

LA AUTORIZACIÓN A FINDETER PARA OTORGAR DE MANERA DIRECTA CRÉDITOS A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS CUBRE A TODOS LOS PRESTADORES DE LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO, CON INDEPENDENCIA DE SU CONDICIÓN DE SER EMPRESAS Y REQUIERE DE LA APROBACIÓN DE LAS ASAMBLEAS O CONCEJOS

III. EXPEDIENTE RE-304 - SENTENCIA C-251/20 (julio 16)

M.P. José Fernando Reyes Cuartas

1. Norma objeto de revisión constitucional

DECRETO LEGISLATIVO 581 DE 2020
(15 de abril)

Por el cual se adoptan medidas para autorizar una nueva operación a la Financiera de Desarrollo Territorial S.A - Findeter, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, y en desarrollo de lo previsto en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, «Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional», y

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 de la República, con la firma de todos los ministros, podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

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

Que la Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo de 2020 que el brote del Coronavirus COVID-19 es una pandemia, esencialmente por la velocidad en su propagación, por lo que instó a los Estados a tomar acciones urgentes y decididas para la identificación, confirmación, aislamiento, monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas, todo lo cual debe redundar en la mitigación del contagio.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, «Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus», en la que se establecieron disposiciones destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado al Coronavirus COVID-19.

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

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

Que el artículo 47 de la Ley estatutaria 137 de 1994 faculta al Gobierno nacional para que, en virtud de la declaración del Estado de Emergencia, pueda dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir

la extensión de sus efectos, siempre que (i) dichos decretos se refieran a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado, (ii) su finalidad esté encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos, (iii) las medidas adoptadas sean necesarias para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente, y (iv) cuando se trate de decretos legislativos que suspendan leyes se expresen las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 9 de marzo de 2020 0 muertes y 3 casos confirmados en Colombia.

Que al 17 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social había reportado que en el país se presentaban 75 casos de personas infectadas con el Coronavirus COVID-19 y 0 fallecidos, cifra que ha venido creciendo a nivel país de la siguiente manera: 102 personas contagiadas al 18 de marzo de 2020; 108 personas contagiadas al día 19 de marzo de 2020; 145 personas contagiadas al día 20 de marzo, 196 personas contagiadas al día 21 de marzo, 235 personas contagiadas al 22 de marzo, 306 personas contagiadas al 23 de marzo de 2020; 378 personas contagiadas al día 24 de marzo; 470 personas contagiadas al día 25 de marzo, 491 personas contagiadas al día 26 de marzo, 539 personas contagiadas al día 27 de marzo, 608 personas contagiadas al 28 de marzo, 702 personas contagiadas al 29 de marzo; 798 personas contagiadas al día 30 de marzo; 906 personas contagiadas al día 31 de marzo, 1.065 personas contagiadas al día 1 de abril, 1.161 personas contagiadas al día 2 de abril, 1.267 personas contagiadas al día 3 de abril, 1.406 personas contagiadas al día 4 de abril, 1.485 personas contagiadas al día 5 de abril, 1.579 personas contagiadas al día 6 de abril, 1.780 personas contagiadas al 7 de abril, 2.054 personas contagiadas al 8 de abril, 2.223 personas contagiadas al 9 de abril, 2.473 personas contagiadas al día 10 de abril, 2.709 personas contagiadas al 11 de abril, 2.776 personas contagiadas al 12 de abril, 2.852 personas contagiadas al 13 de abril, 2.979 personas contagiadas al 14 de abril y ciento veintisiete (127) fallecidos a esa fecha.

Que pese a las medidas adoptadas, el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 14 de abril de 2020 127 muertes y 2.979 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (1.242), Cundinamarca (119), Antioquia (289), Valle del Cauca (514), Bolívar (145), Atlántico (94), Magdalena (66), Cesar (32), Norte de Santander (50), Santander (30), Cauca (20), Caldas (36), Risaralda (69), Quindío (49), Huila (55), Tolima (26), Meta (39), Casanare (9), San Andrés y Providencia (5), Nariño (41), Boyacá (31), Córdoba (15), Sucre (1) y La Guajira (1), Chocó (1).

Que según la Organización Mundial de la Salud - OMS, se ha reportado la siguiente información: (i) en reporte número 57 de fecha 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.

Que según la Organización Mundial de la Salud - OMS, en reporte de fecha 13 de abril de 2020 a las 19:00 GMT²-5, - hora del Meridiano de Greenwich-, se encuentran confirmados 1.848.439 casos, 117.217 fallecidos y 213 países, áreas o territorios con casos del nuevo coronavirus COVID-19.

Que la Organización Internacional del Trabajo, en el comunicado de fecha de 18 de marzo de 2020 sobre el «El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas», afirma que «[...] El Covid-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral [...].»

Que la Organización Internacional del Trabajo, en el referido comunicado, estima «[...] un aumento sustancial del desempleo y del subempleo como consecuencia del brote del virus. A tenor de varios casos hipotéticos sobre los efectos del Covid-19 en el aumento del PIS a escala mundial [...], en varias estimaciones preliminares de la OIT se señala un aumento del desempleo mundial que oscila entre 5,3 millones (caso "más favorable") y 24,7 millones de personas (caso "más desfavorable"), con respecto a un valor de referencia de 188 millones de desempleados en 2019. Con arreglo al caso hipotético de incidencia "media", podría registrarse un aumento de 13 millones de desempleados (7,4 millones en los países de ingresos elevados). Si bien esas estimaciones poseen un alto grado de incertidumbre, en todos los casos se pone de relieve un aumento sustancial del desempleo a escala mundial. A título comparativo, la crisis financiera mundial que se produjo en 2008-9 hizo aumentar el desempleo en 22 millones de personas.»

Que la Organización Internacional del Trabajo -OIT, en el citado comunicado, insta a los Estados a adoptar medidas urgentes para (i) proteger a los trabajadores y empleadores y sus familias de los riesgos para la salud generados por el coronavirus COVID-19; (ii) proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo; (iii) estimular la economía y el empleo, y (iv) sostener los puestos de trabajo y los ingresos, con el propósito de respetar los derechos laborales, mitigar los impactos negativos y lograr una recuperación rápida y sostenida.

Que de conformidad con la declaración conjunta del 27 de marzo de 2020 del presidente del Comité Monetario y Financiero Internacional y la directora gerente del Fondo Monetario Internacional, «Estamos en una situación sin precedentes en la que una pandemia mundial se ha convertido en una crisis económica y financiera. Dada la interrupción repentina de la actividad económica, el producto mundial se contraerá en 2020. Los países miembros ya han tomado medidas extraordinarias para salvar vidas y salvaguardar la actividad económica. Pero es necesario hacer más. Se debe dar prioridad al apoyo fiscal focalizado para los hogares y las empresas vulnerables a fin de acelerar y afianzar la recuperación en 2021.»

Que el Decreto 417 del 17 de marzo 2020 señaló en su artículo 3 que el Gobierno nacional adoptará mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en su parte considerativa, todas aquellas «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 la adopción de medidas de rango legislativo autorizada por el Estado de Emergencia, busca fortalecer las acciones dirigidas a conjurar los efectos de la crisis, mediante la protección a la salud de los habitantes del territorio colombiano, así como la mitigación y prevención del impacto negativo en la economía del país.

Que teniendo en cuenta las repercusiones que han causado las medidas de contención del Coronavirus COVID-19 en familias de bajos recursos, se requiere disponer de opciones de financiamiento destinadas a los usuarios de menores ingresos que tengan imposibilidad de pagar el valor de las facturas de servicios públicos durante este período, con ocasión de las

dificultades para generar ingresos por las medidas de aislamiento preventivo obligatorio, y el incremento del consumo de los servicios.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA

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

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

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

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

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

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

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

2.5. La Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -Findeter, deberá cumplir en todo momento con las condiciones establecidas en las disposiciones legales y actos administrativos vigentes para realizar este tipo de operaciones en materia de otorgamiento, seguimiento y recuperación de los créditos otorgados y de manera general con las disposiciones sobre los sistemas integrales de gestión de riesgos.

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

2.7. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios,

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

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

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

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

3.1 Plazo: Hasta por 40 meses.

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

3.3 Forma de pago: Al vencimiento.

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

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

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

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

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

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

2. Decisión

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

Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 2o del Decreto Legislativo 581 de 2020, salvo la expresión "sin que sea necesario ningún otro requisito o autorización de otras entidades u órganos estatales" que se declara **exequible** en el entendido de que no excluye la autorización de asambleas y concejos.

Tercero. Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 3o y 4º del Decreto Legislativo 581 de 2020.

3. Síntesis de la providencia

3.1 La Corte determinó que el Decreto de la referencia satisfizo los requisitos formales de validez definidos por la Constitución, la Ley Estatutaria 137 de 1994 y la jurisprudencia constitucional, pues (i) fue suscrito por el Presidente de la República y todos los ministros del gabinete; (ii) fue expedido durante la vigencia y en desarrollo del Decreto Legislativo 417 de 2020, que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional y (iii) expuso las razones que justifican la adopción de las medidas que contiene.

3.2. Luego de realizar un análisis detallado de cada una de las medidas contenidas en el Decreto Legislativo 581 de 2020, la Sala Plena concluyó que estas superan todos los juicios materiales de validez, siempre y cuando se cumplan los siguientes presupuestos:

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

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

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

3.4. El **artículo 2º** del Decreto 581 de 2020 estableció las condiciones de las operaciones de crédito de Findeter a las empresas de servicios públicos domiciliarios y un sistema trádico de garantías para esas obligaciones. En relación con las condiciones de las operaciones de crédito, estas se sintetizan en los siguientes elementos. En primer lugar, los montos de los créditos que Findeter conceda a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios serán definidos en un proceso conjunto que involucra, por una parte, a dos ministerios (Minas y Energía y Vivienda, Ciudad y Territorio) y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, por otra, a Findeter. En segundo lugar, los créditos se podrán ofrecer con tasa cero, los desembolsos están exentos del gravamen a los movimientos financieros y se utilizará una cuenta única definida por Findeter. En tercer lugar, las condiciones específicas de los créditos que no fueron definidas en el decreto legislativo serán concretadas por Findeter mediante reglamentos de crédito. En cuarto lugar, Findeter deberá cumplir con las normas sobre este tipo de operaciones y trabajar en conjunto con la Superintendencia de Servicios Públicos para el

otorgamiento, seguimiento y recuperación de los créditos otorgados. Finalmente, las beneficiarias deberán satisfacer las normas sobre endeudamiento establecidas en los decretos legislativos 517 y 528 de 2020.

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

La Sala determinó que las condiciones de las operaciones de crédito satisfacen todos los juicios de validez material. En cuanto al sistema de garantías, estas medidas superan los juicios de: i) finalidad, ii) conexidad material, iii) motivación suficiente, iv) intangibilidad, v) no contradicción específica, vi) incompatibilidad, vii) necesidad y viii) no discriminación. Sin embargo, el Tribunal concluyó que la autorización conferida a los gobernadores o alcaldes para garantizar las operaciones de crédito de manera autónoma e inconsulta con las asambleas departamentales y los concejos distritales o municipales solo supera el juicio de ausencia de arbitrariedad si se introduce un condicionamiento. Por esa razón, la Corte declaró exequible la expresión "sin que sea necesario ningún otro requisito o autorización de otras entidades u órganos estatales" contenida en el numeral 2.3 del artículo 2o del Decreto Legislativo 581 de 2020, en el entendido de que no excluye la autorización de asambleas y concejos.

3.6. El **artículo 3º** del Decreto Legislativo 581 de 2020 estableció un mecanismo para que Findeter obtenga financiación para respaldar estas nuevas operaciones de crédito directo a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Ese mecanismo se basa en la emisión de instrumentos de deuda, por un plazo de cuarenta (40) meses; pagaderos al vencimiento; renovables por doce (12) meses; sin garantías; exentos tanto del impuesto sobre las ventas como de los gravámenes a los movimientos financieros y, cuyos gastos de administración asumirá el propio Findeter.

La Corte concluyó que esta norma superó todos los juicios de validez material. En efecto, la finalidad, conexidad material y motivación suficiente de estas medidas quedó expuesta tanto en las consideraciones del Decreto Legislativo 581 de 2020 como del Decreto 417 de 2020. En el primero, el gobierno nacional indicó que la fuente de los recursos para las nuevas operaciones de crédito directo de Findeter: "[...] provendrán del Fondo de Mitigación de Emergencia -FOME, creado por el Decreto Legislativo 444 del 21 de marzo de 2020, el cual indica en el numeral 4 del artículo 4 que los recursos del Fondo pueden ser usados para invertir en instrumentos de capital o deuda emitidos por empresas privadas, públicas o mixtas que desarrollen actividades de interés nacional, incluyendo acciones con condiciones especiales de participación, dividendos y/o recompra, entre otras".

Asimismo, en el decreto declaratorio del estado de excepción, el gobierno nacional había previsto que "[...] dada la necesidad de recursos líquidos para atender las crecientes necesidades generadas con esta crisis, se deben adoptar medidas extraordinarias que permitan la reducción y optimización del capital de las entidades financieras con participación accionaria estatal. Igualmente, estas medidas le deben permitir a la Nación emitir títulos o respaldar su emisión con destino a operaciones de liquidez con el Banco de República".

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

de la Ley 137 de 1994 atribuye al gobierno la facultad para modificar tributos bajo el estado de emergencia

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

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

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

3.7. Finalmente, el **artículo 4°** del Decreto Legislativo 581 de 2020 determina la vigencia de la medida, esto es, a partir de la publicación de la norma. La Corte no encontró reparo alguno sobre esta disposición.

4. Aclaraciones y salvamento parcial de voto

El magistrado **Carlos Bernal Pulido** suscribió salvamento de voto en relación con la sentencia anterior. En particular, manifestó su disenso respecto de la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 2 del Decreto Legislativo 581 de 2020. Esta disposición prevé que las entidades territoriales podrán garantizar los créditos otorgados a las empresas de servicios públicos domiciliarios, para lo cual solo se requerirá la autorización del respectivo alcalde o gobernador, "*sin que sea necesario otro requisito o autorización de otras entidades u órganos estatales*". Para la Sala Plena, dicha disposición es exequible en el entendido de que el otorgamiento de la garantía no excluye la autorización de las asambleas y concejos. Esto, por cuanto, en virtud de los artículos 300.9 y 313.3 de la Constitución Política, corresponde a las asambleas y a los concejos autorizar al gobernador o al alcalde "*para celebrar contratos*", competencia que comprende la autorización para otorgar garantías. Sin embargo, considero que la Sala Plena debió declarar la exequibilidad simple del artículo 2 del Decreto Legislativo 581 de 2020, por las siguientes razones.

1. Primero, la jurisprudencia constitucional ha admitido que los gobernadores y los alcaldes pueden ejercer competencias de las asambleas y de los concejos durante los estados de excepción. En las sentencias C-169 y C-186 de 2020, la Sala Plena sostuvo que, durante los estados de excepción, el ejercicio de competencias tributarias y presupuestales que, de ordinario, corresponden a las asambleas y a los

concejos pueden ser trasladadas, de forma temporal, a los gobernadores y a los alcaldes, respectivamente. Esta habilitación se funda en que las disposiciones relativas al principio de legalidad del gasto contenidas en el artículo 345 de la Constitución no operan durante los estados de excepción. Al respecto, dicho precepto constitucional dispone que “*en tiempo de paz no se podrá (...) hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos. Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto*”. En estos términos, la Sala Plena advirtió que, en épocas de anormalidad institucional, como lo son los estados de excepción, el Gobierno Nacional puede autorizar a los gobernadores y a los alcaldes para efectuar gastos públicos y llevar a cabo modificaciones presupuestales y tributarias, sin necesidad de que intervengan las asambleas y los concejos. Esta habilitación tiene por finalidad permitir que las entidades territoriales puedan adoptar, de manera celer e eficaz, las medidas necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos a nivel territorial.

2. Segundo, la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena desconoció, injustificadamente, las sentencias C-169 y C-186 de 2020. Las consideraciones de estas providencias eran aplicables al asunto *sub examine*. Al margen de las diferencias con los regímenes presupuestal y tributario, la celebración de contratos y el otorgamiento de garantías también son manifestaciones del principio de legalidad del gasto público. Lo anterior, por cuanto estas implican la apropiación y ejecución de recursos territoriales, que, de ordinario, deben ser autorizados por las referidas corporaciones públicas. En esta medida, las competencias tributarias (arts. 300.4 y 313.4 de la CP), presupuestales (300.5 y 313.5 de la CP) y contractuales (arts. 300.9 y 313.3 de la CP) de las asambleas y concejos deben ejercerse de conformidad con el artículo 345 de la Constitución Política y las reglas fijadas en las sentencias C-169 y C-186 de 2020. Sin embargo, en esta oportunidad, la Sala Plena se apartó, sin justificación alguna, del referido precedente, en virtud del cual, en tiempos de anormalidad institucional, el Gobierno Nacional puede autorizar el ejercicio de las competencias previstas por el artículo 345 *ibídem* a los gobernadores y a los alcaldes, con el fin de que estas autoridades puedan adoptar medidas urgentes e inmediatas para conjurar la crisis a nivel territorial.

3. Tercero, en el asunto *sub examine*, la habilitación a los gobernadores y a los alcaldes para ejercer las competencias ordinarias de las asambleas y de los concejos estaba justificada en la consecución de una finalidad imperiosa en el contexto de la actual emergencia. Esta medida garantizaba que las empresas de servicios públicos domiciliarios pudieran constituir, de manera expedita y urgente, la garantía necesaria para acceder a los créditos otorgados por Findeter. Esta es una finalidad imperiosa en el contexto de la actual emergencia. La prestación continua e ininterrumpida de los servicios públicos domiciliarios es indispensable para disminuir el riesgo de contagio del coronavirus COVID-19, así como para permitir que las personas cumplan con las normas sobre aislamiento preventivo en condiciones dignas. Pues bien, habilitar a las autoridades políticas locales a decidir sobre el otorgamiento de la referida garantía permitía que dicha decisión se adoptara de manera oportuna, en atención a las circunstancias de urgencia e inmediatez que suponen los estados de excepción. Justificar el condicionamiento adoptado por la mayoría de la Sala Plena en el ejercicio de competencias que se ejercen “*en tiempo de paz*” desconoce el alcance del artículo 345 de la Constitución Política y, por contera, vacía de contenido el artículo 215 *ibídem*, así como también la finalidad de las medidas adoptadas por el Legislador extraordinario.

4. Por lo demás, el otorgamiento de las garantías en los términos previstos por el artículo 2 del Decreto Legislativo 581 de 2020 estará sometido a todos los sistemas de control. El hecho de que dicho aval no requiera la autorización de las asambleas y de los concejos no implica, en absoluto, que estas corporaciones no puedan ejercer control

político, concomitante o posterior, al otorgamiento de la garantía por parte del gobernador o del alcalde. De ninguno de los contenidos de la norma *sub examine* deriva dicha consecuencia. Asimismo, las autoridades penales, fiscales y disciplinarias podrán ejercer control respecto de la actuación de los gobernadores y de los alcaldes. En estos términos, el otorgamiento de la garantía sin la autorización de las asambleas y concejos no exceptúa el ejercicio de las competencias políticas, penales, fiscales y disciplinarias ordinarias.

Por su parte, el magistrado **BERNAL PULIDO** concluyó que el artículo 2 del Decreto Legislativo 581 de 2020 es compatible con la Constitución Política, la Ley Estatutaria de Estados de Excepción y la jurisprudencia constitucional. Por tanto, la Sala Plena debió declarar la exequibilidad simple de esta disposición.

De otro lado, el magistrado **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** aclaró su voto respecto de tres elementos de la decisión de la mayoría:

(i) En lo que respecta a la exequibilidad condicionada de la expresión “*empresas de servicios públicos domiciliarios*”, prevista en el artículo 1º del Decreto Legislativo 581 de 2020, en el entendido de que incluye a todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, sin necesidad de que se trate de empresas, precisó que tal condicionamiento beneficiará a prestadores comunitarios, juntas de acción comunal y cooperativas, entre otros, quienes sin tener la calidad de empresa de servicios públicos domiciliarios, se encuentran autorizados para prestar este servicio. Sin embargo, tal previsión no abarca a las personas naturales y jurídicas que el artículo 15.2 de la Ley 142 de 1994 autoriza a prestar el servicio con fines de autoabastecimiento, teniendo en cuenta que las líneas de crédito de FINDETER buscan compensar y financiar los beneficios económicos que se otorguen por las empresas a los usuarios de los estratos 1 y 2, principalmente el diferimiento del pago de las facturas durante la pandemia. Así, al no existir usuarios, ni beneficios otorgados a los mismos por tratarse del autoabastecimiento, carecería de justificación dentro del presente decreto, que se les otorguen líneas de financiación.

(ii) En lo que respecta a la decisión de los municipios y de los departamentos de asumir la contragarantía de los créditos otorgados a los prestadores de los servicios públicos domiciliarios por parte de FINDETER, contenida en el artículo 2º del Decreto Legislativo 581 de 2020, aunque se compartió la exequibilidad condicionada de la expresión “*sin que sea necesario ningún otro requisito o autorización de otras entidades u órganos estatales*” en el entendido de que no excluye la autorización de asambleas y concejos, puso de presente que la facultad constitucional de las corporaciones públicas de elección popular, tanto la legislativa como las administrativas, para autorizar la celebración de contratos, no implica que tal autorización deba existir en todos los casos. Por lo tanto, recordó que una de las manifestaciones de la autonomía de las entidades territoriales, consiste en la potestad de reglamentar tal facultad, para decidir cuándo sí se requiere tal aprobación por parte del correspondiente concejo o la asamblea departamental respectiva, tal como lo reiteró la reciente sentencia C-119 de 2020⁵. Igualmente, y de manera congruente con lo anterior, indicó que respecto de la decisión de facultar, durante la emergencia, a los Gobernadores y Alcaldes para garantizar las obligaciones adquiridas por las empresas de servicios públicos con FINDETER, la sentencia C-186 de 2020 podría ser un precedente relevante en éste caso, si para llenar el vacío se aplicara por analogía el artículo 150, ordinal 14 de la Constitución, que permite al Congreso aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, sin autorización previa.

⁵ “En la decisión de contratar, de acuerdo con los artículos 300, n. 9 y 313, n. 3 de la Constitución, **es posible que se requiera la autorización para contratar**, por parte de la respectiva corporación pública administrativa, como, en el nivel nacional, es competencia del Congreso de la República, según el artículo 150, n. 9 de la Constitución” (negrillas no originales): sentencia C-119/20.

(iii) En lo que concierne al párrafo del artículo 2º del decreto juzgado, que autoriza al Gobierno nacional para “establecer que los montos de los créditos a los que se refiere el artículo 1 del presente Decreto Legislativo se extiendan a dos períodos de facturación adicionales a los establecidos en el numeral 2.6 del presente artículo”, advirtió que esta norma es constitucional, a la luz del juicio de necesidad en su componente fáctico, si se interpreta que sólo permite que se otorguen créditos congruentes con los beneficios efectivamente otorgados a los usuarios y, por lo tanto, solamente se podrán financiar períodos adicionales, si una norma de rango legal extiende la obligación de diferir el pago a los usuarios, a períodos de facturación adicionales a los previstos en los decretos legislativos 517 y 528 de 2020 como, por ejemplo, lo hizo el Decreto Legislativo 819 de 2020 (aún no revisado por la Corte), norma que también tiene previsiones relativas a la financiación por parte del FINDETER.

De igual manera, los magistrados **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** y **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO** se reservaron una eventual aclaración de voto.