

LA CORTE DETERMINÓ QUE EL DECRETO LEGISLATIVO 809 DE 2020 CUMPLE CON LAS EXIGENCIAS FORMALES Y MATERIALES PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN, LA LEY ESTATUTARIA DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y PRECISADAS EN LA JURISPRUDENCIA PARA LAS MEDIDAS QUE PUEDE ADOPTAR EL GOBIERNO NACIONAL PARA CONJURAR LA CRISIS GENERADA POR LA PANDEMIA DE COVID19 E IMPEDIR LA EXTENSIÓN DE SUS EFECTOS

III. EXPEDIENTE RE-336 - SENTENCIA C-309/20 (agosto 12)
M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

1. Norma objeto de revisión constitucional

Debido a su extensión, no se transcribirá el Decreto 809 del 4 de junio de 2020 en su integridad, sino únicamente el contenido de sus cinco artículos, en los siguientes términos:

DECRETO LEGISLATIVO 809 DE 2020
(junio 4)

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

[...]

DECRETA:

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.

2. Decisión

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”.

3. Síntesis de la providencia

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. 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.

En efecto, 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.

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".

4. Salvamento de voto

La magistrada **Cristina Pardo Schlesinger** manifestó estar en desacuerdo con la decisión de exequibilidad del Decreto 809 de 2020, pues a su juicio la medida principal adoptada en el decreto no satisface el juicio de necesidad jurídica o de subsidiariedad.

Para la magistrada Pardo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 16 y 312 de la Ley 1955 de 2019, la Nación, por intermedio del Ministerio de Hacienda, ya se encuentra autorizada para adoptar medidas de financiamiento del Fondo Empresarial, que incluyen créditos y garantías, los cuales pueden ser superiores a un año. Estos créditos están exentos de garantías. Estas disposiciones legales fueron desarrolladas mediante el Decreto 2223 de 2019, que adicionó el Decreto 1082 de 2015, Único del Sector de Planeación Nacional. El artículo 2.2.9.4.9 de esta normativa establece 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"*. En consecuencia, el ordenamiento jurídico ordinario sí prevé un mecanismo para que la Nación financie al Fondo Empresarial por medio de operaciones de crédito público. De ahí que la realización de préstamos de igual naturaleza a través del FONSE resulte redundante. Al respecto, se debe recordar que, de conformidad con lo estatuido en el artículo 3 del decreto, el Ministerio de Hacienda le prestará al FONSE los recursos que este, a su vez, le prestará al Fondo Empresarial.

Ni el Gobierno nacional ni el decreto ni mucho menos la sentencia ahonda en las razones por las cuales esta suerte de *triangulación* de las operaciones de crédito, que la Superintendencia de Servicios Públicos requiere, a través del Fondo Empresarial, para apoyar financieramente a las empresas en toma de posesión, se encuentra justificada y, además, responde a la urgencia con la que se necesitan tales recursos.

De otro lado, la magistrada Pardo manifestó no compartir los argumentos que la ponencia desarrolla sobre el alcance del juicio de necesidad jurídica, pues a su parecer desvirtúan completamente su contenido. Este requisito se contrae simplemente a determinar si en el ordenamiento jurídico existen previsiones suficientes y adecuadas para alcanzar los fines que persigue la norma de excepción. Aunque pareciera un asunto menor, en el fondo, las pretensiones de este juicio son garantizar el respeto por el principio de separación de poderes y limitar el uso de las facultades del Presidente de la República en los estados de excepción. La Constitución busca que en estas circunstancias no se desborden los poderes otorgados, como sucedía con la Constitución anterior, y se mantenga el régimen democrático y el respeto por el ordenamiento jurídico y los derechos y libertades fundamentales. No debe olvidarse que los estados de excepción suponen una restricción temporal en el reparto de competencias entre el Presidente de la República y el Congreso.