



MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

DECRETO _____

()

“Por el cual se reglamenta el artículo 94 de la Ley 1873 de 2017 en lo relacionado con el aporte del Fondo Empresarial al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales”

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus facultades constitucionales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del artículo 94 de la Ley 1873 de 2017.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 365 de la Constitución Política establece que: *“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 (...).”*

Que por su parte el artículo 370 Superior le otorga competencia al Presidente de la República, para ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten tales servicios.

Que en desarrollo de los mandatos constitucionales, el artículo 2 de la Ley 142 de 1994 dispone que la intervención del Estado en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata dicha ley, será para, entre otros fines, garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios y; su prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

Que el artículo 247 de la Ley 1450 de 2011, modificado por el artículo 227 de la Ley 1753 de 2015 dispuso que el Fondo Empresarial creado por la Ley 812 de 2003 seguiría funcionando a través de un patrimonio autónomo, cuyo ordenador del gasto es el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

Que a través del Decreto 1924 de 2016, compilado en el Decreto 1082 de 2015, se reglamentó lo relacionado con el funcionamiento del Fondo Empresarial y según lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo del artículo 2.2.9.4.5 del mencionado Decreto, el Fondo Empresarial deberá realizar aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales del que trata el Título 2 de la Parte 4 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015.

Que el artículo 94 de la Ley 1873 de 2017, replicado en el artículo 136 de la misma Ley, estableció que cuando el Fondo Empresarial celebrara operaciones de crédito público de corto

Continuación del Decreto "Por el cual se reglamenta el artículo 94 de la Ley 1873 de 2017 en lo relacionado con el aporte del Fondo Empresarial al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales"

y largo plazo destinadas al giro ordinario de las actividades propias de su objeto, los únicos requisitos que deben cumplirse para el otorgamiento de la garantía de la Nación son: a) Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), respecto del otorgamiento de la garantía por parte de la Nación; b) Concepto único de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público, respecto del otorgamiento de la garantía por parte de la Nación, si estas se otorgan por plazo superior a un año; y c) Autorización para celebrar el contrato de garantía impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Que el giro ordinario de las actividades propias del objeto del Fondo Empresarial son las establecidas en los artículos 247 de la Ley 1450 de 2011, modificado por el artículo 227 de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 2.2.9.4.2. del Decreto 1082 de 2015, destinadas a salvaguardar la prestación del servicio público y a apoyar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en los procesos de toma de posesión.

Que dado que el artículo 94 de la Ley 1873 de 2017 no prevé como requisito previo al otorgamiento de la Garantía de la Nación la constitución de contragarantías a favor de ésta, se hace necesario considerar este factor en los parámetros a tener en cuenta al momento de dar aplicación a la metodología para realizar el cálculo del plan de aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales del que trata el Título 2 de la Parte 4 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015.

Que el inciso segundo del párrafo del artículo 2.2.9.4.5 del Decreto 1082 de 2015 establece que, para efectos del cálculo del plan de aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales por parte del Fondo Empresarial, se deberá tener en cuenta que su riesgo de crédito es el mismo de la Nación, en atención a que el fideicomitente del patrimonio autónomo es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Que se cumplió con las formalidades del numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011 y del Decreto 1081 de 2015, modificado por el Decreto 270 de 2017.

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA:

Artículo 1. Para el otorgamiento de la garantía de la Nación, de la que trata el artículo 94 de la Ley 1873 de 2017, a las operaciones de crédito de corto y de largo plazo que pretenda celebrar el Fondo Empresarial para el desarrollo del giro ordinario de las actividades propias de su objeto, éste deberá realizar aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales, de acuerdo con lo establecido por el Título 2 de la Parte 4 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Para efectos del cálculo del plan de aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales por parte del Fondo Empresarial, en términos de garantía, se deberá considerar como un Colateral Financiero Admisible, en atención a que: a) No es necesario como requisito previo

Continuación del Decreto “Por el cual se reglamenta el artículo 94 de la Ley 1873 de 2017 en lo relacionado con el aporte del Fondo Empresarial al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales”

al otorgamiento de la garantía de la Nación, la constitución de contragarantías a favor de ésta, en virtud de lo previsto en el artículo 94 de la ley 1873 de 2017, b) El riesgo de crédito del Fondo Empresarial es el mismo de la Nación, tal y como lo señala el inciso segundo del párrafo del artículo 2.2.9.4.5 del Decreto 1082 de 2015.

Artículo 2. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2018.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los

EL MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO,

MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARÍA

SOPORTE TÉCNICO

ÁREA RESPONSABLE: Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional

1. PROYECTO DE DECRETO

“Por el cual se reglamenta el artículo 94 de la Ley 1873 de 2017 en lo relacionado con el aporte del Fondo Empresarial al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales”

2. ANÁLISIS DE LAS NORMAS QUE OTORGAN LA COMPETENCIA

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales, y en particular, las previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, le corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, entre otros, el ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, en este caso, la reglamentación del artículo 94 de la Ley 1873 de 2017

3. VIGENCIA DE LA LEY O NORMA REGLAMENTADA

LEY	ARTÍCULO	VIGENCIA
Ley 1873 de 2017	94	Vigente

4. DISPOSICIONES DEROGADAS, SUBROGADAS, MODIFICADAS, ADICIONADAS O SUSTITUIDAS

N/A

5. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN

5.1. Antecedentes y Razones de Oportunidad y Conveniencia que Justifican la Regulación del Artículo 94 de la Ley 1873 de 2017

5.1.1. *Prelación de la protección de la continuidad en la prestación de los servicios públicos en el ordenamiento jurídico colombiano.*

En el ordenamiento jurídico colombiano se ha otorgado especial prevalencia a la garantía de la prestación de los servicios públicos contemplando, tanto a nivel constitucional como legal, disposiciones para su protección. Así, la prevalencia de la garantía de la prestación del servicio público se enmarca en primera instancia, a nivel constitucional, toda vez que que el artículo 365 de la Carta Política establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y, es deber de este, asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Adicionalmente, el artículo 370 de la Carta Política

asigna al Presidente de la República la función de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

Al tenor del Artículo 365 anteriormente mencionado:

“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. (...)”.

En concordancia con lo anterior, las leyes 142 y 143 de 1994 han ratificado la importancia de que el Estado cuente con las herramientas adecuadas para poder asegurar los mandatos constitucionales expuestos, lo cual se cumple no sólo con la facultad de emitir regulación sobre la operación de los servicios públicos, sino también con facultades de intervención directa del Estado¹. Así, según el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, uno de los fines de la intervención del Estado en esta materia se refiere a la necesidad de *“garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios”*²; así como su *“prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan”*³.

En línea con lo expuesto, el artículo 3 de la misma ley fijó como instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos a los que hace referencia dicha ley, entre las cuales se encuentra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) (cfr. artículo 75 y siguientes), entidad facultada para adelantar tanto *“la gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios”*⁴, como, según el numeral 10 del artículo 79, tomar posesión de las empresas de servicios públicos, en los casos y para los propósitos contemplados en los artículos 59 de la Ley 142 de 1994⁵ y las disposiciones concordantes.

La reglamentación de la prestación del servicio público de energía eléctrica fue adicionalmente desarrollada por la Ley 143 de 1994, de cuyo texto resalta que: i) la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública, de acuerdo con su Artículo 5; y ii) que el servicio público esencial de electricidad

¹ Para el efecto ver artículos 2, 3, 59 y 121 de la Ley 142 de 1994.

² Numeral 2.1., artículo 2, Ley 142 de 1994.

³ Numeral 2.4., artículo 2, Ley 142 de 1994.

⁴ Numeral 3.2., artículo 3, Ley 142 de 1994.

⁵ El artículo 59 de la Ley 142 de 1994 incluye causales específicas para la toma de posesión de empresas de servicios públicos, las cuales encuentran su fundamento en la existencia de situaciones que puedan poner en peligro la prestación adecuada y eficiente de los servicios públicos. Véase, por ejemplo, el numeral 59.1 del artículo en cita, el cual se refiere a casos en que la empresa no quiera o pueda prestar el servicio público con la continuidad y calidades debidas, y que la prestación sea indispensable para preservar el orden público o el orden económico, o para evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios o a terceros.

que el estado tiene como obligación garantizar, por mandato legal debe gozar del principio de continuidad, lo que implica que se deberá prestar aún en casos de quiebra, liquidación, intervención, sustitución o terminación de contratos de las empresas responsables del mismo⁶.

La prevalencia a la garantía de la prestación del servicio público ha sido también abordada por la Corte Constitucional. En Sentencia C-736/07, la Corporación se refirió a la importancia de esta materia para fundamentar que sociedades o empresas que asumen la prestación de servicios públicos domiciliarios, cualquiera que sea su procedencia, gozan de una naturaleza y reglamentación jurídica especial. Según la Corte:

“(…)De manera especial de lo afirmado por el artículo 365 (...), la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.

(...)

Corresponde también al legislador fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de esta categoría de servicios públicos y regular su cobertura, calidad y financiación, (...). La Corte ha hecho ver que el anterior marco normativo refleja la importancia que el constituyente otorgó a los servicios públicos como instrumentos para realización de los fines del Estado Social de Derecho, así como para la plena vigencia de los derechos constitucionales que garantizan una existencia digna”.
(negritas fuera de texto)

Es en este marco que cobra importancia la finalidad otorgada por la ley al Fondo, toda vez que a través de este la SSPD puede lograr efectivamente las finalidades señaladas, relacionadas con el objetivo constitucional del Estado de asegurar la prestación de los servicios públicos de manera eficiente.

En efecto, con los recursos del Fondo, la SSPD puede adelantar procesos eficientes de toma de posesión; ya que por lo general las empresas objeto de intervención cuentan con deficiencias financieras que les impiden continuar prestando adecuadamente los servicios públicos a su cargo. Por lo tanto, es el Fondo la herramienta de la SSPD, para apoyar la operación de las empresas objeto de toma de posesión a través de su financiamiento y demás actividades señaladas en el artículo 247 de la Ley 1450 de 2011 (modificado por el artículo

⁶ Según el Art 6 de la ley 143 de 1994.

227 de la Ley 1753 de 2015). Todo lo anterior, se insiste, con el objeto de que las mismas puedan seguir prestando adecuadamente los servicios públicos⁷.

5.1.2. *Antecedentes normativos a la expedición del artículo 94 de la Ley 1873 de 2017.*

Previo a la expedición del artículo 94 de la Ley 1873 de 2017, tanto a nivel legal como reglamentario se establecieron los parámetros para el funcionamiento del Fondo, los cuales hacen referencia, entre otros, a: (i) su finalidad; (ii) la fuente de los recursos que lo conforman; y (iii) las actividades que puede adelantar para materializar su finalidad. Dentro del marco normativo que rige el Fondo se encuentran las siguientes normas:

El Fondo fue creado por el artículo 132 de la Ley 812 de 2003 “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*” como un patrimonio autónomo administrado por la Financiera Eléctrica Nacional (FEN), bajo la facultad otorgada a la SSPD para constituirlo.

Desde su creación, el Fondo fue concebido para dar apoyo “(…) *a las empresas que contribuyen al Fondo, en los procesos de liquidación ordenados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios,*”⁸ así como también para las actividades requeridas en apoyo económico, técnico y logístico a la SSPD (lo anterior en desarrollo, según los propios términos de su Artículo 132 “*con el objeto de garantizar la viabilidad y la continuidad en la prestación del servicio*”). De ahí que la prevalencia de la prestación del servicio público no solamente ha sido la piedra angular para la existencia del Fondo, sino que debe entenderse como prerrogativa para el desarrollo regulatorio de su funcionamiento.

Si bien la vigencia del artículo 132 arriba citado no fue prorrogada por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007 “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*”, el artículo 103 de dicha ley, en lo que corresponde al Fondo, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 103. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mantendrá el Fondo Empresarial, creado por la Ley 812 de 2003, a través de un patrimonio autónomo.

‘El Fondo Empresarial podrá apoyar pagos para la satisfacción de los derechos de los trabajadores que se acojan a los planes de retiro voluntario y, en general, de aquellos a los cuales se les terminen los contratos de trabajo, mediante la celebración de convenios con las empresas objeto de toma de posesión con fines liquidatorios -etapa de administración temporal y en liquidación. Así mismo, podrá apoyar el pago de las actividades profesionales requeridas para prestar apoyo económico, técnico y logístico a la Superintendencia y a la Empresa objeto de toma de posesión.

‘PARÁGRAFO. Si en algún momento las Comisiones de Regulación o la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tuvieren excedentes, deberán transferirlos al Fondo Empresarial de que trata el presente artículo. Así mismo, a este Fondo ingresarán las

⁷Artículo 247 de la Ley 1450 de 2011, modificado por el artículo 227 de la Ley 1753 de 2015: “(…) *Este Fondo podrá financiar a las empresas en toma de posesión para: (...) apoyo para salvaguardar la prestación del servicio a cargo de la empresa en toma de posesión.*

⁸ Texto del artículo 132 de la Ley 812 de 2003.

multas que imponga la Superintendencia de Servicios Públicos dentro del ejercicio de sus funciones”.

Una vez más, el artículo 247 de la Ley 1450 de 2011 “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*” otorgó vigencia al Fondo, y enmarcó de manera manifiesta el apoyo a las empresas en proceso de toma de posesión a la protección de la prestación del servicio, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 247. En la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios seguirá funcionando el Fondo Empresarial creado por la Ley 812 de 2003 a través de un patrimonio autónomo.

*Este Fondo podrá financiar a las empresas en toma de posesión con fines liquidatorios – Etapa de Administración Temporal o en Liquidación, para: i) Pagos para la satisfacción de los derechos de los trabajadores que se acojan a los planes de retiro voluntario y, en general, de aquellos a los cuales se les terminen los contratos de trabajo y **ii) Apoyo para salvaguardar la prestación del servicio a cargo de la empresa en toma de posesión.** Así mismo, podrá apoyar el pago de las actividades profesionales requeridas para prestar apoyo en áreas financieras, técnicas, legales y logísticas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Empresa objeto de toma de posesión bajo las modalidades de fines liquidatorios –Etapa de Administración Temporal o en Liquidación (...).*

Ahora bien, el artículo citado fue modificado por el artículo 227 de la Ley 1753 de 2015 “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*”, como sigue:

ARTÍCULO 227. FORTALECIMIENTO DEL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Modifíquese el artículo 247 de la Ley 1450 del 2011, el cual quedará así:

“Artículo 247. Fortalecimiento del ejercicio de las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios seguirá funcionando el Fondo Empresarial creado por la Ley 812 del 2003, a través de un patrimonio autónomo cuyo ordenador del gasto será el superintendente de servicios públicos domiciliarios.

*Este Fondo podrá financiar a las empresas en toma de posesión para: i) Pagos para la satisfacción de los derechos de los trabajadores que se acojan a los planes de retiro voluntario y en general para el pago de las obligaciones laborales y, **ii) apoyo para salvaguardar la prestación del servicio a cargo de la empresa en toma de posesión.***

Igualmente podrá contratar y/o apoyar el pago de las actividades profesionales requeridas en áreas financieras, técnicas, legales y logísticas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la empresa objeto de toma de posesión, así como los estudios necesarios para determinar la procedencia de la medida de toma de posesión y las medidas preventivas de acuerdo con lo establecido en la Ley 142 de 1994.

Así mismo, de forma excepcional y por una sola vez, el Fondo podrá apoyar con recursos a la empresa en toma de posesión para asegurar la viabilidad del esquema de solución a largo plazo en los servicios de agua potable y saneamiento básico, acorde con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno nacional. Lo dispuesto en el presente inciso también será aplicable a las empresas que a la entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en toma de posesión.

A este Fondo ingresarán los recursos 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”.

En desarrollo de las normas presentadas hasta el momento, en el año 2016, el Gobierno Nacional reglamentó lo relativo al funcionamiento del Fondo⁹, al establecer de forma explícita los recursos que lo conformarán, las operaciones que puede adelantar para apoyar a las empresas en toma de posesión y a la SSPD para gestionar una toma de posesión eficiente y la posibilidad de apalancar recursos futuros mediante operaciones de crédito público para atender necesidades actuales; sobre las cuales la Nación podrá otorgar su garantía para que se desarrollen en condiciones más favorables.

Como se aprecia, la evolución normativa del objeto del Fondo ha sido gradualmente ampliado, con miras a que su funcionamiento permita el uso eficiente de recursos orientados a la salvaguarda del servicio público domiciliario. La expedición de estas normas bajo la consistencia del objeto de garantizar la viabilidad y continuidad en la prestación del servicio, ha integrado una estructura normativa que desarrolla objetivos estatales de rango constitucional, cuya protección ha sido constantemente enfatizada en el ordenamiento jurídico nacional.

5.1.3. Introducción de una norma especial en el ordenamiento jurídico en relación con el otorgamiento de la garantía de la Nación al Fondo Empresarial

Así las cosas, el ordenamiento jurídico contiene normas que reglamentan la existencia y el funcionamiento del Fondo, particularmente en lo relativo a lo que le es permitido, su composición y financiamiento. Sin embargo, mediante la Ley 1873 de 2017 el legislador introdujo en el ordenamiento jurídico una norma adicional que regula lo relativo al otorgamiento de la garantía de la Nación a las operaciones de crédito público del Fondo cuyos recursos se encuentren destinados a cumplir su objeto.

Esta norma adicional es el artículo el artículo 94 (repetido en el artículo 136) de la Ley 1873 de 2017 que establece una situación excepcional, en la cual el otorgamiento de la garantía de la Nación solo requiere los requisitos allí establecidos, los cuales difieren a los contenidos en la normativa general de crédito público y especial del Fondo. Este artículo dispone:

ARTÍCULO 94. *Para el otorgamiento de la garantía de la Nación a las operaciones de crédito de corto y de largo plazo que pretenda celebrar el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, del que trata el artículo 247 de la Ley 1450 de 2011, modificado por el artículo 227 de la Ley 1753 de 2015, no será necesario ningún otro trámite o requisito diferente a lo siguiente:*

a) Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), respecto del otorgamiento de la garantía por parte de la Nación.

b) Concepto único de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público, respecto del otorgamiento de la garantía por parte de la Nación, si estas se otorgan por plazo superior a un año; y

⁹ Mediante el Decreto 1924 de 2016 que adiciona el capítulo 4 del Título 9 de la Parte 2 del Título 2 al Decreto 1082 de 2015.

c) Autorización para celebrar el contrato de garantía impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Lo dispuesto en este artículo aplicará únicamente cuando las operaciones garantizadas por la Nación, estén dirigidas al desarrollo del giro ordinario de las actividades propias del objeto del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Para los demás casos, se deberán cumplir los requisitos ordinarios establecidos para el otorgamiento de la garantía de la Nación.

Del contenido de la norma se desprende que, a diferencia de las normas generales, en el caso de las operaciones de crédito con garantía de la Nación dirigidas al desarrollo del giro ordinario de las actividades propias del Fondo (v.gr. el otorgamiento de mutuos y garantías a empresas intervenidas) solo se requiere el cumplimiento de lo allí establecido, simplificándose así el procedimiento y requisitos frente a lo dispuesto para las operaciones de crédito público del Fondo con garantía de la Nación que no se encuentren destinadas a estos efectos.

Es así como, aunque el régimen al que se sujeta el Fondo para realizar (en términos generales) operaciones de crédito público está dado por, entre otras, la Ley 80 de 1993, Ley 185 de 1995, Ley 533 de 1999, Decreto 1068 de 2015, y el régimen especial creado para su operación y financiamiento; la especialidad de la regulación prevista en el artículo 94 de la Ley 1837 de 2017 genera un subconjunto normativo que contiene la simplificación de requisitos para las operaciones de crédito público del Fondo con garantía de la Nación destinadas al cumplimiento de su objeto, lo que se traduce en la exclusión a la aplicación de las normas generales aquí mencionadas.

En virtud de lo anterior para determinar la normatividad aplicable para los distintos casos que se presenten, se deberá dar aplicación a lo previsto en el artículo 5° de la Ley 57 de 1887¹⁰.

Lo anterior no conlleva una derogatoria o modificación de las disposiciones de orden legal sino la coexistencia de normas que reglamentan materias semejantes en situaciones diferentes, cuya aplicación estará dada por la configuración de los supuestos fácticos establecidos en cada una de ellas. Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes ocasiones como lo son las Sentencia C-005 de 1996 y Sentencia C-439 de 2016¹¹.

¹⁰ “ART. 5°—Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella.

Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos preferirán, por razón de estos, en el orden siguiente: civil, de comercio, penal, judicial, administrativo, fiscal, de elecciones, militar, de policía de fomento, de minas, de beneficencia y de instrucción pública.”

¹¹ Sentencia C-005 de 1996 la Corte Constitucional:

“El artículo 5° de la Ley 57 de 1887 estableció con claridad que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. De lo dicho se deduce también que si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance,

Con el presente Decreto se pretende aterrizar la simplificación de requisitos contenida en el artículo 94 (repetido en el artículo 136) de la Ley 1873 de 2017, particularmente los efectos que la eliminación del requisito de la constitución de las contragarantías previsto para los casos generales en los cuales la Nación otorga al Fondo Empresarial su garantía genera sobre el cálculo del plan de aportes que debe realizar el Fondo al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales.

Cabe resaltar que la eliminación de este requisito se enmarca en la finalidad de maximizar los recursos limitados con los que cuenta el Fondo para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos y disminuir el costo de oportunidad¹², en otras palabras, se debe determinar si es más conveniente que el Fondo cuente con mayores recursos para comprometer a la consecución de la preservación en la prestación de los servicios públicos o que la Nación cuente con un mecanismo más ágil para la ejecución de las obligaciones que pudiera tener a su favor.

Debe recordarse que los recursos que conforman el Fondo provienen de: (i) en mayor medida de los excedentes de la SSPD, de la Comisión de Regulación de Agua Potable, Saneamiento Básico (CRA) y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG); (ii) en una menor proporción de las multas que imponga la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; y (iii) de los rendimientos que se obtengan por la inversión de los recursos que integran su patrimonio a los que hacen referencia los numerales (i) y (ii) anterior. Así las cosas, el Fondo cuenta con recursos en horizontes de plazo muy largos que no le permiten atender de forma eficaz las necesidades inmediatas de los procesos de intervención que adelanta la SSPD.

está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla, por lo cual no siempre que se consagra una disposición posterior cuyo sentido es contrario a la de una norma anterior resulta ésta derogada, pues deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3° de la Ley 153 de 1887 y 5° de la Ley 57 del mismo año” (Subrayas fuera de texto)

Sentencia C-439 de 2016:

“La Corte ha tenido oportunidad de estudiar el punto, concretamente, en el aspecto relativo a los criterios y reglas que deben aplicarse para dar solución a las antinomias entre leyes, entendiendo por tal, la situación en que se encuentran dos disposiciones pertenecientes a un mismo sistema normativo que, concurriendo en los ámbitos temporal, especial, personal y de validez, reconocen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a determinado supuesto fáctico, resultando imposible su aplicación simultánea.

(...)

Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra.”

¹² Por costo de oportunidad se entiende “Aquel que se origina por dejar de ganar algún dinero o percibir algún otro beneficio no cuantificable, al tomar una decisión económica de inversión o consumo” CHURIÓN, José Rubén. “Economía al alcance de todos” Editorial Alfa, 1994. Página 91

Como consecuencia de lo anterior, en coyunturas que requieren grandes sumas de dinero y una participación activa del Fondo en el proceso de intervención, éste se ve en la necesidad de acudir a los mercados de crédito para contar con la liquidez requerida, lo que a su vez tiene asociado diferentes costos que comprometen el patrimonio actual y futuro del Fondo. Un mecanismo para disminuir tales costos corresponde al otorgamiento de la Garantía de la Nación sobre las operaciones de financiamiento, sin embargo, los requerimientos tradicionales asociados a esta alternativa la tornan ineficiente e incluso gravosa para el Fondo impidiéndole acceder a los mercados de crédito y, consecuentemente, a cumplir con su objetivo.

Con fundamento en lo anterior y del contenido del artículo 94¹³ de la Ley 1873 de 2017, se desprende que la ponderación en cuestión fue resuelta por el legislador al no establecer como requisito para el otorgamiento de la Garantía de la Nación la constitución de contragarantías, priorizando así el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales que protegen la prestación del servicio público, sin dejar a un lado la importancia del manejo fiscal responsable por parte de la Nación. Esto hace necesario establecer los parámetros para que el Fondo haga los aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales que contemplen lo previsto en el artículo 94 de la Ley 1873 de 2017.

En efecto, la activación de la garantía de la Nación conllevaría al cumplimiento inmediato de las obligaciones garantizadas no satisfechas, por lo que la Nación requeriría contar con recursos líquidos atribuibles únicamente a su patrimonio. Ahora, dado que el cumplimiento de la garantía de la Nación se constituye como una contingencia, y por tanto es indeterminado el momento de su materialización, la obligación de realizar aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales se considera como un instrumento idóneo mediante el cual se le permite a la Nación hacer un manejo fiscal responsable del otorgamiento de su garantía, al cubrir el riesgo de liquidez de la contingencia, por lo que la especialidad del artículo 94 no desconoce la necesidad de contar con tales aportes.

La simplificación de los requisitos necesarios para el otorgamiento de la garantía de la Nación genera repercusiones en aspectos relacionados, como lo es el cálculo del plan de aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales que debe realizar el Fondo. En efecto, la metodología vigente a la fecha para el cálculo del monto del aporte pondera de forma inversamente proporcional la calidad de la contragarantía otorgada, de tal manera que entre mejor sea la calidad de la contragarantía otorgada menor será el aporte.

Sin embargo, en atención a la excepcionalidad planteada por el legislador para asegurar la asignación eficiente de recursos a la garantía de la continuidad de la prestación del servicio público, los costos asociados a la garantía de la Nación se aumentarían como consecuencia de la ausencia de contragarantías. Esto iría en abierta contravía a la voluntad del legislador,

¹³ El contenido del artículo 94 de la Ley 1873 de 2017 fue replicado en el artículo 136 de la misma ley.

de forma que se hace necesario establecer el mecanismo por el cual se conserve la asignación eficiente de recursos que conforman el Fondo.

Ahora bien, según la voluntad del legislador, no es necesaria la contragarantía (artículo 94 de la Ley 1873 de 2017) y el riesgo de crédito del Fondo es el mismo riesgo de crédito de la Nación. Lo anterior conlleva a que, en las operaciones de crédito de corto y largo plazo que realice el Fondo en el desarrollo del giro ordinario de las actividades propias de su objeto, la percepción de riesgo de crédito del Fondo sea la menor posible, y que de acuerdo a la metodología aplicable para el cálculo de aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales, desde el punto de vista de la garantía, se debe considerar como un Colateral Financiero Admisible. Por lo anterior, mediante el presente decreto se pretende establecer la referencia en términos de la metodología, para garantizar que los recursos que ingresan y conforman el Fondo sean utilizados en forma óptima para la materialización de su finalidad, en aplicación de la metodología vigente para el cálculo del mencionado plan de aportes, dando cumplimiento a la ley reglamentada en el mismo.

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RESPECTIVO ACTO Y LOS SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO

El decreto tendrá relación con los siguientes sujetos, en la medida de que la ley fuente (artículo 94 de la Ley 1873 de 2017), así lo dispone: Fondo Empresarial, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

7. VIABILIDAD JURÍDICA

La reglamentación se expide en ejercicio de la facultad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia.

8. IMPACTO REGULATORIO

El proyecto de Decreto desarrolla los efectos de lo previsto en el artículo 94 (repetido en el artículo 136) de la Ley 1873 de 2017 de cara al aporte del Fondo Empresarial al Fondo de Contingencias de Entidades Estatales.

9. IMPACTO ECONÓMICO

El impacto económico del proyecto de decreto es el del artículo 94 de la Ley 1873 de 2017, esto es el otorgamiento de la garantía de la Nación a las operaciones de crédito público del Fondo Empresarial cuando los recursos obtenidos sean destinados a actividades propias del giro ordinario del objeto del Fondo.

10. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL

N/A

11. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL

N/A

12. RACIONALIZACIÓN, REGULACIÓN INTEGRAL Y SEGURIDAD JURÍDICA

El presente proyecto de decreto que se pone a consideración del Gobierno Nacional es reglamentario del artículo 94 de la Ley 1873 de 2017 y tiene como finalidad garantizar la seguridad y certeza jurídica en el otorgamiento de la garantía de la Nación a las operaciones de crédito público y los respectivos aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales.

13. CONSULTAS

En la elaboración del proyecto de decreto participó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

14. PUBLICIDAD

Se publica el presente proyecto de decreto para comentarios de la ciudadanía en la página web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por un término de quince (15) días calendario desde el 27 de junio de 2018 hasta el 11 de julio de 2018.