número de países afectados se había triplicado, por lo que instó a los países a tomar acciones urgentes.

Que mediante la Resolución 380 del 10 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó, entre otras, medidas preventivas sanitarias de aislamiento y cuarentena de las personas que, a partir de la entrada en vigencia de la precitada resolución, arribaran a Colombia desde la República Popular China, Francia, Italia y España.

Que mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo Coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud de esta, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del Coronavirus COVID-19 y mitigar sus efectos.

Que pese a las medidas adoptadas, el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 10 de mayo de 2020, 463 muertes y 11.063 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (4.155), Cundinamarca (283), Antioquia (468), Valle del Cauca (1.331), Bolívar (679), Atlántico (970), Magdalena (271), Cesar (72), Norte de Santander (99), Santander (42), Cauca (47), Caldas (100), Risaralda (216), Quindío (67), Huila (178), Tolima (130), Meta (923), Casanare (21), San Andrés y Providencia (6), Nariño (296), Boyacá (67), Córdoba (39), Sucre (4) La Guajira (27), Chocó (28), Caquetá (16) y Amazonas (527); (ii) reportó el 11 de mayo de 2020 479 muertes y 11.613 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (4.305), Cundinamarca (289), Antioquia (474), Valle del Cauca (1.367), Bolívar (742), Atlántico (1.022), Magdalena (284), Cesar (72), Norte de Santander (99), Santander (42), Cauca (51), Caldas (100), Risaralda (216), Quindío (71), Huila (179), Tolima (130), Meta (927), Casanare (21), San Andrés y Providencia (6), Nariño (306), Boyacá (77), Córdoba (39), Sucre (4) La Guajira (27), Chocó (28), Caquetá (16), Amazonas (718), Putumayo (1); y (iii) reportó el 13 de mayo de 2020 509 muertes y 12.930 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (4.685), Cundinamarca (311), Antioquia (491), Valle del Cauca

(1.478), Bolívar (936), Atlántico (1.268), Magdalena (322), Cesar (72), Norte de Santander (104), Santander (42), Cauca (54), Caldas (104), Risaralda (233), Quindío (78), Huila (187), Tolima (134), Meta (938), Casanare (25), San Andrés y Providencia (21), Nariño (338), Boyacá (87), Córdoba (42), Sucre (4) La Guajira (32), Chocó (40), Caquetá (19), Amazonas (871), Putumayo (2), Vaupés (11), Arauca (1).

Que según la Organización Mundial de la Salud – OMS, se ha reportado la siguiente información: (i) en reporte número 57 de fecha 17 de marzo de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 179.111 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 7.426 fallecidos, (ii) en reporte número 62 de fecha 21 de marzo de 2020 a las 23:59 p.m. CET señaló que se encuentran confirmados 292.142 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 12.783 fallecidos, (iii) en reporte número 63 de fecha 23 de marzo de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 332.930 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 14.509 fallecidos, (iv) en el reporte número 79 de fecha 8 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET se encuentran confirmados 1.353.361 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 79.235 fallecidos, (v) en el reporte número 80 del 9 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.436.198 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 85.521 fallecidos, (vi) en el reporte número 81 del 10 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.521.252 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 92.798 fallecidos, (vii) en el reporte número 82 del 11 de abril de 2020. a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.610.909 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 99.690 muertes, (viii) en el reporte número 83 del 12 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.696.588 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 105.952 fallecidos, (ix) en el reporte número 84 del 13 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.773.084 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 111.652 fallecidos, (x) en el reporte número 85 del 14 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.844.863 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 117.021 fallecidos, (xi) en el reporte número 86 del 15 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.914.916 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 123.010 fallecidos, (xii) en el reporte número 87 del 16 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 1.991.562 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 130.885 fallecidos, (xiii) en el reporte número 88 del 17 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló

que se encuentran confirmados 2.074.529 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 139.378 fallecidos, (xiv) en el reporte número 89 del 18 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 2.160.207 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 146.088 fallecidos, (xv) en el reporte número 90 del 19 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 2.241.778 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 152.551 fallecidos, (xvi) en el reporte número 91 del 20 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 2.314.621 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 157.847 fallecidos y (xvii) en el reporte número 92 del 21 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 2.397.217 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 162.956 fallecidos, (xviii) en el reporte número 93 del 22 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 2.471.136 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 169.006 fallecidos, (xix) en el reporte número 94 del 23 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 2.544.792 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 175.694 fallecidos, (xx) en el reporte número 95 del 24 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 2.626.321 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 181.938 fallecidos, (xxi) en el reporte número 96 del 25 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 2.719.896 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 187.705 fallecidos, (xxii) en el reporte número 97 del 26 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 2.804.796 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 193.710 fallecidos, (xxiii) en el reporte número 98 del 27 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 2.878.196 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 198.668 fallecidos, (xxiv) en el reporte número 99 del 28 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 2.954.222 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 202.597 fallecidos, (xxv) en el reporte número 100 del 29 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 3.018.952 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 207.973 fallecidos, (xxvi) en el reporte número 101 del 30 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 3.090.445 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 217.769 fallecidos, (xxvii) en el reporte número 102 del 1 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 3.175.207 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 224.172 fallecidos, (xxviii) en el reporte número 103 del 2 de mayo de 2020 a las 3.267.184 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 229.971 fallecidos, (xxix) en el reporte número 104 del 3 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran

confirmados 3.349.786 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 238.628 fallecidos, (xxx) en el reporte número 105 del 4 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 3.435.894 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 239.604 fallecidos, (xxxi) en el reporte número 106 del 5 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 3.517.345 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 243.401 fallecidos, (xxxii) en el reporte número 107 del 6 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 3.588.773 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 247.503 fallecidos, (xxxiii) en el reporte número 108 del 7 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 3.672.238 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 254.045 fallecidos, (xxxiv) en el reporte número 109 del 8 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 3.759.967 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 259.474 fallecidos, (xxxv) en el reporte número 110 del 9 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 3.855.788 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 265.862 fallecidos, (xxxvi) en el reporte número 111 del 10 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 3.917.366 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 274.361 fallecidos, (xxxvii) en el reporte número 112 del 11 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 4.006.257 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 278.892 fallecidos, (xxxviii) en el reporte número 113 del 12 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 4.088.848 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 283.153 fallecidos, y (xxxix) en el reporte número 114 del 13 de mayo de 2020 a las 10:00 a.m. CEST señaló que se encuentran confirmados 4.170.424 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 287.399 fallecidos.

Que mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de 30 días calendario, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo Coronavirus COVID-19.

Que dentro de las medidas generales tenidas en cuenta en el Decreto 637 del 6 de mayo de

2020 para la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, se incluyeron las siguientes:

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 los empleos, la protección de las empresas y la prestación de los distintos servicios para los habitantes del territorio colombiano, así como la mitigación y prevención del impacto negativo en la economía del país.

(...)

Que en consideración a los efectos económicos y sociales de la pandemia, en especial aquellos relacionados con la reducción en la capacidad de pago de la población más vulnerable, se hace necesario establecer medidas relativas a la focalización de recursos y subsidios destinados a satisfacer las necesidades básicas de la población, así como a la revisión de los criterios e indicadores a través de los cuales se asignan dichos recursos, la manera como se determinan sus ejecutores y la estructuración o reestructuración de los fondos o mecanismos a través de los cuales se ejecutan.

(...)

Con el objeto de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos será necesario adoptar medidas para hacerla más eficiente y garantizar la sostenibilidad de los procedimientos, costos y tarifas asociados, así como establecer mecanismos de priorización, ajuste y racionalización de los trámites y procesos, mitigando los impactos de la emergencia en la prestación del servicio y en la ejecución de proyectos de este sector.

Que el artículo 3° del Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 resolvió adoptar “[...] mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo.”

Que a pesar de que en virtud del Decreto 417 de 2020 se tomaron medidas para atender los efectos adversos generados a la actividad productiva, procurando el mantenimiento del empleo y la economía, a la fecha se han presentado nuevas circunstancias, como es la necesidad de mantener y prolongar las medidas de aislamiento social obligatorio por más de dos meses de lo originalmente decretado y la imposibilidad de las empresas de continuar su actividad comercial e industrial como lo venían haciendo; y por tanto, continuar cumpliendo con las obligaciones y compromisos adquiridos con sus empleados y otras causas, lo que ha generado una disminución significativa en la actividad económica del país.

Que la toma de posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios contemplada en el Capítulo IV de la Ley 142 de 1994 tiene como propósito garantizar la prestación eficiente de servicios públicos domiciliarios cuando las entidades que prestan estos servicios incumplan de manera reiterada, a juicio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidos por ella.

Que la Ley 812 de 2003 facultó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a constituir un Fondo Empresarial, como patrimonio autónomo administrado por la Financiera Energética Nacional – FEN, o la entidad que haga sus veces, cuyo objeto es apoyar y financiar, de conformidad con sus disponibilidades, a las empresas en toma de posesión para salvaguardar la prestación del servicio público.

Que de conformidad con el artículo 227 de la Ley 1753 de 2015 modificado por el artículo 16 de la Ley 1955 de 2019, los ingresos del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios provienen de los excedentes de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), y el producto de las multas que imponga esta superintendencia, así como los demás recursos que obtenga a cualquier título, incluidas operaciones de crédito interno o externo que requiera para el cumplimiento de su finalidad. Adicionalmente el Fondo Empresarial fue autorizado para recibir la sobretasa por kilovatio hora consumido de que trata el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019 y la contribución adicional del artículo 314 de la Ley 1955 de 2019.

Que así mismo, el artículo 16 de la Ley 1955 de 2019 establece que el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá financiar a las empresas en toma de posesión para: 1) pagos para la satisfacción de los derechos de los trabajadores que se acojan a los planes de retiro voluntario y en general las obligaciones laborales y, 2) apoyo para salvaguardar la prestación del servicio. De igual manera, se dispone que este Fondo de forma excepcional, podrá apoyar con recursos a las empresas prestadoras de servicios públicos objeto de la medida de toma de posesión para asegurar la viabilidad de los respectivos esquemas de solución a largo plazo sin importar el resultado en el balance del Fondo de la respectiva operación, siempre y cuando así lo soliciten ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Que dentro de las medidas para atender los efectos adversos de la pandemia derivada del COVID 19, el Decreto Legislativo 574 de 2020 a través de su artículo 4 dispuso que con los recursos del Fondo Empresarial, este podrá otorgar créditos a las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación mayoritariamente pública, con la finalidad de asegurar la continuidad en la prestación de dichos servicios durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Lo anterior incluye a aquellas empresas que no se encuentran en toma de posesión,

Que como consecuencia de esta facultad, el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios debe destinar los recursos con los que cuenta a atender las posibles necesidades de liquidez de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios con participación mayoritariamente pública, dada la disminución generalizada en el recaudo como consecuencia de las medidas de aislamiento preventivo tomadas por el Gobierno nacional.

Que durante la Emergencia, el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios debe atender además de las necesidades de las empresas a que se refiere el considerando anterior, las necesidades propias de las nueve (9) empresas de servicios públicos domiciliarios que actualmente se encuentran en toma de posesión de las cuales cinco (5) se encuentran en proceso de implementar esquemas de solución a largo plazo. Por tanto, el Fondo Empresarial requiere contar con recursos adicionales para solventar las necesidades asociadas a la implementación de esquemas de solución de largo plazo derivados de los procesos de toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios que se encuentren en curso y los cuales se hayan visto afectados por la situación de emergencia sanitaria.

Que desde la declaratoria de la Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 de 2020, el indicador de recaudo de las empresas de servicios públicos domiciliarios sometidas a la medida de toma de posesión, pasó de un promedio del 85% para el cierre de 2019 a un promedio del 62% al 30 de abril de 2020, lo que representa una reducción en sus ingresos del orden del 30% aproximadamente. Lo anterior ha generado una disminución de \$97.000 millones en los ingresos del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios estimados para la vigencia del 2020, asociado a los alivios financieros que ha debido otorgar a dichas empresas y generará un aumento en las necesidades de financiamiento para las empresas intervenidas.

Que existen esquemas de solución de largo plazo derivados de los procesos de toma de

posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios efectuados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que se encuentren en curso, los cuales se han visto afectados por la situación de emergencia sanitaria y que por lo tanto requieren del apoyo del Fondo Empresarial para garantizar no solo la viabilidad de dicho esquema, sino la prestación del servicio público.

Que el artículo 146 de la Ley 2010 de 2019 creó el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) como un patrimonio autónomo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin exclusivo de garantizar la continuidad de la prestación de energía en la Costa Caribe, por lo que se torna en el vehículo adecuado para dotar de recursos al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para atender las necesidades de las que trata el considerando anterior.

Que para maximizar los recursos de los que puede disponer el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE), el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y los beneficiarios de esos recursos, se hace necesario exonerar del gravamen a los movimientos financieros el traslado de esos recursos.

Que en mérito de lo expuesto,

ARTÍCULO 1. Créditos del Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto y hasta el 31 de diciembre del año 2020, el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) creado por el artículo 146 de la Ley 2010 de 2019 podrá otorgar créditos directos al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para destinarlos a solventar las necesidades de recursos

asociadas a la implementación de esquemas de solución de largo plazo derivados de los procesos de toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios que se encuentren en curso, los cuales se hayan visto afectados por la situación de emergencia sanitaria.

ARTÍCULO 2. Condiciones de los créditos al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Para las operaciones de crédito público de las que trata el artículo 1 del presente Decreto Legislativo, se aplicarán las siguientes condiciones:

2.1. El Fondo Empresarial deberá observar el régimen de crédito público que le aplica, en especial lo dispuesto por el artículo 2.2.9.4.8. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 2223 de 2019.

2.2. Los créditos que contrate el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrán tener condiciones especiales tales como “tasa cero”.

2.3. El Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios garantizará los créditos otorgados por el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) con los ingresos provenientes de la sobretasa por kilovatio hora consumido de que trata el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019 y con la contribución adicional a la regulada por el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 en los términos del artículo 314 de la Ley 1955 de 2019. En consecuencia, estas operaciones no contarán con la garantía de la Nación.

2.4. Los montos de los créditos que contrate el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios serán determinados por la esta.

PARÁGRAFO. Los créditos que contrate el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de que trata el presente Decreto Legislativo, no se encuentran dentro del pasivo que asumirá la Nación en los términos de los artículos 315 y 316 de la Ley 1955 de 2019.

ARTÍCULO 3. Fuente de Financiación al Fondo de Sostenibilidad financiera del Sector Eléctrico (FONSE). El Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional podrá otorgar créditos de tesorería al Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE), en los montos que éste requiera, para proveer los préstamos a los que hace referencia el artículo 1 del presente Decreto Legislativo. Esta financiación tendrá las siguientes condiciones generales:

3.1. Plazo: 12 meses.

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

3.3. Forma de pago: El Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) amortizará los créditos de tesorería al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en los mismos montos y plazos establecidos en el cronograma de pagos de los créditos que otorgue el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de que trata el artículo 1 del presente Decreto.

3.4. Renovación: Los créditos de tesorería se podrán renovar cada 12 meses, a solicitud del administrador del Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE), cuando las

condiciones financieras de las operaciones de las que trata el artículo 1 así lo requieran. En cualquier caso, la vigencia del financiamiento temporal otorgado no podrá superar el 31 de diciembre de 2022.

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

ARTÍCULO 4. Exención del gravamen a los movimientos financieros. A partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo y hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2020, estarán exentas del gravamen a los movimientos financieros -GMF, las operaciones que se describen a continuación:

1. Los traslados de recursos por parte del Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sobre los recursos de que trata el presente Decreto Legislativo.

2. Los traslados de recursos del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al tercero beneficiario de este Decreto Legislativo, sobre estos recursos.

Para tal efecto, el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) y el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios marcarán la respectiva cuenta donde se manejen única y exclusivamente los recursos destinados a estas operaciones.

ARTÍCULO 5. Vigencia. El presente Decreto Legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los 4 días del mes de junio de 2020

II. INTERVENCIONES

1. La Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República² solicitó declarar la exequibilidad del Decreto porque permite “tomar medidas adicionales transitorias en relación con obligaciones de diferente naturaleza para aliviar las cargas financieras de los hogares, y a su vez se debe garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos, haciéndolos más eficientes, sin perder la sostenibilidad de los procedimientos, costos y tarifas asociados”.

1. En su concepto, el Decreto cumple con los requisitos formales en tanto (i) se expidió en desarrollo del Decreto 637 de 2020 que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, desde el 6 de mayo de 2020 y por el término de 30 días calendario; (ii) fue expedido por el Gobierno Nacional y lleva la firma del Presidente de la República y de todos los ministros del despacho; (iii) fue proferido el 4 de junio de 2020, dentro del término de vigencia del estado de emergencia; (iv) está debidamente motivado; y (v) la medida tributaria consistente en la exención del gravamen a los movimientos financieros (en adelante, “GMF”) de los traslados de recursos por parte del Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (en adelante, “FONSE”) al Fondo Empresarial de

la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante, “Fondo Empresarial”), y de los traslados de recursos del Fondo Empresarial a las empresas de servicios públicos domiciliarios beneficiarias, sólo podrá extenderse hasta el 31 de diciembre de 2020, por lo que se enmarca dentro de la limitación temporal dispuesta en el artículo 215 superior.

Asimismo, indicó que el Decreto cumple con los requisitos materiales. Constató la existencia de conexidad interna en tanto las medidas adoptadas tienen relación directa y específica con su parte motiva que hace referencia a “determinar una fuente temporal de financiación para el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con el fin de que este pueda solventar las necesidades asociadas a la implementación de esquemas de solución de largo plazo de empresas de servicios públicos con procesos de toma de posesión en curso y los cuales se hayan visto afectados por la situación de emergencia sanitaria, garantizando la prestación del servicio público. En particular, los considerandos enfatizan la necesidad de adoptar las medidas contenidas en el Decreto Legislativo bajo revisión constitucional, toda vez que la capacidad del Fondo Empresarial para cumplir con su objeto y materializar la finalidad de la toma de posesión se ve comprometida por ser insuficientes los recursos con los que actualmente cuenta”. Consideró también superada la conexidad externa dado que “las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 809 del 4 de junio de 2020 se relacionan con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, en tanto que las medidas adoptadas materializan los propósitos y objetivos del Gobierno nacional de mitigar y contrarrestar el impacto negativo en la economía del país, garantizando la prestación de los servicios públicos domiciliarios que se podría ver afectada de no adoptarse medidas que permitan continuar con los esquemas de solución de largo plazo de las empresas de servicios públicos domiciliarios que se encuentran en un proceso de toma de posesión y que además han visto reducidos sus ingresos como efecto de la crisis actual”.

1. Encontró superado el juicio de finalidad puesto que las medidas adoptadas en el Decreto están dirigidas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, pues ayudan a garantizar la prestación de los servicios públicos. En efecto, “mediante la creación de un

mecanismo de financiación inmediato para el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, a su vez, el aseguramiento de disponibilidad de recursos para el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico – FONSE, en los términos de los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo en cuestión, se protege la implementación de los esquemas de solución de largo plazo que son necesarios, indispensables e irremplazables para poder: (i) garantizar la continuidad en la prestación de los servicios para los hogares de las zonas en las que operan las empresas intervenidas, particularmente de las familias que se han visto especialmente afectadas que corresponden a los estratos 1 y 2; y (ii) garantizar la suficiencia en el servicio requerida para una exitosa reactivación económica en dichas regiones. Lo anterior, sin afectar la solvencia del Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico – FONSE ni del Fondo Empresarial por tratarse de condiciones crediticias favorables para los dos fondos -artículos 2 y 3-. (...) Por su parte, el artículo 4 del Decreto sub examine, al establecer que estarán exentos del gravamen a los movimientos financieros los traslados de recursos entre el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico – FONSE y el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y entre este último y las empresas de servicios públicos domiciliarios, tiene como objetivo maximizar los recursos empleados, de forma tal que estos se dirijan efectivamente a mejorar las condiciones de prestación del servicio y la continuidad del mismo, lo cual está en concordancia con la finalidad ya mencionada del Decreto Legislativo 809 del 4 de junio de 2020”.

1. Explicó que el Decreto supera el juicio de necesidad debido a que las medidas de aislamiento adoptadas por el Gobierno Nacional han afectado a las empresas de servicios públicos domiciliarios (en adelante, “ESPD”) que (i) han visto disminuido el recaudo esperado, entre otras, por el pago tardío de las facturas con ocasión de las medidas adoptadas por el Gobierno que permitieron diferir el cobro, lo cual altera especialmente a las nueve ESPD en toma de posesión de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante, “Superservicios”), cuyas principales fuentes de recursos son el recaudo y los apoyos ofrecidos por el Fondo Empresarial; (ii) han visto disminuida la demanda de energía del Sistema Interconectado Nacional y enfrentan el encarecimiento de los precios de energía; y (iii) han visto limitados los recursos del Fondo Empresarial por cuenta de la autorización otorgada por el Gobierno Nacional para que otorgue créditos a las ESPD con participación

mayoritariamente pública mediante el artículo 4 del Decreto Legislativo 574 de 2020. Pero, adicionalmente, “en la legislación ordinaria no existen otras disposiciones o instrumentos normativos que permitan dotar con la misma agilidad y liquidez de recursos al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”, pues “ante una afectación e insuficiencia de los recursos disponibles del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que es el vehículo del Gobierno nacional para garantizar la prestación de los servicios públicos cuando las empresas no puedan realizarlo, es necesario establecer una fuente legal que le permita contar con un financiamiento previamente asegurado -artículo 1-, y con condiciones transparentes desde el inicio de la financiación -artículo 2” además de que “resultaba indispensable establecer la fuente con la cual el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico -FONSE podrá fondear los recursos necesarios para el otorgamiento de los créditos al Fondo Empresarial - artículo 3”.

1. Sostuvo que las medidas también resultan proporcionales debido a que con “el esquema de financiación establecido en el Decreto Legislativo 809 del 4 de junio de 2020 se asegura la financiación del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para superar sus necesidades inmediatas de recursos en condiciones viables, favorables y que generan un alivio financiero, lo que permite conjurar de forma positiva los retos de asegurar la prestación de los servicios públicos por parte de las empresas que se encuentran en toma de posesión”.

1. En lo que respecta al juicio de no incompatibilidad, advirtió que las medidas adoptadas en el Decreto “no derogan o suspenden ley alguna, indicándose incluso dentro del cuerpo normativo del referido Decreto Legislativo, que las operaciones allí establecidas deberán observar el régimen de crédito público vigente”, pero aclara que el Decreto sí “establece dos modificaciones, a saber: (i) frente a las competencias otorgadas al Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico -FONSE, ampliándolas para permitirle conceder créditos al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; y (ii) frente al traslado de recursos entre estos fondos y el Fondo Empresarial y las empresas de servicios

públicos domiciliarios, establece que estarán exentas del gravamen a los movimientos financieros”.

1. Y, finalmente, indicó que los juicios de no discriminación, ausencia de arbitrariedad e intangibilidad también se superan debido a que las medidas adoptadas consisten en una intervención en la economía, que en nada afecta derechos intangibles.

1. La Universidad Externado de Colombia³ solicitó declarar la exequibilidad del Decreto al encontrar cumplidos los requisitos formales y materiales exigidos en su propósito de “fortalecer económicamente el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para que solvete las necesidades de recursos asociados a la implementación de esquemas de solución de largo plazo derivados de los procesos de toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios afectados por la emergencia sanitaria”.

1. Sostuvo que los juicios de conexidad y finalidad se superan porque “debido a la crisis sanitaria, las empresas de servicios Públicos domiciliarios en calidad de posesión a 30 de abril de 2020 han visto reducidos sus ingresos en un 30% en comparación con el año 2019, lo que ha generado que el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos haya tenido que otorgarles ayudas económicas, y necesite seguir haciéndolo en el futuro para garantizar el debido funcionamiento de estas empresas, sin embargo, no cuenta con los recursos necesarios para cumplir con este cometido”. De esta manera, “el fortalecimiento económico del Fondo empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través de la adquisición de créditos con el FONSE, y la posibilidad de que este último se endeude con el Ministerio de Hacienda y crédito Público para otorgar alivios financieros a las empresas de servicios públicos en posesión, está dirigida a cumplir con su objetivo, es decir, hay una conexidad interna entre la finalidad de la norma y las medidas ahí contempladas, por cuanto estas últimas tienen como propósito garantizar la debida prestación de Servicios Públicos domiciliarios a la población en tiempo de crisis”. Por lo tanto, constató, además, que

hay una relación directa y específica entre el Decreto y las razones que motivaron la declaratoria de emergencia.

1. De igual forma, encontró superado el juicio de necesidad en razón a que las medidas permiten apalancar “las empresas prestadoras de servicios públicos en posesión y en acuerdo a largo plazo que se vieron afectadas por la crisis sanitaria, en donde se contempla el fortalecimiento económico del Fondo empresarial de la superintendencia de Servicios Públicos, en la medida que otorga alivios a las empresas ya mencionadas, y en este contexto, garantiza la prestación de estos servicios en el territorio nacional”.

1. Y, en lo relacionado con los juicios de motivación suficiente, no arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad, proporcionalidad y no discriminación, advirtió que las medidas adoptadas, además de estar debidamente argumentadas, no desconocen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, ni afectan derechos fundamentales.

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

1. El Procurador General de la Nación⁴ solicitó declarar la exequibilidad del Decreto al encontrar satisfechos los requisitos formales y materiales exigidos. Señaló que las medidas incorporadas en el Decreto, frente al juicio de finalidad, persiguen “adecuar las condiciones para la obtención de recursos que permitan el sostenimiento de los procesos de toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios en curso, en el marco de la crisis económica que conlleva esta pandemia, procesos que podrían verse seriamente afectados por la disminución en los índices de recaudo asociado a los alivios financieros que se ha debido otorgar a dichas empresas, lo cual genera un aumento en las necesidades de

financiamiento”; en cuanto al juicio de conexidad, “se sustenta[n] en las condiciones fácticas excepcionales propiciadas por la pandemia” y “logran (...) establecer una relación coherente [con] la exposición de motivos”; frente al de motivación suficiente “se han expuesto con claridad los argumentos de necesidad y conveniencia que dan sustento a las medidas previstas”; respecto al juicio de ausencia de arbitrariedad evidenció que la “estrategia de apoyo a las empresas de servicios públicos domiciliarios se ha hecho necesaria en condiciones normales, mucho más se justifica en medio de la crisis derivada del COVID-19, por ello las medidas implementadas en el decreto objeto de análisis con el fin de mantener tales planes de fortalecimiento a pesar de la disminución generalizada en el recaudo como consecuencia de las medidas de aislamiento preventivo tomadas por el Gobierno nacional, no constituyen ninguna arbitrariedad ni afectan el núcleo esencial de ningún derecho, por el contrario están orientadas a garantizar el acceso a una vida en condiciones dignas con la continuidad de la prestación de los servicios públicos domiciliarios”; en lo relacionado con el juicio de intangibilidad “no desconocen el conjunto de garantías dispuestas en el artículo 4 de la Ley 137 de 1994, en concordancia con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos”; sobre el juicio de no contradicción específica, advirtió que “[l]a implementación de [la] estrategia de provisión de recursos para sostenimiento de [los] planes de apoyo no es contraria a lo dispuesto en la Constitución ni a los tratados internacionales”, en parte porque “la Carta establece un amplio margen de configuración normativa al legislador extraordinario”; frente al juicio de incompatibilidad, evidenció que el Decreto “no suspende ninguna norma del ordenamiento jurídico y tampoco afecta o modifica de forma permanente ninguna disposición jurídica dado su carácter transitorio”; a propósito del juicio de necesidad “se encaminan a la adecuación de las condiciones económicas necesarias para que las empresas de servicios públicos intervenidas puedan afrontar la crisis económica derivada del virus COVID-19 y puedan asegurar la continuidad en la prestación del servicio”, ya que “no existía un marco normativo que previera eficientemente las estrategias a implementar en un supuesto fáctico como este”; en lo atinente al juicio de proporcionalidad “no introducen interferencia con algún derecho fundamental”; y, finalmente, respecto del juicio de no discriminación, concluyó “que ninguna de las medidas contenidas en el Decreto 809 de 2020, introduce diferencias de trato discriminatorias o con base en criterios sospechosos”.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para decidir sobre la constitucionalidad del Decreto con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 215 y en el artículo 241.7 de la Constitución, por tratarse de un decreto legislativo dictado por el Gobierno Nacional en desarrollo del estado de emergencia declarado mediante el Decreto 637 de 2020.

1. Problema jurídico y metodología de la decisión

1. Corresponde a la Sala Plena de esta corporación determinar si las medidas adoptadas mediante el decreto legislativo objeto de control se encuentran ajustadas a la Constitución.

1. Para efectos de resolver el precitado problema se desarrollará la siguiente metodología: (i) se hará una breve caracterización general de los Estados de Emergencia, así como del fundamento y alcance del control judicial de los decretos expedidos en desarrollo de dicho estado de excepción; (ii) se expondrá el contenido y alcance del decreto legislativo bajo estudio; y (iii) se decidirá sobre su constitucionalidad.

1. Caracterización general de los estados de excepción y, en particular, del estado de emergencia⁵

1. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en numerosas oportunidades de precisar la

naturaleza y alcance del estado de emergencia económica, social y ecológica regulado en el artículo 215 de la Constitución 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.

1. La Constitución 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.

1. La regulación constitucional y estatutaria de los estados de excepción se funda en el carácter reglado, excepcional y limitado de los mismos. La Constitución estableció un complejo sistema de controles que supone “el carácter excepcionalísimo de las medidas de emergencia en Colombia”⁶, 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”⁷.

1. La naturaleza reglada, excepcional y limitada de los estados de excepción se garantiza por medio de su estricta regulación en la Constitución y la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción (en adelante, LEEE), así como mediante sus especiales dispositivos de control político y judicial⁸.

1. La Constitución dispuso un complejo sistema de controles políticos específicos para los estados de excepción, tales como (i) la autorización del Senado para la declaratoria 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 de la República por derecho

propio; (iv) los informes que debe presentar el Gobierno Nacional al Congreso 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.

1. La Constitución también estableció el control judicial constitucional automático de los decretos legislativos expedidos en el marco de los estados de excepción, según lo dispuesto en los artículos 212 a 215 de la Constitución, el cual está desarrollado por los artículos 55 de la LEEE y 36 a 38 del Decreto Legislativo 2067 de 1991.

1. 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. 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”⁹. 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.

1. 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”¹⁰

(negrilla fuera del texto original). 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”¹¹.

1. 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.

1. 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 para que se reúna dentro de los diez días siguientes a su vencimiento. 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 30 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.

1. Alcance del control judicial de los decretos expedidos al amparo del estado de emergencia económica, social y ecológica²⁰

1. Los estados de excepción son respuestas fundadas en la juridicidad que impone la Carta Política a situaciones graves y anormales que no pueden ser enfrentadas por el Gobierno Nacional a partir de sus competencias ordinarias. Sin embargo, una característica propia del Estado constitucional es que esa competencia no es omnímoda ni arbitraria. El ordenamiento superior impone una serie de requisitos y condiciones que deben cumplirse tanto en los decretos legislativos que declaran el estado de excepción, como en aquellos que prevén las medidas legales extraordinarias para hacer frente a la crisis, conocidos usualmente como decretos de desarrollo. La competencia de la Corte consiste precisamente en verificar la compatibilidad entre los decretos y la Constitución Política, en el entendido de que los estados de excepción son mecanismos extraordinarios, pero en todo caso sometidos a condiciones de validez impuestas por la Constitución.

1. 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 Carta Política que regulan los estados de excepción (artículos 212 a 215 superiores); (ii) el desarrollo de esas reglas, previstas en la LEEE; y (iii) las normas de derecho internacional de los derechos humanos que prevén tanto los requisitos de declaratoria, como las garantías que no pueden ser suspendidas en esas situaciones excepcionales (derechos intangibles) (artículos 93.1 y 214 superiores). La existencia de un régimen jurídico con sujeción al cual deben ejercerse las competencias que surgen de la declaratoria de un estado de excepción concretan el principio de legalidad que, como lo ha indicado este Tribunal (i) obliga a que el Gobierno actúe con sujeción a las normas nacionales que rigen los estados de excepción; y (ii) exige que las suspensiones extraordinarias de los derechos y libertades que tengan lugar en razón de la crisis no sean incompatibles con las

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

1. Examen de constitucionalidad del Decreto

1. Contenido y alcance del Decreto

1. El Decreto consta de cinco artículos precedidos de veinticuatro considerandos que constituyen la motivación, once de los cuales se relacionan directamente con las circunstancias que conducen a la adopción de las medidas impuestas por éste para enfrentar la situación desatada a causa de la rápida propagación del Covid-19 y del aislamiento social que ésta ha implicado. Dichas medidas se proyectan en el orden nacional y se dirigen a apoyar y financiar a las ESPD en toma de posesión por la Superservicios que se han visto afectadas por la emergencia sanitaria, con el fin de asegurar la continuidad en la prestación del servicio público tal como lo exige el artículo 365 constitucional²¹.

1. El artículo 58 de la Ley 142 de 1994 indica que “cuando quienes prestan servicios públicos incumplan de manera reiterada, a juicio de la Superintendencia, los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidos por ella, ésta podrá ordenar la separación de los gerentes o de miembros de las juntas directivas de la empresa de los cargos que ocupan”. Al efecto, la Superservicios podrá tomar posesión de una ESPD por cualquiera de las causales indicadas en el artículo 59, y de acuerdo con el artículo 60, dicha intervención se hará -previo concepto de la comisión que regula el servicio- (i) con la finalidad de administrarla para superar los problemas identificados²²; (ii) con fines liquidatorios cuando su liquidación inmediata desconozca el artículo 365 superior, por lo que se hace indispensable una administración temporal que procure garantizar la prestación del servicio en el largo plazo en cumplimiento de las condiciones de continuidad, calidad y cobertura requeridas²³; o (iii) con fines de liquidación, lo que conlleva a la cesación del

objeto social y de la prestación del servicio. El artículo 121, además de regular el procedimiento para la toma de posesión, hace una remisión genérica a los artículos 115 y 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de manera que “[s]e aplicarán, en estos casos, y en cuanto sean pertinentes, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras. Las referencias que allí se hacen respecto a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se entenderán hechas a la Superintendencia de servicios públicos; las que se hacen al Consejo Asesor se entenderán referidas a la comisión de regulación; las hechas a los ahorradores se entenderán hechas respecto a los acreedores; y las hechas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se tratarán como inexistentes”.

1. Según los considerandos del Decreto, actualmente hay nueve ESPD en toma de posesión, cinco de las cuales están en proceso de implementación de esquemas de solución a largo plazo. Dichos esquemas son estrategias empresariales e institucionales dirigidas a asegurar en el largo plazo la prestación de los servicios públicos de las ESPD en toma de posesión²⁴. Son implementadas por los agentes especiales o los liquidadores, y lideradas y coordinadas por la Superservicios en su calidad de autoridad de intervención²⁵. Son particulares y específicos de acuerdo con la modalidad de intervención, por ejemplo, en la de fines liquidatarios -etapa de administración temporal pueden corresponder a medidas como la “reestructuración financiera, administrativa, vinculación de operadores o gestores, liquidación y creación de nuevas empresas, entre otras”²⁶, y en aquella con fines liquidación, pueden consistir en “contratación de operadores, venta de activos afectos a la prestación del servicio, entre otros”²⁷. Al respecto, la intervención allegada al expediente por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República advirtió que “de no poder continuar con los esquemas de solución de largo plazo derivados de los procesos de toma de posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios, podría llegarse a comprometer no solo la viabilidad de dicho esquema, sino la prestación del servicio público, afectando aún más la grave situación de los ciudadanos, en especial en momentos en los que servicios como la energía eléctrica resultan indispensables para la realización de formas remotas de trabajo o teletrabajo”. En este contexto, la disminución en el recaudo asociado, entre otras, a las medidas de diferimiento del cobro en las facturas²⁸, son consecuencia de las medidas adoptadas con ocasión de la crisis sanitaria que han afectado especialmente a las ESPD en

toma de posesión porque dependen de dicho recaudo y de los apoyos del Fondo Empresarial. Al respecto, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República informó índices de reducción en el recaudo entre 18% y 62%, y de facturación entre 10% y el 325%²⁹, lo que sirve para constatar que “la afectación en las finanzas de las empresas de servicios públicos intervenidas ha tenido una repercusión directa en las necesidades de recursos que enfrenta el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la actualidad”.

1. Para garantizar la viabilidad, continuidad y eficiencia en la prestación del servicio por parte de las ESPD en toma de posesión, el artículo 132 de la Ley 812 de 2003 autorizó la constitución de dicho Fondo Empresarial. Según el artículo 2.2.9.4.2 del Decreto 1082 de 2015 este podrá financiar a las ESPD en toma de posesión para: (i) pagar obligaciones laborales, y (ii) garantizar la prestación del servicio a cargo de la ESPD intervenida. El artículo 2.2.9.4.3 indica que los recursos que sirven de fuente al Fondo Empresarial son: (i) los excedentes de la Superservicios, de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico- CRA y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas- CREG; (ii) el producto de las multas que imponga la Superservicios; (iii) los rendimientos que genere el Fondo Empresarial y que se obtengan por la inversión de los recursos que integran su patrimonio; (iv) los recursos que obtenga a través de las operaciones de crédito interno o externo que se celebren a su nombre, y los que reciba por operaciones de tesorería; y, (v) los demás que obtenga a cualquier título. Adicionalmente, el patrimonio del Fondo Empresarial estará integrado por todos los bienes, derechos y recursos de su propiedad, necesarios para el cumplimiento de su objeto y funciones. En lo que respecta a las operaciones pasivas de crédito, el artículo 2.2.9.4.4. establece que “requerirán de la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previa aprobación de la operación por parte de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional. La mencionada autorización podrá otorgarse una vez se cuente con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, cuando las operaciones se dirijan a financiar gastos de inversión”. Y, en el párrafo, agrega que, “el Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar la celebración de créditos de tesorería para el Fondo Empresarial con base en la necesidad de liquidez, y hasta por el monto que certifique el ordenador del gasto en cada oportunidad. Esta autorización podrá otorgarse para toda una vigencia fiscal o para créditos determinados, por un plazo no mayor

a doce (12) meses”.

1. Por su parte, el artículo 16 de la Ley 1955 de 2019 autorizó al Fondo Empresarial a apoyar con recursos a las ESPD en toma de posesión con el fin de asegurar la viabilidad de los respectivos esquemas de solución a largo plazo “sin importar el resultado en el balance del Fondo de la respectiva operación, siempre y cuando así lo soliciten ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” y acrediten las condiciones exigidas. Dicho financiamiento podrá instrumentarse mediante “contratos de mutuo, otorgamiento de garantías a favor de terceros, o cualquier otro mecanismo de carácter financiero que permita o facilite el cumplimiento del objeto del Fondo Empresarial”. En lo que se refiere a los recursos obtenidos mediante operaciones de crédito, “se requerirá el cumplimiento de los requisitos legales ordinarios establecidos para las operaciones de crédito; cuando dichas operaciones de crédito estén dirigidas al desarrollo del giro ordinario de las actividades propias del objeto del Fondo Empresarial para el otorgamiento de la garantía de la Nación no será necesario la constitución de las contragarantías a favor de la Nación normalmente exigidas, ni los aportes al Fondo de Contingencias; para los créditos otorgados directamente por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público no será necesario el otorgamiento de garantías a su favor”.

1. Según la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, “el activo de mayor valor del Fondo Empresarial corresponde a la cartera a cargo de las empresas que fueron o son objeto de la medida de toma de posesión, la cual asciende a \$3.46 billones frente a la totalidad de sus activos que ascienden aproximadamente a \$4 billones. Sin embargo, como consecuencia de la reducción en el flujo de caja de las empresas deudoras, su posición financiera compromete el pago de dichas obligaciones, reduciéndose de esta forma los ingresos corrientes del Fondo Empresarial para la presente vigencia”. Así, cuenta con un monto aproximado de 500 mil millones de pesos para atender la toma de posesión de nueve ESPD y cumplir lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Legislativo 574 de 2020, según el cual el Fondo Empresarial podrá otorgar créditos a las ESPD con participación mayoritariamente pública con las condiciones allí dispuestas. En consecuencia, su capacidad “se ve

comprometida por ser insuficientes los recursos con los que actualmente cuenta dicho fondo, que por demás ya se encuentran apalancados por créditos de tesorería otorgados por la Nación a través de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional por la suma de \$2.830.571 millones”.

1. Al respecto, el artículo 312 de la Ley 1955 de 2019 autoriza a la Nación “para que directa o indirectamente adopte medidas de financiamiento al Fondo Empresarial de la SSPD, incluyendo créditos y garantías, los cuales podrán ser superiores a un año. No se requerirá la constitución de garantías ni contragarantías cuando la Nación otorgue estos créditos o garantías, y las operaciones estarán exentas de los aportes al Fondo de Contingencias creado por Ley 448 de 1998. Los términos para desarrollar estas autorizaciones se rigen por lo dispuesto en este Capítulo. El Gobierno nacional reglamentará la materia”. El párrafo añade que “[h]arán parte de las medidas autorizadas de sostenibilidad del Fondo Empresarial, la provisión de recursos de la Nación y otras entidades estatales con recursos líquidos y en especie (tales como acciones), incluyendo sus frutos”. Dicha disposición fue parcialmente reglamentada en el Decreto 2223 de 2019 con el fin de implementar las medidas de sostenibilidad financiera del Fondo Empresarial para dar continuidad a la eficiente prestación del servicio público de energía en la costa caribe. Al efecto, adicionó varios artículos al Decreto 1082 de 2015 con el fin de reglamentar dichas medidas de sostenibilidad financiera, las condiciones para las operaciones de crédito público, y la autorización y las condiciones para que la Nación otorgue créditos de tesorería y garantías a las operaciones de crédito público que aquel pretenda celebrar.

1. A este propósito, explicó la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República que “esta disposición resultaba insuficiente para los fines que se pretende obtener mediante el Decreto Legislativo sub examine, toda vez que de no realizarse mediante un vehículo distinto (FONSE), el financiamiento debería haberse otorgado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de créditos de tesorería” con plazo a un año en los términos del artículo 37 de la Ley 1955 de 2019, mientras que el FONSE “permite otorgar créditos por plazos que superen el límite de los 12 meses y de esta forma acompañar adecuadamente las

necesidades de financiación del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios públicos Domiciliarios, además de poder conceder condiciones especiales como la “tasa cero”, siendo así el vehículo adecuado para suministrar la financiación necesaria, además de la alineación de objetivos que pretenden ambos fondos”³¹.

1. El FONSE fue creado mediante el artículo 146 de la Ley 2010 de 2019 con el fin exclusivo de garantizar la continuidad de la prestación de energía en la costa caribe. Se trata de “un patrimonio autónomo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, administrado por este o la entidad que este designe, cuyo objeto será la inversión de recursos en instrumentos de capital emitidos por empresas de servicios públicos de energía oficiales o mixtas, incluyendo acciones con condiciones especiales de participación, dividendos y/o recompra, entre otras. El Gobierno nacional reglamentará la administración y funcionamiento del FONSE, así como los demás aspectos necesarios para el cabal cumplimiento de su objeto (...)”. Si bien el Gobierno no ha reglamentado la materia, el Decreto pretende asegurar la continuidad en la prestación del servicio público a cargo de las ESPD en toma de posesión a través de tres medidas.

1. Primera, mediante la autorización al FONSE para que durante la vigencia del Decreto y hasta el 31 de diciembre de 2020 otorgue créditos directos al Fondo Empresarial para que éste, a su turno, destine dichos recursos a financiar la implementación de esquemas de solución de largo plazo derivados de los procesos en curso de toma de posesión de las ESPD que se hayan visto afectadas por la emergencia sanitaria (artículo 1º). Por lo tanto, se amplían temporalmente las funciones del FONSE -en su contenido material y geográfico porque “el actual desafío no se limita a la Costa Caribe”³²- para permitirle otorgar créditos directos al Fondo Empresarial; igualmente se concreta una de las fuentes de financiación del Fondo Empresarial consistente en aquellas operaciones de crédito interno o externo que se celebren a su nombre. En tanto operaciones de crédito público, dichos créditos podrán tener condiciones especiales tales como “tasa cero” (artículo 2.2) y su monto será determinado por la Superservicios (artículo 2.4)³³. Para contratarlos, el Fondo Empresarial deberá observar el régimen de crédito público aplicable, en especial, lo dispuesto por el artículo 2.2.9.4.8. del

Decreto 1082 de 2015³⁴ en los términos de la adición introducida por el Decreto 2223 de 2019 (artículo 2.1), y los garantizará con los ingresos provenientes de la sobretasa por kilovatio hora consumido de que trata el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019³⁵, y con la contribución adicional a la regulada por el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, en los términos del artículo 314 de la Ley 1955 de 2019³⁶. En consecuencia, estas operaciones no contarán con la garantía de la Nación (artículo 2.3) y tampoco se encuentran dentro del pasivo que ésta asumirá en los términos de los artículos 315 y 316 de la Ley 1955 de 2019 (párrafo del artículo 2).

1. Segunda, mediante la autorización a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (en adelante, “Minhacienda”) para que otorgue al FONSE créditos de tesorería³⁷ en los montos que requiera para proveer los préstamos con cuyos recursos el Fondo Empresarial financiará la implementación de los esquemas de solución de largo plazo. Con ello, según la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, “podrán fondear los recursos necesarios para el otorgamiento de los créditos al Fondo Empresarial” por parte del FONSE. Dichos créditos de tesorería tendrán un plazo de doce meses (artículo 3.1); una tasa de interés del 0% (artículo 3.2); para el pago, el FONSE los amortizará en los mismos montos y plazos establecidos en el cronograma de pagos de los créditos directos que otorgue al Fondo Empresarial (artículo 3.3); podrán renovarse cada doce meses a solicitud del administrador del FONSE, cuando las condiciones financieras de las operaciones de crédito público directo a las que se refiere la primera medida así lo requieran, pero en ningún caso dicho financiamiento temporal podrá superar el 31 de diciembre de 2022 (artículo 3.4); y no se requerirán garantías adicionales a las establecidas en el Decreto (artículo 3.5). De esta manera, se introducen condiciones favorables que permiten agilidad en la toma de decisiones con el fin de garantizar la continuidad del servicio público.

1. Y, tercera, mediante la exención del gravamen a los movimientos financieros (en adelante, “GMF”) durante la vigencia del Decreto y hasta el 31 de diciembre de 2020, a (i) los traslados de recursos del FONSE al Fondo Empresarial, y (ii) los traslados de recursos del Fondo

Empresarial al tercero beneficiario, que no es otro que las ESPD en toma de posesión de la Superservicios que hayan implementado esquemas de solución a largo plazo que se hayan visto afectados por la emergencia sanitaria. Para tal efecto, el FONSE y el Fondo Empresarial marcarán la respectiva cuenta donde se manejen única y exclusivamente los recursos destinados a estas operaciones (artículo 4). En consecuencia, se autorizan beneficios tributarios que procuran maximizar el monto de los recursos que servirán para realizar las operaciones de crédito contempladas en la norma. En todo caso, entiende la Sala que esta medida no comprende los traslados de Minhacienda al FONSE porque -de acuerdo con el artículo 879.3 del Estatuto Tributario- al realizarse a través de la Dirección de Crédito Público y Tesoro Nacional de Minhacienda, se encuentran exentos del GMF.

1. Y el artículo 5, por su parte, indica que el Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, es decir, el 4 de junio de 2020.

1. En suma, el Decreto establece una autorización temporal de financiamiento por parte del FONSE al Fondo Empresarial para atender unas necesidades de recursos específicas y fija las condiciones aplicables a las operaciones de crédito público que se celebren en virtud de dicha autorización. Al efecto, también autoriza el financiamiento del FONSE mediante créditos de tesorería de Minhacienda, a la vez que fija las condiciones generales aplicables a estos últimos, además de eximir temporalmente ciertos traslados del GMF.

1. 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. En ese entendido, a continuación, la Sala pasará a examinar el cumplimiento de tales requisitos.

1. Control formal del Decreto

1. El control 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.

1. El Decreto satisface la totalidad de los requisitos formales previstos en el ordenamiento jurídico. Lo anterior, con base en lo siguiente:

(i) Fue suscrito por el presidente de la República y los 18 ministros;

(ii) Fue expedido el 4 de junio de 2020 en desarrollo y dentro del término del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado en el Decreto 637 de 6 de mayo de 2020 en todo el territorio nacional y por un término de 30 días calendario; y

(iii) Consta de una motivación nutrida por la exposición de las circunstancias que condujeron a su expedición, de los motivos en los que encuentran asidero las medidas adoptadas, de la importancia que se le atribuye en el contexto del estado de excepción, de los objetivos que tales medidas pretenden alcanzar, de su carácter necesario y de su relación con la situación que determinó la declaración del estado de emergencia económica, social y ecológica.

1. Control material del Decreto

1. El examen material comprende el desarrollo de varios juicios que constituyen expresiones operativas de los principios que guían los estados de excepción. A continuación, la Sala explicará el alcance de cada uno de dichos juicios y los motivos por los que las medidas del Decreto los superan.

1. El Decreto supera el juicio de finalidad previsto en el artículo 10 de la LEEE³⁸. A la luz de este juicio, las medidas adoptadas en los decretos legislativos deben estar directa y específicamente encaminadas a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión o agravación de sus efectos³⁹. En el caso que nos ocupa, estos efectos consisten en la falta de recursos para implementar los esquemas de solución de largo plazo dispuestos por las ESPD en toma de posesión de la Superservicios, cuya agravación puede amenazar la continuidad de la prestación de los servicios públicos a su cargo.

1. En condiciones de normalidad institucional, estos esquemas se financian principalmente con los recursos de las ESPD en toma de posesión de la Superservicios y, de forma excepcional, con aquellos que destine al efecto el Fondo Empresarial con arreglo al artículo 16 de la Ley 1955 de 2019. La crisis ha disminuido ambas fuentes de financiación. Por una parte, el recaudo de las ESPD en toma de posesión de la Superservicios -en especial el de aquellas que prestan el servicio de energía eléctrica- se ha reducido por cuenta del aislamiento social, la afectación de la actividad económica y la falta de capacidad de pago de los usuarios. Por otra parte, los recursos del Fondo Empresarial han disminuido debido a los créditos que ha otorgado en virtud del artículo 4 del Decreto Legislativo 574 de 2020, declarado exequible en la Sentencia C-241 de 2020, que lo autoriza a prestar recursos a las ESPD con participación mayoritariamente pública “de conformidad con las condiciones y requisitos que establezca el Fondo Empresarial, con la finalidad de asegurar la continuidad en la prestación de dichos servicios públicos durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID - 19”.

1. Las medidas adoptadas en el Decreto persiguen financiar los esquemas de solución a largo plazo afectados por la emergencia y, así, asegurar que las ESPD en toma de posesión que los hayan implementado puedan continuar prestando los servicios públicos a su cargo. Esto, mediante la autorización temporal de dos operaciones de crédito público, la fijación de las condiciones aplicables a tales operaciones, y una exención tributaria. La primera de estas operaciones se dirige a financiar la fuente excepcional de recursos de los esquemas de solución de largo plazo: el Fondo Empresarial, el cual podrá disponer de dichos recursos únicamente para solventar las necesidades de los esquemas de solución afectados por la emergencia. La segunda operación está orientada a apalancar ese financiamiento. Y la exención tributaria pretende maximizar los recursos que se transfieran con ocasión de esas operaciones. En consecuencia, las medidas adoptadas robustecen las fuentes de recursos mediante operaciones de crédito público inmediatas y temporales con cuyos recursos se puedan financiar dichos esquemas, para poder, según la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, “(i) garantizar la continuidad en la prestación de los servicios para los hogares de las zonas en las que operan las empresas intervenidas, particularmente de las familias que se han visto especialmente afectadas que corresponden a los estratos 1 y 2; y (ii) garantizar la suficiencia en el servicio requerida para una exitosa reactivación económica en dichas regiones. Lo anterior, sin afectar la solvencia del Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico -FONSE ni del Fondo Empresarial por tratarse de condiciones crediticias favorables para los dos fondos”.

1. En este entendido, las medidas del Decreto están directa y específicamente encaminadas a impedir que uno de los efectos de la emergencia -la falta de recursos de los esquemas de solución de largo plazo- devenga en una amenaza frente a la prestación eficiente de los servicios públicos.

1. El Decreto supera el juicio de conexidad material⁴⁰ previsto en los artículos 215 de la Constitución⁴¹ y 47 de la LEEE⁴². 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) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia⁴³; e (ii) interno, esto es, la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente⁴⁴.

1. Frente a la conexidad externa, la Sala constata que las medidas del Decreto se relacionan con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica contenida en el Decreto 637 de 2020, declarado exequible mediante Sentencia C-307 de 2020. En este se señaló que el aislamiento social impuesto para disminuir el contagio del Covid-19 ha afectado considerablemente la actividad económica y ha reducido la capacidad de pago de los usuarios de servicios públicos. Como se anotó, en lo que respecta al servicio público de energía eléctrica, la crisis ha significado una importante disminución del recaudo que conlleva un riesgo sistémico para la prestación del servicio, por lo que “con el objeto de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos será necesario adoptar medidas para hacerla más eficiente y garantizar la sostenibilidad de los procedimientos, costos y tarifas asociadas, así como establecer mecanismos de priorización, ajuste y racionalización de los trámites y procesos, mitigando los impactos de la emergencia en la prestación del servicio y en la ejecución de proyectos de este sector”. En este escenario, anunció la adopción de medidas para (i) garantizar y hacer más eficiente la prestación de los servicios públicos; (ii) asegurar la sostenibilidad de los procedimientos, costos y tarifas asociados a la prestación de los servicios públicos; y (iii) mitigar el impacto de la emergencia sobre la prestación de los servicios públicos y la ejecución de proyectos en ese sector. Asimismo, previó la necesidad de adoptar medidas tributarias para afrontar la crisis. Con apoyo en lo anterior, en su artículo 3 estableció que el Gobierno Nacional, mediante decretos legislativos, adoptará las medidas anunciadas y todas aquellas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, incluyendo las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo. Así las cosas, por adoptar medidas de financiamiento y tributarias que conducen a reducir el riesgo de afectación en la prestación de servicios públicos, incluido el de energía eléctrica, se constata la relación entre el Decreto y los motivos que sustentaron la expedición del Decreto 637 de

2020. A este efecto explicó la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República: “las medidas adoptadas en el Decreto 809 del 4 de junio de 2020 se relacionan con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, en tanto que las medidas adoptadas se materializan los propósitos y objetivos del Gobierno nacional de mitigar y contrarrestar el impacto negativo en la economía del país, garantizando la prestación de los servicios públicos domiciliarios que se podría ver afectada de no adoptarse medidas que permitan continuar con los esquemas de solución de largo plazo de las empresas de servicios públicos domiciliarios que se encuentran en un proceso de toma de posesión y que además han visto reducidos sus ingresos como efecto de la crisis actual”.

1. En lo que se refiere a la conexidad interna, la Sala también encuentra estrecha relación entre las medidas adoptadas en el Decreto y su motivación. En la parte motiva, explica que el Fondo Empresarial tiene por objeto apoyar y financiar a las ESPD en toma de posesión para garantizar la prestación de los servicios públicos a su cargo. Sin embargo, aclara que en virtud de la autorización conferida por el artículo 4 del Decreto Legislativo 574 de 2020, este fondo ha otorgado créditos a ESPD con participación mayoritariamente pública, incluidas aquellas no sometidas a toma de posesión, lo cual ha resultado en que no cuente con recursos suficientes para destinar a los esquemas de solución de largo plazo. A su turno, da cuenta de que el FONSE, en su calidad de patrimonio autónomo adscrito a Minhacienda, tiene el fin exclusivo de garantizar la continuidad de la prestación de energía en la costa caribe, por lo que es un “vehículo adecuado” para dotar de recursos al Fondo Empresarial. Para ello, finalmente, anuncia la exención del GMF a efectos de maximizar los recursos que, por vía de las operaciones de financiamiento, se destinen a solventar las necesidades de los esquemas de solución de largo plazo. En el entendido de que las medidas permiten inyectar liquidez al FONSE, y por su conducto, al Fondo Empresarial, para finalmente financiar las necesidades de los esquemas de solución de largo plazo maximizando los recursos por vía de la exención tributaria, la Sala encuentra superado el juicio de conexidad interna.

1. El Decreto supera el juicio de motivación suficiente. 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 adoptadas⁴⁵, cobra mayor exigencia al tratarse de medidas que limitan derechos constitucionales en los términos del artículo 8 de la LEEE⁴⁶.

1. La Sala constata que, en términos generales, el presidente presentó razones para soportar las medidas adoptadas, así como su importancia, alcance y relación con los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia. En la parte motiva del Decreto se da cuenta de las siguientes premisas: (i) “la necesidad de mantener y prolongar las medidas de aislamiento social obligatorio por más de dos meses de lo originalmente decretado y la imposibilidad de las empresas de continuar su actividad comercial e industrial como lo venían haciendo; y por tanto, continuar cumpliendo con las obligaciones y compromisos adquiridos con sus empleados y otras causas” ha generado “una disminución significativa en la actividad económica del país”; (ii) la disminución en la actividad económica ha afectado los índices de recaudo de las ESPD, lo cual, a su turno, ha incrementado los recursos que el Fondo Empresarial debe destinar para atender los alivios financieros de las ESPD con participación mayoritariamente pública, de acuerdo con la autorización conferida por el artículo 4 del Decreto Legislativo 574 de 2020; (iii) cinco ESPD en toma de posesión tienen en curso esquemas de solución a largo plazo con el objetivo de garantizar la prestación de los servicios públicos a su cargo, los cuales “se han visto afectados por la situación de emergencia sanitaria” debido a la disminución en el recaudo, por lo que “requieren del apoyo del Fondo Empresarial para garantizar no solo la viabilidad de dicho[s] esquema[s], sino la prestación del servicio público”; (iv) el FONSE tiene el fin exclusivo de garantizar la continuidad de la prestación de energía en la costa caribe y, por tanto, “es el vehículo adecuado” para dotar de recursos al Fondo Empresarial para que éste, a su vez, atienda las necesidades de recursos asociadas a los esquemas de solución de largo plazo que se hayan visto afectados por la emergencia; y (v) para “maximizar los recursos” de los que pueden disponer el FONSE, el Fondo Empresarial y las ESPD en toma de posesión beneficiadas por dichos recursos, se hace necesario eximir del GMF las operaciones de traslado de los mismos.

1. Tales razones justifican de manera suficiente la exención tributaria y las operaciones de financiamiento, no obstante, la Sala echa de menos el soporte de las condiciones generales aplicables a estas últimas. Los artículos 2 y 3 del Decreto fijan, entre otras, la tasa de interés aplicable a los créditos, su forma de amortización, la determinación de sus montos y sus regímenes de garantías, pero en la parte motiva no se consignó ninguna justificación a dicho propósito. Ahora bien, esto, aun siendo reprochable, no implica que las condiciones generales de los créditos no superen el juicio de motivación suficiente. Al no restringir ningún derecho constitucional y consistir en medidas claramente económicas, en este caso es preciso aplicar el juicio en su grado leve y, por tanto, dado que las condiciones generales de los créditos vienen a instrumentalizar su autorización -medidas justificadas de forma suficiente-, para la Sala hay mérito para considerar superado este juicio.

1. El Decreto supera el juicio de ausencia de arbitrariedad⁴⁷. Este juicio 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 Colombia⁴⁸. Al efecto, se impone a la Corte Constitucional el deber de verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales⁴⁹; (ii) no interrumpan 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 juzgamiento⁵⁰.

1. A juicio de la Sala, las medidas del Decreto no violan las prohibiciones para el ejercicio de dichas facultades extraordinarias, tampoco interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público, ni de los órganos del Estado, en particular, no suprimen o modifican los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento, y menos aún suspenden o vulneran el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales. En términos de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, estas “buscan que se pueda continuar con procesos en curso ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con el

objeto de salvaguardar la prestación de estos servicios en condiciones de calidad para los usuarios; precisamente en procura de la protección de derechos y libertades de orden superior, como los mandatos establecidos en el artículo 365 de la Constitución”. Por tanto, se estima superado el juicio de ausencia de arbitrariedad.

1. El Decreto supera el juicio de intangibilidad⁵¹. Este juicio parte del reconocimiento acerca del carácter “intocable” de algunos derechos que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93 y 214 de la Constitución, y 5 de la LEEE, no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción. La Corte ha establecido que, en virtud de tales disposiciones y del derecho internacional de los derechos humanos, son 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.

1. La Sala constata que, efectivamente, las medidas adoptadas en el Decreto no se refieren a los derechos intangibles a los que se hace alusión en los artículos 93 y 214 superiores, y tampoco tocan los mecanismos indispensables para su protección. Así también lo afirma la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al indicar que el objetivo de las medidas “es precisamente la materialización de los principios que conforman y estructuran el Estado Social de Derecho, así como el cumplimiento efectivo de los deberes del Estado”. Con base en lo anterior, la Sala considera superado el juicio de intangibilidad.

1. El Decreto supera el juicio de no contradicción específica⁵². Este juicio tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contraríen de manera específica la Constitución o 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 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 legislativos.

1. Para la Sala, ninguna de las medidas adoptadas en el Decreto incurre en las limitaciones indicadas. No obstante, tal como se señaló en la Sentencia C-194 de 2020, se aclara que “de ninguno de los contenidos de la Constitución deriva una obligación en virtud de la cual el Estado deba fijar tasas de interés remuneratorias en todas sus operaciones de crédito público. Esta cuestión debe ser definida por el Legislador en ejercicio de su amplia libertad de configuración, para lo cual puede disponer tasas del 0% –o ninguna–”. En estos términos, la posibilidad de que los créditos que el FONSE le otorgue al Fondo Empresarial se beneficien de “tasa cero” (artículo 2.2), así como la tasa de interés del cero por ciento aplicable a los créditos que Minhacienda otorgue al FONSE (artículo 3.2) no contrarían de manera alguna, disposiciones superiores. Así las cosas, se satisfacen las exigencias de este juicio.

1. El Decreto supera el juicio de incompatibilidad⁵³. Según el artículo 12 de la LEEE, este juicio exige que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción.

1. Por otro lado, frente a la tercera medida referida a la exención tributaria, el Decreto explica las razones por las que suspende el hecho generador del GMF previsto en el artículo 871 del Estatuto Tributario que cubre las operaciones correspondientes a “[l]os traslados de

recursos por parte del Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sobre los recursos de que trata el presente Decreto Legislativo” y a “[l]os traslados de recursos del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al tercero beneficiario de este Decreto Legislativo, sobre estos recursos” (artículo 4). En condiciones de normalidad, dichos traslados constituyen hechos generadores del GMF, lo cual traduciría que los recursos que se reciben por su conducto se reducirían al aplicarles la tarifa del gravamen. En la parte motiva del Decreto se da cuenta de la necesidad de maximizar los recursos que se trasladen por la vía de los anteriores traslados. El GMF, por tanto, es irreconciliable en este caso con la finalidad de las medidas adoptadas en el Decreto ante las necesidades de recursos urgentes y significativos para atender los esquemas de solución de largo plazo, máxime cuando se persigue garantizar la prestación de servicios públicos. En estos términos se supera el juicio de incompatibilidad.

1. El Decreto supera el juicio de necesidad⁵⁴. Previsto en el artículo 11 de la LEEE, este juicio 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 (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 las medidas 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. La finalidad de este juicio, como dijo la Corte en la Sentencia C-179 de 1994 mediante la cual revisó la constitucionalidad de la LEEE, es “impedir que se cometan abusos o extralimitaciones en la adopción de las medidas que, en todo caso, deben ser las estrictamente indispensables para retornar a la normalidad”.

1. En lo relacionado con la necesidad fáctica, la Sala encuentra que el presidente de la

República no incurrió en error manifiesto al apreciar la utilidad de las medidas, en tanto estas sirven para superar las crisis. Lo anterior se fundamenta en las siguientes apreciaciones fácticas.

1. Primero, la reducción de la actividad económica por cuenta del aislamiento social se ha traducido en dificultades financieras para las ESPD. De acuerdo con la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, estas dificultades se evidencian, principalmente, en “tres puntos fundamentales”, a saber:

“a. Una disminución en su recaudo. En efecto, para el servicio de energía eléctrica según datos observados por el Ministerio de Minas y Energía, frente al recaudo esperado, el recaudo real para los estratos 1 y 2 se ha disminuido en un 22%, para los estratos 3 y 4 en un 8%, para los estratos 5 y 6 en un 11% y para el sector industrial y comercial en un 33%, lo cual evidencia la forma en la que se están viendo afectadas las familias y las empresas en relación con la posibilidad de efectuar el pago oportuno de los servicios públicos domiciliarios ante las consecuencias económicas y sociales de la emergencia. Adicionalmente, de acuerdo con la información suministrada por la Superintendencia de Servicios Públicos, el indicador de recaudo de estas empresas pasó de un promedio del 85% para el cierre de 2019, a un promedio de 62% al 30 de abril de 2020”;

b. Una disminución significativa en la demanda de energía del Sistema Interconectado Nacional -SIN-. Es así como en el mes de abril se registró el mínimo nivel de consumo de los últimos 12 meses ubicándose en 5.200,81 GWh y en los tres últimos meses la demanda ha caído en promedio 7,8% respecto a la demanda de energía del Sistema Interconectado Nacional-SIN, calculado frente al mismo mes del año anterior. (...) Por su parte, los precios de energía en bolsa presentaron un incremento luego de iniciada la cuarentena ubicándose por encima del precio de escasez, el cual es el valor máximo que puede pagar la demanda del país por la energía, mostrando una situación crítica para el sistema”;

c. “Disminución en el recaudo asociada a las medidas de diferimiento de cobro en las facturas. Ciertamente, como consecuencia de estas medidas, las empresas de servicios públicos pueden ver reducido su flujo de caja al alterar su cronograma de pagos sin que se suspendan a su vez sus costos fijos, lo que tiene una afectación importante en las finanzas de las empresas pues tan solo el recaudo de facturación de los estratos 1 y 2 representa el 36% de su facturación total. Lo anterior, sin perjuicio de las líneas de crédito establecidas por el Gobierno nacional mediante Findeter”;

1. Segundo, las ESPD en toma de posesión de la Superservicios se han visto especialmente afectadas por tales dificultades financieras. De acuerdo con la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República “dicha alteración se torna más grave en el caso de las empresas intervenidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios cuyas principales fuentes de recursos son el recaudo y los apoyos dados por el Fondo Empresarial, y una reducción en éstos conlleva una mayor dificultad en su operación. (...) Es así como en las regiones donde operan las entidades intervenidas se evidencia que la mayoría de la población se encuentra dentro de los más afectados por la coyuntura económica, coincidiendo con la población objetivo de las medidas de diferimiento de cobro. Ejemplo de lo anterior es la región Caribe, en donde siguiendo los datos de la Encuesta de Calidad de Vida del DANE del año 2018, se observa que el 98% de la población accede a servicios de energía en tanto un 82% accede al servicio de acueducto, y de acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de Presupuesto de los hogares de la misma entidad, se observa que cerca del 90% de los hogares se encuentran en los estratos 1 y 2”;

1. Tercero, ante tales dificultades financieras, los esquemas de solución a largo plazo implementados por cinco ESPD en toma de posesión -entre las cuales se encuentran prestadoras del servicio público de energía en la costa caribe- requieren de recursos líquidos de manera urgente para asegurar la prestación de los servicios públicos a su cargo. Estos esquemas, según la motivación del Decreto “se han visto afectados por la situación de emergencia sanitaria” y, por tanto “requieren del apoyo del Fondo Empresarial para

garantizar no solo la viabilidad de dicho esquema, sino la prestación del servicio público”. La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República agregó que “[l]a afectación en las finanzas de las empresas de servicios públicos intervenidas ha tenido una repercusión directa en las necesidades de recursos que enfrenta el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la actualidad”;

1. Cuarto, actualmente, los recursos líquidos del Fondo Empresarial son insuficientes para financiar los esquemas de solución a largo plazo implementados por cinco ESPD en toma de posesión de la Superservicios, por tres razones:

i. Los recursos líquidos actuales del Fondo Empresarial son del orden de 500 mil millones de pesos y están respaldados por créditos de tesorería de Minhacienda que ascienden a 2,8 billones de pesos. De acuerdo con la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República: “el Fondo Empresarial cuenta con una disponibilidad aproximada de recursos correspondiente a \$500 mil millones para atender la toma de posesión de un total de nueve (9) empresas, de las cuales seis (6) se encuentran en proceso de intervención y tres (3) en proceso de liquidación” y “la capacidad del Fondo Empresarial para cumplir con uno de sus objetos y materializar la finalidad de la toma de posesión se ve comprometida por ser insuficientes los recursos con los que actualmente cuenta dicho fondo, que por demás ya se encuentran apalancados por créditos de tesorería otorgados por la Nación a través de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional por la suma de \$2.830.571 millones”;

i. Las fuentes ordinarias de financiación del Fondo Empresarial arrojan flujos de liquidez futuros, pero no actuales. Según la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República “es preciso señalar que los ingresos con los que actualmente cuenta el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios solo se materializan en el largo plazo, pero son requeridos en este momento”. Lo anterior encuentra sustento en las proyecciones del Fondo Empresarial sobre los ingresos de 2020, 2021 y 2022 por sus fuentes de financiación ordinarias, a saber: (a) los excedentes de la Superservicios, de la CRA y de la

CREG; (b) el producto de las multas que imponga la Superservicios; (c) los rendimientos que genere y que se obtengan por la inversión de los recursos que integran su patrimonio; (d) los recursos que obtenga a través de las operaciones de crédito interno o externo que se celebren a su nombre, y los que reciba por operaciones de tesorería; (e) los rendimientos derivados de las acciones que posea o su enajenación, los cuales no estarán sometidos al impuesto sobre la renta y complementarios; y (f) los demás que obtenga a cualquier título, esto con arreglo al artículo 16 de la Ley 1955 de 2019; y

i. Los recursos líquidos del Fondo Empresarial se han reducido por cuenta de los créditos que ha otorgado a las ESPD con participación mayoritariamente pública, con base en la autorización conferida en el artículo 4 del Decreto Legislativo 574 de 2020. Según la parte motiva del Decreto “[l]o anterior ha generado una disminución de \$97.000 millones en los ingresos del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios estimados para la vigencia del 2020, asociado a los alivios financieros que ha debido otorgar a dichas empresas”;

1. Quinto, el financiamiento del Fondo Empresarial a través de créditos del FONSE es un mecanismo útil para atender las necesidades de recursos de los esquemas de solución de largo plazo afectados por la emergencia. Sobre lo anterior, no obstante, la Sala se aparta de las razones que a ese propósito elevó la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República:

“Por otra parte, es necesario tener en cuenta que si bien el artículo 312 de la Ley 1955 de 2020, autoriza a la Nación “para que directa o indirectamente adopte medidas de financiamiento al Fondo Empresarial de la SSPD, incluyendo créditos y garantías, los cuales podrán ser superiores a un año (...)”, esta disposición resultaba insuficiente para los fines que se pretende obtener mediante el Decreto Legislativo sub examine, toda vez que de no realizarse mediante un vehículo distinto (FONSE), el financiamiento debería haberse otorgado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de créditos de tesorería, regulados

entre otras disposiciones, por el artículo 37 de la Ley 1955 de 2019, que establece que: “la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional podrá otorgar créditos de tesorería hasta por el plazo de un año (...)”. Esta limitación en el plazo de los créditos impide una adecuada armonización de las medidas implementadas.

En este sentido, el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico FONSE permite otorgar créditos por plazos que superen el límite de los 12 meses y de esta forma acompañar adecuadamente las necesidades de financiación del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, además de poder conceder condiciones especiales como la “tasa cero”, siendo así el vehículo adecuado para suministrar la financiación necesaria, además de la alineación de objetivos que pretenden ambos fondos.” (negrilla fuera del texto original).

1. A criterio de la Sala, la justificación de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República es incorrecta y, además, incongruente. Lo primero, porque no es exacto que los créditos de tesorería del Minhacienda tengan un plazo máximo de doce meses. Ciertamente, el parágrafo 2º del artículo 37 de la Ley 1955 de 2019 prevé ese límite temporal para aquellos créditos de tesorería que se otorguen en el marco del “manejo de los excedentes de liquidez”, en virtud de la administración de activos y pasivos a cargo de Minhacienda. Pero el artículo 312 de la misma normativa, aplicable a este tipo de operaciones por criterio de especialidad, autoriza expresamente a la Nación “para que directa o indirectamente adopte medidas de financiamiento al Fondo Empresarial de la SSPD, incluyendo créditos y garantías, los cuales podrán ser superiores a un año” (negrilla fuera del texto original), y especifica que harán parte de las medidas autorizadas de sostenibilidad del Fondo Empresarial “la provisión de recursos de la Nación y otras entidades estatales con recursos líquidos” (negrilla fuera del texto original). Y el Decreto 2223 de 2019, que reglamentó esta última disposición mediante una adición al Decreto 1082 de 2015, prevé en su artículo 2.2.9.4.9 que “a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Nación podrá otorgar créditos de Tesorería al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” (negrilla fuera del texto original) y, adicionalmente, permite “[p]ara los créditos de Tesorería otorgados

directamente por la Nación a los que se refiere el presente artículo, podrá operar la figura de la novación, en los términos del artículo 1687 del Código Civil y siguientes, previa aprobación del Comité de Tesorería del Ministerio de Hacienda y Crédito Público” (negrilla fuera del texto original). Lo segundo, porque el mismo Decreto, en su artículo 3, prevé que los créditos de tesorería que Minhacienda le otorgue al FONSE podrán renovarse por un término superior a doce meses.

1. A juicio de la Sala, el plazo de los créditos de tesorería no justifica recurrir al FONSE como intermediario y ampliar, al efecto, su objeto legal. Lo que soporta la intermediación del FONSE desde el plano fáctico es que:

(i) Minhacienda ya ha otorgado créditos al Fondo Empresarial en el marco de las disposiciones antes citadas. Según la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República “la capacidad del Fondo Empresarial para cumplir con uno de sus objetos y materializar la finalidad de la toma de posesión se ve comprometida por ser insuficientes los recursos con los que actualmente cuenta dicho fondo, que por demás ya se encuentran apalancados por créditos de tesorería otorgados por la Nación a través de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional por la suma de \$2.830.571 millones” (negrilla fuera del texto original); y

(ii) Si bien los créditos que el FONSE otorgue al Fondo Empresarial solo pueden celebrarse hasta el 31 de diciembre de 2020, el FONSE contará con recursos propios a partir de 2021. De acuerdo con el parágrafo del artículo 146 de la Ley 2010 de 2019, “[l]as leyes anuales de presupuesto para los años 2021 a 2024 deberán incluir los recursos necesarios para el cumplimiento del objeto del FONSE hasta por un monto de \$2 billones de pesos”. Lo anterior faculta al FONSE, a partir de 2021, a amortizar los créditos de tesorería de Minhacienda, lo que le permitiría prescindir de dicho apalancamiento para financiar con recursos propios al Fondo Empresarial. En otras palabras, el acreedor final de los recursos podría pasar de ser Minhacienda, a ser el FONSE.

1. En estos términos, la intermediación del FONSE y la ampliación de su objeto encuentran fundamento, por un lado, en que es un mecanismo adicional a la financiación directa por parte del Minhacienda -que en la actualidad ya apalanca con recursos significativos al Fondo Empresarial- y, por otro, en que podría ser transitoria, en la medida en que a partir del 2021 el FONSE estaría en capacidad de entrar a financiar con recursos propios al Fondo Empresarial.

1. Por demás, la Sala resalta que la utilidad de los créditos del FONSE también radica en sus efectos inmediatos, lo cual logra satisfacer de forma rápida “las apremiantes necesidades de liquidez que presentan las empresas de servicios públicos”, puestas de presente por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

1. Sexto, el financiamiento del FONSE a través de créditos de tesorería de Minhacienda es un mecanismo útil para garantizar la consistencia y seguridad de los préstamos que hará al Fondo Empresarial. Según la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República: “resultaba indispensable establecer la fuente con la cual el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico -FONSE podrá fondear los recursos necesarios para el otorgamiento de los créditos al Fondo Empresarial”, para “garantizar la consistencia y seguridad en las dos operaciones. Así, se prevén características especiales como las de “tasa de interés al cero por ciento (0%)” y la posibilidad de renovación de los créditos de tesorería, sin que se exceda el 31 de diciembre de 2022”.

1. Séptimo, la exención del GMF aplicable al traslado de recursos del FONSE al Fondo Empresarial, y de éste a las ESPD en toma de posesión para atender las necesidades de recursos de sus esquemas de solución de largo plazo afectados por la emergencia, maximiza estos recursos. De acuerdo con la parte motiva del Decreto “para maximizar los recursos de los que puede disponer el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE), el

Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y los beneficiarios de esos recursos, se hace necesario exonerar del gravamen a los movimientos financieros el traslado de esos recursos”.

1. Las anteriores apreciaciones acreditan que el financiamiento del FONSE al Fondo Empresarial es un mecanismo útil para atender las necesidades de recursos de los esquemas de solución implementados por las ESPD en toma de posesión afectados por la emergencia y, así, garantizar la prestación de servicios públicos a cargo de éstas. También dan cuenta de que el financiamiento de Minhacienda al FONSE es un mecanismo que garantiza la consistencia y seguridad de los recursos con los cuales el FONSE financiará al Fondo Empresarial, así como de que la exención del GMF maximiza los recursos que se logran a través de estas operaciones de financiamiento.

1. Ahora, en lo que respecta a la necesidad jurídica de las medidas, la Sala encuentra que en el ordenamiento jurídico no existían previsiones suficientes y adecuadas para adoptar las medidas del Decreto y que, con la mismas, el presidente de la República no incurrió en abuso o extralimitación.

1. Una primera aproximación, apoyada en el entendimiento conjunto de las operaciones de financiamiento autorizadas por el Decreto, indicaría que el Gobierno Nacional contaba con las previsiones legales necesarias para garantizar el financiamiento de los esquemas de solución sin recurrir a un decreto legislativo. En efecto, como se anotó en el juicio de necesidad fáctica, el artículo 312 de la Ley 1955 de 2019 y el artículo 2.2.9.4.9 del Decreto 1082 de 2015 permiten que Minhacienda financie al Fondo Empresarial mediante créditos de tesorería. En ese entendido, la canalización de los créditos a través del FONSE resultaría redundante y conduciría a que las primeras dos medidas no superen el juicio de necesidad jurídica.

1. La Sala se aparta de dicha conclusión por estar fundada en un entendimiento incompleto

del contenido y alcance del presente juicio. En efecto, no se trata de escudriñar el ordenamiento jurídico para enlistar las disposiciones que habrían permitido cumplir la finalidad pretendida sin acudir a facultades excepcionales; por el contrario, exige identificarlas para determinar si son suficientes y adecuadas al efecto. Preciso es recordar que la utilidad de las medidas es asunto del juicio de necesidad fáctica y, en este, inclusive, la competencia del juez constitucional se limita a determinar si el presidente de la República incurrió en error manifiesto al evaluarla, cosa que, en el presente caso y como se demostró, no ocurre. Por tanto, no es correcto que, en una clara asunción de competencias del legislador extraordinario, el juez decida qué medidas son más convenientes para conjurar la crisis y sus efectos bajo la sola consideración de su cabida en el ordenamiento jurídico vigente en situaciones de normalidad institucional.

1. Pero el alcance del juicio de necesidad jurídica tampoco se agota en verificar si el sustento legal existente resulta suficiente y adecuado. De acuerdo con la Sentencia C-179 de 1994, mediante la cual se revisó la constitucionalidad de la LEEE, con este juicio se persigue “impedir que se cometan abusos o extralimitaciones en la adopción de las medidas que, en todo caso, deben ser las estrictamente indispensables para retornar a la normalidad”. Esto, fundamentalmente, porque limitar el alcance de este juicio a un examen casi formal sobre la existencia de disposiciones legales que regulan una materia, conduciría, ineludiblemente, a la declaración de inexequibilidad de medidas que, además de no ser contrarias a la Constitución, tampoco entrañan abuso o extralimitación alguna. Esta incongruencia fue, precisamente, la que advirtió esta Corporación al estudiar la constitucionalidad de la LEEE y que la condujo a ampliar el alcance del juicio de necesidad a efectos de integrarle un componente material -impedir abusos o extralimitaciones-, para así evitar el contrasentido antes advertido. En estos términos, pasará la Sala a explicar las razones por las cuales las medidas adoptadas en el Decreto superan el juicio de necesidad jurídica.

1. Primera medida. En el ordenamiento jurídico ordinario no existen previsiones para que el FONSE otorgue créditos al Fondo Empresarial. De acuerdo con el artículo 146 de la Ley 2010 de 2019, el FONSE es un patrimonio autónomo adscrito a Minhacienda, creado con el fin

exclusivo de “garantizar la continuidad de la prestación de energía en la Costa Caribe” y cuyo objeto es “la inversión de recursos en instrumentos de capital emitidos por empresas de servicios públicos de energía oficiales o mixtas, incluyendo acciones con condiciones especiales de participación, dividendos y/o recompra, entre otras” (negrilla fuera del texto original). El otorgamiento de créditos, al tratarse de instrumentos de deuda y no de capital, excede el objeto legal del FONSE y, por tanto, para autorizar dicha facultad, así como para establecer sus condiciones, era indispensable que el Gobierno Nacional acudiera a sus facultades excepcionales. De lo contrario, se habría desatendido el principio de legalidad contenido en el artículo 121 superior según el cual, en su condición de rector del ejercicio del poder, no existe facultad, función o acto que pueda desarrollar la autoridad que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley⁵⁵. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala constata que el literal d) del artículo 16.3 de la Ley 1955 de 2019 permite expresamente que el Fondo Empresarial reciba recursos mediante operaciones de crédito interno, como son los créditos que se autoriza al FONSE a otorgarle.

1. Segunda medida. En el ordenamiento jurídico ordinario tampoco existen disposiciones que le permitan a Minhacienda, a través de la Dirección de Crédito Público y Tesoro Nacional, otorgar créditos al FONSE. De acuerdo con el parágrafo del artículo 146 de la Ley 2010 de 2019, los recursos necesarios para el cumplimiento del objeto del FONSE deben integrarse al mismo por vía de las leyes anuales de presupuesto para los años 2021 a 2024. En ese sentido y en atención al alcance del principio de legalidad antes mencionado, el Gobierno Nacional debía recurrir a sus facultades de excepción para proveer un soporte legal para que el FONSE pudiera recibir recursos mediante créditos, así como para establecer las condiciones aplicables a estos últimos.

1. Tercera medida. Los artículos 150.12 y 338 superiores establecen una reserva de ley en materia tributaria en cabeza del Congreso de la República. Esto traduce que, en el ámbito nacional, el legislador es el único competente para determinar los elementos del tributo, y entre otras, autorizar exenciones. El artículo 879 del Estatuto Tributario prevé las exenciones del GMF y, entre ellas, la Sala no advierte que se encuentren los traslados del FONSE al

Fondo Empresarial en virtud de los créditos autorizados por el artículo 1° del Decreto, y tampoco los traslados del Fondo Empresarial a las ESPD en toma de posesión que hayan implementado esquemas de solución a largo plazo afectados por la emergencia. En estos términos, el Gobierno Nacional no contaba con ningún mecanismo legal para eximir temporalmente del GMF a dichos traslados, lo que torna indispensable el uso de sus facultades excepcionales al efecto.

1. Evidenciado que el Gobierno Nacional carecía de las herramientas jurídicas para implementar las medidas del Decreto, la Sala, por demás, resalta que, de haberse optado por la vía legislativa para tramitarlas, se les hubiera restado la celeridad requerida para cumplir su fin. Tal como se advirtió en el juicio de necesidad fáctica, los recursos requeridos por los esquemas de solución de largo plazo son imperiosos y, de no solventarse, pueden poner en riesgo la continuidad de la prestación de los servicios públicos a cargo de las ESPD en toma de posesión que los hayan implementado. El Decreto, en ese sentido, prevé que las medidas tienen vigencia inmediata a partir de su publicación (artículo 5). La Sala, por tanto, reconoce que el cauce ofrecido por las vías ordinarias hubiera reñido con la gestión rápida, pero responsable, que actualmente se debe exigir al Gobierno Nacional ante las necesidades urgentes de recursos ligadas a la crisis.

1. Finalmente, la Sala encuentra que el Gobierno Nacional no incurrió en abusos o extralimitaciones al adoptar las medidas. Por el contrario, por perseguir la continuidad en la prestación de los servicios públicos, las medidas son inherentes a la finalidad de Estado y se insertan en el deber constitucional que le cabe a este último de asegurar la prestación eficiente de estos servicios a todos los habitantes del territorio nacional, con arreglo al artículo 365 superior.

1. En conclusión, la Sala considera que el uso de las facultades excepcionales por parte del Gobierno Nacional era indispensable jurídicamente para adoptar las medidas, así como que tramitarlas a través del Congreso de la República les hubiera restado celeridad, y que no

entrañan ningún abuso o extralimitación. En esos términos, el Decreto supera el juicio de necesidad jurídica.

1. El Decreto supera el juicio de proporcionalidad⁵⁶. Previsto en el artículo 13 de la LEEE, este juicio 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 en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

1. De manera general, para la Sala las medidas adoptadas en el Decreto son equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Tal como se advirtió en el juicio de necesidad fáctica, la disminución de la actividad económica por cuenta del aislamiento social ha impactado de una manera negativa y considerable el recaudo de las ESPD, especialmente de aquellas en toma de posesión, y también ha reducido significativamente los recursos líquidos del Fondo Empresarial. Lo anterior resulta en que los esquemas de solución a largo plazo necesiten urgentemente de recursos ante la amenaza que dicha falta de financiación supone para la continuidad de la prestación del servicio público a cargo de las ESPD en toma de posesión que lo hayan implementado. Y dado que las medidas del Decreto persiguen financiar dichas necesidades y maximizar los recursos destinados a ese fin, éstas resultan alineadas con el deber constitucional que se impone al Estado de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos. Lo anterior, a criterio de la Sala, es imprescindible en el marco del aislamiento social y el confinamiento que la pandemia del Covid-19 ha implicado. En tal escenario, en donde en lo posible las personas deben permanecer en su domicilio, trabajar y estudiar desde allí, en general preparar sus alimentos y mantener hábitos constantes de higiene por razones de prevención, los servicios de energía eléctrica, de gas domiciliario, de agua potable y de acueducto, adquieren un carácter esencial todavía mayor

al de antes. Es imperativo, por tanto, que se garantice que los habitantes del territorio nacional, sobre todo los de escasos recursos, cuenten con estos servicios sin interrupciones. Financiar estos esquemas y maximizar los recursos que se destinan a dicho propósito, por tanto, no solo resulta beneficioso para la sociedad, sino que atiende al mínimo imperativo que en este contexto debe exigírsele al Estado para que las personas cumplan con el aislamiento y el confinamiento en condiciones de dignidad.

1. En lo que respecta a las particularidades de cada medida, la Sala considera lo siguiente.

1. Medidas primera y segunda. La autorización y fijación de condiciones para que el FONSE financie por vía de créditos al Fondo Empresarial, así como la autorización y fijación de condiciones para que Minhacienda otorgue créditos de tesorería al FONSE, son medidas proporcionales frente a la emergencia. Esto por las siguientes razones.

1. Primero, porque tienen un límite temporal definido. Según el artículo 1° del Decreto, los créditos que el FONSE otorgue al Fondo Empresarial únicamente pueden celebrarse entre la fecha de entrada en vigencia del Decreto (4 de junio de 2020) y el 31 de diciembre de 2020. Y el financiamiento de Minhacienda al FONSE, de acuerdo con el artículo 3.4, “no podrá superar el 31 de diciembre de 2022”. Si bien el término de ambas autorizaciones excede el de la declaratoria de la emergencia -expirado el pasado 6 de junio-, se infiere que no tienen vocación de permanencia y se compaginan, por tanto, con la extensión de los efectos actuales de la emergencia y la de aquellos que, en el corto o mediano plazo, se sigan produciendo.

1. Segundo, porque ambas operaciones tienen el propósito único y exclusivo de solventar las necesidades de recursos de los esquemas de solución de largo plazo de las ESPD en toma de posesión que “se hayan visto afectados por la situación de emergencia sanitaria” (artículo 1°). Los recursos que por esa vía el FONSE transfiera al Fondo Empresarial no pueden ser

utilizados por éste para propósito diferente del estrictamente relacionado con las afectaciones causadas por la crisis, y aquellos que Minhacienda desembolse al FONSE solo pueden destinarse a fondear los primeros (artículo 3). Lo anterior asegura que, más allá de la vigencia de las autorizaciones, los recursos que se presten deban siempre guardar una relación directa con las afectaciones producto de la crisis. Esto, adicionalmente, se refleja en la articulación de ambas operaciones. En relación con la forma de pago, la posibilidad de renovación y las garantías exigibles, las condiciones que rigen los créditos que Minhacienda otorgue al FONSE van de la mano con lo aplicable respectivamente a los créditos que, a su turno, el FONSE otorgue al Fondo Empresarial. Así, el FONSE reembolsará los recursos a Minhacienda “en los mismos montos y plazos establecidos en el cronograma de pagos de los créditos que otorgue el Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de que trata el artículo 1 del presente Decreto” (artículo 3.3); los créditos que Minhacienda otorgue al FONSE “se podrán renovar cada 12 meses, a solicitud del administrador del Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE), cuando las condiciones financieras de las operaciones de las que trata el artículo 1 así lo requieran” (artículo 3.4); y las garantías de los créditos que otorgue Minhacienda al FONSE no serán adicionales a las requeridas frente a aquellos que el FONSE otorgue al Fondo empresarial (artículo 3.5).

1. Tercero, porque los montos de los créditos no están sujetos a la absoluta discrecionalidad de quien los solicita -sea la Superservicios o el FONSE-, por cuanto su autorización depende de Minhacienda. Si bien el artículo 2.4 del Decreto permite que la Superservicios determine los montos de los créditos a ser otorgados por el FONSE y el artículo 3 dispone que Minhacienda otorgará los créditos de tesorería en los montos que el FONSE requiera, el artículo 2.1 señala que, para contratar los créditos, el Fondo Empresarial deberá observar el régimen de crédito público aplicable, en especial, lo consignado en el artículo 2.2.9.4.8 del Decreto 1082 de 2015. Dicha disposición establece que tales operaciones “requerirán la autorización por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previa aprobación del Comité de Tesorería del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”. Esto, en consecuencia, somete las operaciones a una verificación técnica⁵⁷ previa a su desembolso, ejercida por quien, en últimas y por lo menos transitoriamente, será el originador de los recursos.

1. Cuarto, porque las condiciones especiales de los créditos, en particular, la posibilidad prevista en el artículo 2.2 del Decreto atinente a que los créditos del FONSE al Fondo Empresarial puedan tener “condiciones especiales tales como “tasa cero””, y la tasa de interés de cero por ciento aplicable a los créditos de Minhacienda al FONSE contemplada en el artículo 3.2, benefician los esquemas de solución de largo plazo. Esto en razón a que permiten que se ahoren los costos financieros que en otros escenarios serían imputables a estas operaciones y, así, se transfieran mayores recursos a estos esquemas. Tal beneficio no perjudica de forma desproporcionada a los acreedores respectivos de las obligaciones. El FONSE, por un lado, fondea, por lo menos hasta 2021 y máximo hasta el 31 de diciembre de 2022, los créditos que otorga con operaciones que se benefician, como ya se explicó, de una tasa de interés del 0%, por lo cual no sufre afectación patrimonial alguna por cuenta de esta condición crediticia. Además, a este propósito, la Sala resalta que la finalidad de este patrimonio autónomo no es la de percibir rendimientos. El artículo 146 de la Ley 2010 de 2019 indica que la finalidad del FONSE es “garantizar la continuidad de la prestación de energía en la Costa Caribe” y para ello, en condiciones de normalidad institucional, las inversiones que realice “en los instrumentos de capital (...) podrán tener retornos iguales a cero o negativos”. Y si bien Minhacienda podría verse perjudicado al no recuperar el valor real de los recursos prestados en tanto la medida no integra mecanismos de actualización, esta afectación, para la Sala, resulta equilibrada frente a los beneficios que genera al velar por el cumplimiento del fin inherente del Estado contenido en el artículo 365 superior. En ese sentido, dicha entidad no actúa como prestamista con expectativa de rendimientos futuros o de mantenimiento del valor de sus recursos, sino en cumplimiento de un mandato constitucional expreso, orientado a la prestación eficiente de los servicios públicos. Así se justifica la afectación que por cuenta de la tasa de interés aplicable a los créditos de tesorería llegue a sufrir Minhacienda.

1. Quinto, porque la garantía que subyace ambas operaciones -“los ingresos provenientes de la sobretasa por kilovatio hora consumido de que trata el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019 y con la contribución adicional a la regulada por el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 en los términos del artículo 314 de la Ley 1955 de 2019” (artículo 2.3)- mitiga el riesgo crediticio del

FONSE y de Minhacienda. Frente a los créditos que otorgue el FONSE, podría argüirse que, al no contar con la garantía de la Nación (artículo 2.3) y al no encontrarse “dentro del pasivo que asumirá la Nación en los términos de los artículos 315 y 316 de la Ley 1955 de 2019” (parágrafo del artículo 2), este patrimonio autónomo se vería desprotegido desde el punto de vista del riesgo crediticio que asume. No obstante, si bien la garantía que se predica de ciertos ingresos del Fondo Empresarial es menor a la que podría ofrecer la Nación, la primera resulta proporcional frente a la mitigación del riesgo crediticio del FONSE. Lo anterior, sobre todo, bajo el entendido de que los montos de los créditos están sujetos a la autorización de Minhacienda previa aprobación de su Comité de Tesorería, instancia encargada de velar por la sostenibilidad de la operación. En lo que atañe a Minhacienda, la articulación de las operaciones supone que las garantías que pesan sobre los créditos que otorgue el FONSE al Fondo Empresarial servirán de respaldo indirecto de los créditos de tesorería. Así lo expone el artículo 3.5 del Decreto al indicar que estos últimos créditos “no requerirá[n] garantías adicionales a las establecidas en el presente Decreto Legislativo”. Esto, sumado a que será el mismo Minhacienda quien autorice los créditos que el FONSE otorgue al Fondo Empresarial, previa aprobación de su Comité de Tesorería aclara que el riesgo crediticio de Minhacienda se encuentra controlado por éste mismo y es, a criterio de la Sala, proporcional frente a la finalidad de las operaciones.

1. El Decreto supera el juicio de no discriminación⁵⁸. De acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la LEEE⁵⁹, este juicio exige que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no puedan entrañar segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas⁶⁰. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes injustificados⁶¹. Al contener medidas de carácter económico y tributario, la Sala no advierte que el Decreto imponga tratos diferentes y estima superado este juicio.

1. Conclusión

1. La Sala Plena constató que el Decreto Legislativo 809 de 2020 cumple con las exigencias formales establecidas en la Carta Política y en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción. En efecto, el decreto (i) es desarrollo del Estado de Emergencia declarado por el Decreto 637 de 2020; (ii) cuenta con la firma del presidente y de todos los ministros; (iii) cumple con la carga de motivación, en cuanto explica su relación directa y específica con el estado de emergencia que le dio origen; y (iv) fue expedido dentro del período del Estado de Emergencia.

1. Así mismo, atiende los requisitos materiales según se verificó mediante los juicios de finalidad, de conexidad material, de motivación suficiente, de ausencia de arbitrariedad, de intangibilidad, de no contradicción específica, de incompatibilidad, de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación.

2. La Sala encontró que el decreto legislativo adopta tres medidas que persiguen financiar los esquemas de solución a largo plazo afectados por la emergencia y, así, asegurar que las ESPD en toma de posesión que los hayan implementado puedan continuar prestando los servicios domiciliarios a su cargo en momentos en que su prestación resulta aún más imperiosa dadas las condiciones de aislamiento en el hogar. Esto, mediante la autorización temporal de dos operaciones de crédito público, la fijación de las condiciones aplicables a tales operaciones, y una exención tributaria. La primera de estas operaciones se dirige a financiar la fuente excepcional de recursos de los esquemas de solución de largo plazo: el Fondo Empresarial, el cual podrá disponer de dichos recursos únicamente para solventar las necesidades de los esquemas de solución afectados por la emergencia; la segunda operación está orientada a apalancar ese financiamiento; y la exención tributaria pretende maximizar los recursos que se transfieran con ocasión de esas operaciones.

1. En consecuencia, las medidas adoptadas robustecen las fuentes de recursos mediante operaciones de crédito público inmediatas y temporales para financiar dichos esquemas, y “(i) garantizar la continuidad en la prestación de los servicios para los hogares de las zonas

en las que operan las empresas intervenidas, particularmente de las familias que se han visto especialmente afectadas en los estratos 1 y 2; y (ii) garantizar la suficiencia en el servicio requerida para una exitosa reactivación económica en dichas regiones. Lo anterior, sin afectar la solvencia del Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico -FONSE ni del Fondo Empresarial por tratarse de condiciones crediticias favorables para los dos fondos”.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el Decreto Legislativo 809 del 4 de junio de 2020 “[p]or el cual se autoriza al Fondo de Sostenibilidad Financiera del Sector Eléctrico (FONSE) a realizar operaciones de crédito público para garantizar los procesos de toma de posesión a cargo del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios afectados por la emergencia sanitaria”.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

RICHARD STEVE RAMÍREZ GRISALES

Magistrado (E)

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La sustanciación del proceso de revisión fue asignada al suscrito magistrado en sesión no presencial de Sala Plena de 16 de junio de 2020. Mediante Auto de 19 de abril siguiente, el magistrado sustanciador asumió el conocimiento del presente asunto; ordenó comunicar de manera inmediata el inicio del proceso al Presidente de la República; su fijación en lista por el término de cinco días para efectos de la intervención ciudadana; e invitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a la Contraloría General de la República, a la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones -ANDESCO, a la Liga de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios, a la Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía Eléctrica -ASOCODIS, a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA, a la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG, y las universidades de los Andes, Nacional de Colombia, de Antioquia, Libre de Bogotá, Javeriana, Externado de Colombia y EAFIT a través de sus facultades, centros de pensamiento o dependencias académicas, para que, de estimarlo conveniente, presentaran su concepto sobre la relación de la materia regulada con el estado de emergencia, su contribución a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos y los demás aspectos que consideraran relevantes para el examen de constitucionalidad del

Decreto Legislativo 809 de 2020. Expirado el término de fijación en lista, se corrió traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia.

2 Intervención radicada mediante correo electrónico el 25 de junio de 2020 por Clara María González Zabala, Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

3 Intervención radicada mediante correo electrónico el 1º de julio de 2020 por Olga Lucía González, Directora del Departamento de Derecho Fiscal.

4 Concepto radicado mediante correo electrónico el 16 de julio de 2020 y suscrito por Fernando Carrillo Flórez, Procurador General de la Nación

5 Este capítulo se apoya en las consideraciones contenidas entre otras, en las Sentencias de la Corte Constitucional, C-136 de 2009, C-145 de 2009, C-224 de 2009, C-225 de 2009, C-226 de 2009, C-911 de 2010, C-223 de 2011, C-241 de 2011, C-671 de 2015, C-701 de 2015, C-465 de 2017, C-466 de 2017 y C-467 de 2017. Varios de los párrafos corresponden a transcripciones literales de algunas de dichas sentencias.

6 Corte Constitucional, Sentencia C-466 de 2017, citando a su vez la Sentencia C-216 de 2011.

7 Ídem.

8 El control judicial está a cargo de la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, según lo dispone el numeral 7 del artículo 241 de la Carta Política, y del Consejo de Estado respecto de aquellos que los reglamenten, tal como lo dispone el numeral 8 del artículo 111 de la Ley 1437 de 2011, al prescribir que le corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado “[e]jercer el control inmediato de legalidad de los actos de carácter general dictados por autoridades nacionales con fundamento y durante los estados de excepción”.

9 Corte Constitucional, Sentencia C-216 de 1999.

11 La Corte Constitucional ha aclarado que el estado de excepción previsto en el artículo 215 puede tener diferentes modalidades, dependiendo de los hechos que motiven su declaratoria. Así, se procederá a declarar la emergencia económica, cuando los hechos que

dan lugar a la declaración se encuentren relacionados con la perturbación del orden económico; social, cuando la crisis que origina la declaración se encuentre relacionada con el orden social; y ecológica, cuando sus efectos se proyecten en este último ámbito. En consecuencia, también se podrán combinar las modalidades anteriores cuando la crisis que motiva la declaratoria amenace con perturbar estos tres órdenes de forma simultánea, quedando, a juicio del presidente de la República efectuar la correspondiente valoración y plasmarla así en la declaración del estado de excepción.

12 Decreto 333 de 1992.

13 Decreto 680 de 1992.

14 Decretos 1178 de 1994, 195 de 1999, 4580 de 2010 y 601 de 2017.

15 Decreto 80 de 1997.

16 Decreto 2330 de 1998.

17 Decretos 4333 de 2008 y 4704 de 2008.

18 Decreto 4975 de 2009.

19 Decretos 2963 de 2010 y 1170 de 2011.

20 Este capítulo se ha apoyado en las consideraciones contenidas, entre otras, en las Sentencias C-465 de 2017, C-466 de 2017 y C-467 de 2017. Varios de los párrafos corresponden a transcripciones literales de dichas sentencias.

21 Constitución Política, artículo 365: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos,

deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

22 Decreto 2555 de 2010, artículo 9.1.2.1.1.

23 Corte Constitucional, Sentencia C-895 de 2012.

24 Superservicios, Circular Externa Nro. 20161000000034 del 14 de junio de 2016.

25Ídem.

26Ídem. Al efecto, también ver Corte Constitucional, Sentencia C-895 de 2012: “La toma de posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios tiene dos finalidades: (i) para administrar, cuyos propósitos fundamentales, entre otros, son los de garantizar la continuidad y calidad debidas del servicio y superar los problemas que dieron origen a la medida, de conformidad con los artículos 59,60-2, 61 y 121 de la Ley 142 de 1994, hasta por dos años; y ii) para liquidar, cuando no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa. Para el cumplimiento de estas dos finalidades, la Ley 142 de 1994 prevé tres tipos de toma de posesión: (1) con fines de administración (para superar las causas que dieron origen a la adopción de la medida); (2) con fines liquidatorios (implica medidas tales como la administración temporal, la solución empresarial, la reestructuración, vinculación de un gestor, de un operador especializado, o de capital); y (3) para liquidación, que implica que la empresa cesa su objeto social y se da inicio a lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas concordantes. Según lo que establece el numeral 60.2 del artículo 60 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 8 de la Ley 689 de 2011, cuando la toma de posesión tenga como causa circunstancias imputables a los administradores o accionistas de la empresa, el Superintendente definirá un tiempo prudencial para que se superen los problemas que dieron origen a la medida y el precepto agrega que si transcurrido ese lapso no se ha solucionado la situación, el Superintendente ordenará la liquidación de la empresa. No obstante, dado que debe garantizarse la continuidad del servicio público, no es posible ordenar la liquidación sin que se haya garantizado, aunque sea en forma transitoria, la prestación continua del servicio” (negrilla fuera del texto original).

27 Ídem.

28 Decretos Legislativos 517, 528, 798, 819 de 2020.

29 Información contenida en la intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República sobre el comportamiento del índice de recaudo de las ESPD intervenidas: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de El Carmen de Bolívar- S.A. E.S.P. en toma de posesión/novación-ACUEGAR; Empresa Industrial y Comercial de Villa del Rosario E.S.P.; Empresas Municipales de Cartago S.A. E.S.P.-EMCARTAGO; Empresa de Servicios Públicos de Vélez S.A. E.S.P.-EMPREVEL; Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. -ELECTRICARIBE; Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P. -ELECTROLIMA ESP en liquidación; Empresas Públicas de Quibdó S.A. E.S.P. en liquidación; Empresas de Servicios Públicos de Aseo de Cali S.A. E.S.P. en liquidación.

30 Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

31 Intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

32 Ídem.

33 El artículo 2.4 del Decreto incurre en un error de redacción al señalar que “los montos de los créditos que contrate el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios serán determinados por la (sic) esta”. Dicho error, a criterio de la Sala, no tiene incidencia en el entendimiento de la disposición: la Superservicios determinará los montos de los créditos.

34 Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.9.4.8: “Operaciones de crédito público. Las operaciones de crédito público interno o externo, de corto o largo plazo, las operaciones asimiladas, las operaciones propias del manejo de deuda pública, y las conexas con las anteriores, con excepción de los sobregiros que celebre el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como medidas de sostenibilidad financiera tendientes a garantizar la prestación del servicio público de energía en la Costa Caribe, requerirán la autorización por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previa aprobación del Comité de Tesorería del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios deberá informar a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional la adquisición de sobregiros bancarios, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de tales recursos”.

35 Ley 1955 de 2019, artículo 31: “Sobretasa por kilovatio hora consumido para fortalecer al fondo empresarial en el territorio nacional. A partir de la expedición de la presente ley y hasta el 31 de diciembre de 2022, créase una sobretasa nacional de cuatro pesos moneda legal colombiana (\$4 COP) por kilovatio hora de energía eléctrica consumido, que será recaudada por los comercializadores del servicio de energía eléctrica y girada al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La sobretasa será destinada al pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional. El hecho generador será el kilovatio hora consumido, y los responsables del pago de esta sobretasa serán los usuarios de los estratos 4, 5 y 6, los usuarios comerciales e industriales y los no regulados del servicio de energía eléctrica. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reglamentará el procedimiento para dar cumplimiento a lo previsto en este artículo. El servicio de transporte masivo que se mueva con energía eléctrica estará excluido de la sobretasa de la que trata el presente artículo”.

36 Ley 1955 de 2019, artículo 314: “Contribución adicional a la contribución definida en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 para el fortalecimiento del fondo empresarial. A partir del 1 de enero de 2020 y hasta el 31 de diciembre de 2022 se autoriza el cobro de una contribución adicional a la regulada en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Dicha contribución se cobrará a favor del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). Las reglas aplicables a esta contribución serán las siguientes: 1. La base gravable es exactamente la misma que la base de la contribución de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, o cuando corresponda las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen. 2. Los sujetos pasivos son todas las personas vigiladas por la SSPD. 3. El sujeto activo de esta contribución será la SSPD. 4. La tarifa será del 1%. 5. El hecho generador es el estar sometido a la vigilancia de la SSPD. El recaudo obtenido por esta contribución adicional se destinará en su totalidad al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. El traslado de los recursos de las cuentas de la Superintendencia al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios estará exento del gravamen a los movimientos financieros”.

37 Decreto 2681 de 1993, artículo 15 “Créditos de corto plazo. Son créditos de corto plazo los empréstitos que celebren las entidades estatales con plazo igual o inferior a un año. Los créditos de corto plazo podrán ser transitorios o de tesorería. Son créditos de corto plazo de carácter transitorio los que vayan a ser pagados con créditos de plazo mayor a un año, respecto de los cuales exista oferta en firme del negocio. Son créditos de corto plazo de tesorería, los que deben ser pagados con recursos diferentes del crédito. La celebración de créditos de corto plazo de entidades estatales diferentes de la Nación, con excepción de los créditos internos de corto plazo de las entidades territoriales y sus descentralizadas, requerirá autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Cuando se trate de créditos de tesorería, dicha autorización podrá solicitarse para toda una vigencia fiscal o para créditos determinados. Para tal efecto, las cuantías de tales créditos o los saldos adeudados, según el caso, no podrán sobrepasar en conjunto el diez por ciento (10%) de los ingresos corrientes de la respectiva entidad, sin incluir los recursos de capital, de la correspondiente vigencia fiscal. No obstante, cuando se trate de financiar proyectos de interés social o de inversión en sectores prioritarios o se presente urgencia evidente en obtener dicha financiación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, podrá autorizar porcentajes superiores al mencionado, siempre y cuando el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, haya conceptuado sobre la ocurrencia de alguno de los mencionados eventos. Los créditos de tesorería no podrán convertirse en fuente para financiar adiciones en el presupuesto de gastos. Parágrafo. De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los créditos de tesorería que contrate la Nación están autorizados por vía general y no requerirán los conceptos allí mencionados”.

38 LEEE, artículo 10: “Finalidad. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos”.

39 Corte Constitucional, Sentencia C-724 de 2015: “Las medidas adoptadas por el Gobierno al amparo de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica (i) deben estar destinadas exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos; y (ii) deberán referirse a asuntos que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia”. Sobre el juicio de finalidad, igualmente, Corte Constitucional, Sentencia C-700 de 2015: “(...) es una exigencia constitucional de que todas las medidas adoptadas estén dirigidas a solucionar los problemas que dieron origen a la declaratoria de los estados de

excepción. En otras palabras, es necesario que el articulado cumpla con una finalidad específica y cierta”.

40 Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias C-517 de 2017, C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-437 de 2017 y C-409 de 2017.

41 Constitución Política, artículo 215: “Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes”.

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

43 Corte Constitucional, Sentencia C-724 de 2015: “La conexidad en el control de constitucionalidad de los Decretos legislativos dictados con base en la declaratoria del estado de emergencia social, económica y ecológica, se dirige entonces a verificar determinadas condiciones particulares, relacionadas con la vinculación de los objetivos del Decreto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, y con los hechos que la ocasionaron”. En este sentido, ver también Corte Constitucional, Sentencia C-701 de 2015.

44 Corte Constitucional, Sentencia C-409 de 2017 “La conexidad interna refiere a que las medidas adoptadas estén intrínsecamente vinculadas con las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente”. En este sentido, ver también Corte Constitucional, Sentencia C-434 de 2017.

45 Corte Constitucional, Sentencia C-466 de 2017.

46 LEEE, artículo 8.

48 Corte Constitucional, Sentencia C-466 de 2017.

49 LEEE, artículo 7.

50 Corte Constitucional, Sentencia C-149 de 2003.

51 Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias C-517 de 2017, C-468 de 2017, C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-409 de 2017, C-751 de 2015, C-723 de 2015 y C-700 de 2015.

52 Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-437 de 2017, C-434 de 2017, C-409 de 2017 y C-723 de 2015.

53 Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias C-466 de 2017, C-434 de 2017, C-136 de 2009, C-409 de 2017 y C-723 de 2015.

54 Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias C-517 de 2017, C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-465 de 2017, C-437 de 2017, C-409 de 2017 y C-723 de 2015.

55 Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 2001.

56 Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-227 de 2011, C-225 de 2011, C-911 de 2010, C-224 de 2009, C-145 de 2009 y C-136 de 2009.

57 El Comité de Tesorería de Minhacienda fue creado mediante Resolución 03567 del 9 de noviembre de 1992 y reestructurado mediante Resolución 143 del 22 de enero de 2010, ambas de Minhacienda. Sus integrantes, de acuerdo con el artículo 2 de la anterior resolución, son el Ministro de Hacienda y Crédito Público, los Viceministros General y Técnico, y los Directores Generales de Crédito Público y Tesoro Nacional, del Presupuesto Público Nacional y de Política Macroeconómica. Entre sus funciones, de acuerdo con el artículo 3 de la última resolución, se encuentra la de “proponer las políticas para que las operaciones efectivas de tesorería se coordinen con las políticas gubernamentales en materia fiscal, monetaria y cambiaria”.

58 Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias C-467 de 2017, C-466 de 2017, C-701 de 2015, C-672 de 2015, C-671 de 2015, C-227 de 2011, C-224 de 2011 y C-136 de 2009.

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

60 Sobre el particular, cabe resaltar que dicho listado de categorías sospechosas no es taxativo, pues de conformidad con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “la ley prohibirá toda discriminación”.

61 Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2011: “El principio de igualdad ante la ley del artículo 13 de la Constitución Política, en el sentido de establecer que todas las personas recibirán el mismo trato y no se harán distinciones basadas en criterios de raza, lengua, religión, origen familiar, creencias políticas o filosóficas”.