

LA CONSTITUCION Y LA CRISIS ENERGETICA

Por: José Gregorio Hernández Galindo *

De gran importancia para los estudiosos del Derecho Público y para quienes desean mirar la crisis del sector eléctrico desde distintas perspectivas es establecer cuál ha sido el enfoque constitucional del tema, en especial a la luz de las nuevas instituciones. No de menor importancia es verificar cuáles han sido las herramientas que para el caso ofrece la Constitución al Ejecutivo y cómo han sido utilizadas.

En esta conferencia no se hará un juicio sobre la conveniencia de las medidas estatales. Únicamente se hablará de los aspectos específicamente contemplados en la Constitución y de su desarrollo jurisprudencial.

Inicialmente consideremos que la Carta ha declarado explícitamente que Colombia es un Estado Social de Derecho, tal como se plantea en su artículo 1o.. Corresponde al Estado un papel de liderazgo, de orientación de la

sociedad y está a su cargo la solución de coyunturas difíciles, tenga o no tenga culpa en ellas el estamento que se halle en el instante de su ocurrencia al frente de la toma de decisiones.

En este contexto, el Estado ya no puede ser un ente pasivo, expectante, como se lo veía en la época del individualismo cuando se hablaba precisamente de un Estado Gendarme pendiente de las posibles confrontaciones suscitadas entre particulares, para entrar a resolverlas. Esto era así porque el Estado se había constituido sobre la base del respeto total y pleno de la autonomía individual y personal, dejando de lado algo que hace parte de su misma estructura, como es el concepto social. Hoy ese Estado no puede permanecer ajeno a aquellos factores que inciden en la vida de la colectividad en sus diversos aspectos, y especialmente los de carácter económico.

Según lo dispone el artículo 333 de la Constitución el Estado es el director

de la economía y como tal tiene la responsabilidad de intervenir en el manejo de la cuestión económica. Si lo puede hacer desde el punto de vista de las acciones que adelantan los particulares en cuanto inciden en el interés de la sociedad, con mayor razón tiene él la obligación de hacer presencia y de intervenir en las actividades que deben cumplir las entidades públicas. Hay, pues, necesidad de que el Estado actúe con eficiencia, celeridad y economía de recursos y esfuerzos para lograr los propósitos que corresponden al bienestar de la colectividad.

Es desde esta perspectiva del papel que cumple el Estado en la sociedad moderna, desde la cual hay que mirar lo ocurrido en el caso de la crisis energética.

El gobierno adoptó inicialmente, dentro de sus atribuciones ordinarias una medida coyuntural, que pretendía contrarrestar los efectos de la crisis: el racionamiento.

* Magistrado de la Corte Constitucional.

Sin elaborar aquí, por no ser éste el foro adecuado, un análisis acerca de las atribuciones específicas de que gozaba el gobierno para tomar algunas de las medidas sobre el particular, resulta necesario decir que el Ministerio de Minas y Energía gozaba de las competencias administrativas necesarias para actuar, cuando menos en las fases iniciales que requerían acción pronta y eficaz. Pero, con el paso de los días se fue encontrando que las situaciones causantes del racionamiento, eran más profundas.

Identificadas las causas, el Gobierno decide acudir a la figura del artículo 215 de la Constitución, que es el que nos ocupa.

¿Qué diferencia existe entre lo que había hecho el Gobierno al decretar el racionamiento y lo que hizo posteriormente a partir de la Declaratoria del Estado de Emergencia?

La figura del Estado de Emergencia existe en nuestro sistema constitucional desde 1968. En la reforma de ese año y a partir de conceptos elaborados en forma muy detenida durante varios años por distintos movimientos políticos —el más destacado en la materia fue el antiguo M.R.L., a cuya cabeza estaba el Dr. Alfonso López Michelsen— se llegó finalmente a la consagración

del artículo 122. Allí se previó la mencionada institución como paralela a la del Estado de Sitio, diferenciando el tipo de crisis que debería confrontar el presidente en uno u otro caso.

El Estado de Sitio (anterior artículo 121) tenía la función de restablecer, por mecanismos extraordinarios, el orden público político cuando se habían perturbado el orden político y cuando las amenazas de ataques a las instituciones pusieran en tela de juicio la paz social, base insustituible de la convivencia y del desarrollo. Antes de 1968 los gobiernos asumían las atribuciones del Estado de Sitio para actuar igualmente en los terrenos económico y social, pues no existía una figura constitucional diferente que le diera respuesta a este tipo de situaciones.

Sin embargo, desde la consagración del nuevo instituto se dio la posibilidad constitucional de que el Presidente de la República acuda a poderes extraordinarios específicamente destinados a confrontar crisis en el terreno económico y social. Puede dictar el Presidente decretos con fuerza de Ley y con vocación de permanencia diferentes a los decretos de Estado de Sitio. Los decretos del Estado de Sitio una vez se ha superado la crisis, y se levanta ese régimen de excepción dejan de regir. Lo mismo sucede hoy

en el Estado de Guerra Exterior o en el de Conmoción Interior, salvo que exista, como en la actualidad una prórroga. A diferencia de esto, los estados de emergencia que se consagraron en el año 68 tienen la virtualidad de que ante todo modifican la legislación anterior y lo hacen de manera definitiva, porque el decreto se extiende en su vigencia hacia el futuro de modo permanente y puede tocar elementos estructurales del Estado en el aspecto económico o social que han generado la crisis.

Desde luego estos decretos deben guardar relación directa, específica y exclusiva con las causas de la perturbación, y las medidas deben estar encaminadas específicamente a producir soluciones concretas en el terreno de la crisis que se afronta.

En el contexto de la reforma del 68 se alcanzaron a dictar en cuatro ocasiones decretos con fuerza material de ley, a partir de declaraciones de Estado de Emergencia Económica. En dos oportunidades se hizo por razones de carácter coyuntural, con repercusiones especialmente en el ámbito tributario. Una de ellas la declaró el expresidente Alfonso López M., en 1974 al hacer uso de esta figura. En 1983 el expresidente Betancur también la utilizó en el terreno tributario e hizo además uso

del Estado de Emergencia en dos oportunidades: en una, para confrontar la crisis que se presentó en el sector financiero a finales del 82, cuando se suscitaban circunstancias bien conocidas por virtud de autopréstamos y de gestiones especulativas de quienes manejaban algunas entidades financieras. Esto implicó la introducción de la figura de la nacionalización y la creación de unos delitos, hoy denominados delitos financieros que están dentro de nuestra legislación. También hizo uso el presidente Betancur de las atribuciones extraordinarias cuando se presentó la catástrofe de Armero, porque el artículo 122, como hoy el 215, contemplaba no solamente perturbaciones en el orden económico y social sino también aquellas que pudieran provenir de una catástrofe o calamidad pública. A partir de esa declaratoria del Estado de Emergencia, Betancur adoptó una serie de disposiciones como aquella que creó a RESURGIR, encargada de atender las necesidades más urgentes de la población, y reconstruir Armero y sus alrededores. Todo esto se hizo por la vía excepcional del artículo 122.

No se volvió a hacer uso de esta disposición constitucional, porque en el gobierno de Barco no fue necesario

acudir a ella. Ese gobierno estuvo marcado, desde el punto de vista del manejo de situaciones excepcionales, por problemas de otra índole, muy graves atentados contra la estabilidad institucional y el orden público político que fueron encarados por el Ejecutivo a partir del artículo 121.

Con la constitución del 91 se quiso ampliar la cobertura del 122 para el manejo de la crisis. Aparece el artículo 215 que podrá ser utilizado por el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, cuando se pre-

El Estado ya no puede ser un ente pasivo, expectante, como se lo veía en la época del individualismo cuando se hablaba precisamente de un Estado Gendarme pendiente de las posibles confrontaciones suscitadas entre particulares, para entrar a resolverlas.

senten situaciones que impliquen ruptura del orden económico, social o ecológico del país. Pero por otro lado se quiso restringir el uso de los estados de excepción y se buscó establecer unos controles mucho más exigentes de los que regían en la Carta anterior para garantizar que el Jefe del Estado y sus ministros no hicieran uso abusivo de estas prerrogativas.

En este contexto debe entenderse el artículo 215 de la Carta. A la luz de la norma cuando se presenten situaciones

que impliquen una ruptura del orden público, social o ecológico del país o que representen una calamidad de proporciones tales que el Presidente de la República no pueda afrontar la crisis sino con base en instrumentos excepcionales, puede declararlo así, mediante decreto que debe llevar la firma de todos los ministros y ya sin consultar al Consejo de Estado.

Pero, obviamente, como quiera que se trata de delimitar las facultades presidenciales a los estrictos marcos de la necesidad que en ese momento se este viviendo, el artículo 215 establece una serie de requisitos, de forma unos y de fondo otros, que son los que quisiéramos resaltar.

En cuanto a los requisitos de fondo, el Presidente no puede hacer uso del Estado de Emergencia para dictar normas o medidas jurídicas en materia distinta de aquellas en que consista la crisis. Los decretos, que siguen siendo decretos legislativos de carácter permanente y que pueden dictarse únicamente por un período máximo de 30 días y 90 en total al año, no pueden ampliarse; deben guardar relación directa, exclusiva y específica con las causas que motivaron al Gobierno para hacer uso del excepcional instrumento.

Como se trata de verdaderas rupturas del orden normal, el Presidente queda sujeto a formas de responsabilidad y de control que la propia Carta establece perentoriamente.

El control político de los actos del Presidente y sus Ministros, quienes son los responsables por la declaratoria del Estado de Emergencia y por las medidas que adopten, está a cargo del Congreso; si el Congreso se encuentra reunido para el momento en el cual el Presidente declara el Estado de Emergencia, él tendrá que pasarle un informe motivado de las causas que lo llevaron a hacer uso de esas facultades excepcionales y sobre el contenido de las medidas adoptadas. El Congreso debidamente ilustrado adoptará las acciones que sean pertinentes. Si el Congreso no se encuentra reunido, el Presidente debe convocarlo para los 10 días siguientes a fin de que éste tenga el conocimiento de esa situación y produzca aquellas modificaciones o adiciones de carácter legislativo que sean pertinentes.

El Congreso, de todas maneras, y lo dice la norma, goza de las más amplias facultades para modificar, sustituir o ampliar e incluso derogar los decretos que hayan sido expedidos por el Presidente de la República durante el Estado de Emergencia.

También existe un control jurídico, es decir, aquel que recae sobre el ajuste entre la actividad que el gobierno ha desplegado de una manera extraordinaria y excepcional por este mecanismo y la Constitución. El cotejo entre las normas que el gobierno expide y las disposiciones de la Constitución vigente debe ser verificado por un organismo de la Rama Jurisdiccional del poder público, que es hoy por hoy, la Corte Constitucional.

Esto explica el por qué estamos tratando el tema del papel de la Corte Constitucional en el caso de la emergencia eléctrica.

El Presidente Gaviria profirió dos decretos de carácter legislativo a propósito de la crisis del sector eléctrico. El primero hace referencia a la declaración del Estado de Emergencia Económica y el segundo, distinguido con el número 700 —ya investido de las facultades excepcionales— tiene que ver con medidas específicas dirigidas a solucionar la crisis.

Ahora bien, como era factible tanto por la declaratoria como por las medidas que se adoptaron a partir de ella, que el gobierno hubiera invadido esferas de otros poderes, o que hubiese pretermitido trámites o quebrantado disposiciones de la Constitución, era

indispensable que un organismo suficientemente dotado de autoridad para ello, efectuara el control y dijese si el gobierno había actuado constitucionalmente o no. La corte actuó en consecuencia a partir del envío de los decretos dictados. Es el mismo Gobierno quien remite a la Corte los decretos, a partir de lo que se denomina control automático de constitucionalidad.

La Corte hizo el estudio de fondo, cambiando la jurisprudencia que tradicionalmente había sentado la Corte Suprema de Justicia. Esta, durante muchos años, desde 1914 en adelante, había sostenido que no podía entrar sino a verificar si estaban las firmas de los Ministros, si se había consultado al Consejo de Estado, si la forma del decreto era correcta, en fin, se hacía un análisis externo o formal, no se miraban las causas de la perturbación.

Al hacer un estudio a fondo de las causas se confrontaron de una manera muy puntual y estricta los elementos que condujeron al Presidente a declarar el Estado de Emergencia. Se halló por parte de la Corte que la declaratoria se ajustaba a lo previsto en el artículo 215 de la Constitución, es decir que la perturbación en el terreno de la emergencia eléctrica se dio tal como lo preveía el estatuto y que el

Presidente podía —como en efecto lo hizo— adoptar medidas excepcionales. En consecuencia, se halló exequible este primer estatuto, el decreto por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica.

En segundo lugar, la Corte entró a hacer un análisis del Decreto 700 por medio del cual el Gobierno —ya investido de las facultades extraordinarias, propias del estado de excepción— profirió una serie de medidas que a su juicio venían a solucionar la crisis. En su gran mayoría esas normas fueron encontradas constitucionales.

Ante todo, la Corte reconoció la existencia de una grave y aguda situación de escasez y racionamiento. Al respecto encontró, previo análisis de los elementos que le fueron aportados en el curso del proceso, lo siguiente:

En cuanto hace al recurso hídrico cabe anotar que al iniciarse el verano del 1o. de diciembre del 91 al 30 de abril del 92, el nivel agregado de los embalses se situaba en un 53.8% de su capacidad, equivalente a una energía almacenada del orden de los 6.200 GW, lo que contrasta con los embalses superiores a 8.500 GW que para la misma fecha se registraron en los años 89 y 90. La diferencia de energía almacenada respecto a los años ante-

riores, 2.300 GW, es superior al racionamiento que se ha operado en todo este período, de donde puede inferirse la crítica situación de la fuente energética más importante del sistema al iniciarse la estación seca.

Para junio 7 se encontró que había 1.849 GW. En efecto, reconoce la Corte que en el mes de enero del presente año las reservas hidráulicas, de suyo menguadas, descienden por debajo del nivel que, de acuerdo con la regulación del sistema, se considera crítico. A ese respecto se anotó cómo el componente térmico del sistema eléctrico colombiano que representa el 22% de la oferta, durante los últimos meses del año pasado y a todo lo largo del presente año no ha ajustado su disponibilidad a lo programado y la consiguiente reducción de la capacidad generadora. Situación responsable de gran parte del actual déficit de energía.

La Corte encuentra en su análisis que buscando en períodos que antecedieron a 1992, no se había presentado en los últimos años un descenso del recurso hídrico como el que se detectó en este momento. Pero, dirán ustedes, “corresponde al Estado y a sus entidades el manejo de esos recursos. ¿Por qué ahora, el Presidente asume una función extraordinaria, declara un Estado de Emergencia y dicta una serie

decretos que pueden modificar las leyes anteriores? ¿Por qué, si eso es responsabilidad del mismo Estado?”.

Esa es la investigación que se está adelantando.

¿Qué debe hacer un Gobierno frente a estas situaciones? Si no puede afrontarla por los mecanismos ordinarios tiene que acudir a los medios extraordinarios. La Corte concluyó en su sentencia que en este caso, la figura del artículo 215 fue utilizada por el Presidente en forma acertada.

Las causas de la crisis, a pesar de que no fueron sobrevinientes, sino estructurales, revistieron tal gravedad que incluso es posible que se tenga que prolongar el racionamiento y las medidas de excepción tengan que ir más allá. Hay causas estructurales del sector y causas de carácter financiero en las empresas. Todo esto fue asumido por el Gobierno en el decreto de Estado de Emergencia. Se tuvieron en cuenta los defectos operacionales del sector eléctrico. Dentro de un estimado de racionamiento total de 2.450 GW, corresponde el 35.05% a la in disponibilidad técnica, el 9.69% a la sobreestimación térmica y el 36.7% al inadecuado manejo del costo del racionamiento. Hasta en la fecha en la que se produjo la Sentencia de la

Corte, sólo el 18.55 % se atribuye a la inevitable hidrología, pudiendo este porcentaje, por supuesto, aumentar si ella se mantiene y extrema aún más.

De otra parte, mientras se logra la reestructuración del sector eléctrico, la recuperación de los embalses, la recuperación del parque térmico, es decir, mientras se ajustan las situaciones estructurales el Gobierno se vio en la obligación de tomar medidas que facilitarían la obtención y adecuación inmediata de los elementos que ayudarían a responder a la crisis.

No corresponde a la Corte Constitucional juzgar la conveniencia, oportunidad o eficacia de las medidas adoptadas por el Gobierno. Este tiene un margen de apreciación muy importante en esas cuestiones, que cabe dentro de su discrecionalidad. De modo que el control de la Corte no puede llegar hasta el extremo de proferir un fallo mediante el cual se indique: "el Gobierno hizo bien en adoptar tal solución o hizo mal . . .", eso no corresponde al análisis de la Corte Constitucional.

Veamos a qué se refirió el análisis.

El Decreto 680 de 1992, declaró el Estado de Emergencia e identificó las siguientes causas:

1. El agudo verano que ha sufrido el país en los últimos meses.
2. Deficiencias operacionales y financieras de las empresas del sector eléctrico.
3. La consiguiente grave escasez de recursos eléctricos en todo el territorio nacional.
4. La destrucción de una de las plantas de generación eléctrica en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
5. El forzado racionamiento que como resultado de las circunstancias anteriores, han decretado las autoridades.
6. La posibilidad de que el racionamiento se intensifique o prolongue si no se toman oportuna y ágilmente las medidas necesarias.

En consecuencia, el Ejecutivo mediante el Decreto Legislativo 700 del 92 pretendió contrarrestar las causas de la perturbación, agrupando las medidas en la siguiente forma:

Por un lado dictó disposiciones enderezadas a simplificar y agilizar los procedimientos previos a la contratación administrativa en las entidades públicas que forman parte del sector eléctrico y que tienen a su cargo la generación, transmisión y distribución de electricidad. Con igual sentido se adoptaron decisiones relativas a la celebración y ejecución de contratos de empréstitos que con cargo a los recursos previstos en el decreto, suscriban dichas entidades, al otorga-

Hay dos normas de gran importancia en la Constitución Política; una de ellas consagra la facultad genérica del Estado en cabeza del Congreso en el sentido de crear, fusionar, modificar las entidades que conforman la estructura del sector público. La creación de un Ministerio, de un establecimiento público, la modificación de una estructura interna son aspectos que caben dentro de la competencia del Congreso y no del Ejecutivo. Pero obviamente el Gobierno juega un papel dentro de la estructura que fija el Congreso y puede introducir reformas en el interior de las entidades administrativas sin que invada la órbita del Congreso.

miento de las respectivas garantías y a las modificaciones y traslados presupuestales necesarios para la ejecución de esos recursos.

Frente a la necesidad de atender una urgencia de esa magnitud y de brindar fuentes alternativas de energía, no dependientes de los embalses, del parque térmico o de los escasos recursos hí-

dricos, se habrían de proveer una serie de elementos que surtieran de suficiente capacidad de energía a todo el territorio nacional.

Entonces por ejemplo, se hacía necesario importar generadores, cables de alta tensión, turbinas hidráulicas, de gas, calderas de vapor y aparatos auxiliares, transformadores, aisladores eléctricos así como sus repuestos; de esto se encargan las empresas del sector.

En el Decreto 222/83, que tiene fuerza de ley, se prevé que los contratos que celebran el Estado con particulares deben pasar por una serie de trámites previos, especialmente complejos. En algunos casos, habrá que iniciar licitación pública y cumplir plazos de días y muchas veces de meses en la tramitación del correspondiente contrato. En otros casos habrá que pasar por el Consejo de Ministros y en otros, llevar los contratos a consideración del Consejo de Estado para que se pronuncie sobre su legalidad. Es preciso obtener unas garantías que otorgan los particulares para asegurar el cumplimiento y la calidad de lo contratado. Todo esto, obviamente, representa un proceso bastante complejo de difícil y demorada ejecución. Como lo reconoce la Corte Constitucional, el Gobierno no tenía otro

camino que el de modificar a través de decretos con fuerza de ley las normas del Estatuto de Contratación ordinario.

Al efecto dice la Corte: El Artículo 150 de la Constitución Política establece como competencia del Congreso, la expedición del estatuto general de contratación de la Administración Pública y en especial de la Administración Nacional. Desde luego se trata de una atribución específicamente confiada a la Rama Legislativa, en cuanto toca con disposiciones generales que se aplican a la administración cuando se está ante actos de gestión los cuales, dada su naturaleza, deben ser regulados por ley. Esta facultad es ejercida por el Congreso en tiempos de normalidad, pero la situación cambia cuando se trata de afrontar coyunturas críticas, que de suyo desbordan los marcos ordinarios establecidos por las instituciones.

Los naturales requerimientos de un régimen de contratación administrativa pueden convertirse, aunque no en el motivo determinante de la crisis, sí en factor concomitante que sumado a los motivos de la perturbación, obstaculice o retarde la indispensable acción oficial tendiente a superar las dificultades que ofrece la alteración del orden económico. En consecuen-

cia, no es extraño ni ajeno a la normativa constitucional que uno de los medios encaminados a sortear la crisis, consista precisamente en ejercer funciones legislativas mediante las cuales se modifiquen de manera temporal o definitiva aquellas disposiciones que, habida cuenta de las exigencias que consagra sobre el supuesto de la normalidad, obstruyan las soluciones que el Ejecutivo estima adecuadas al fin propuesto”.

No quiere decir lo anterior que el decreto 222/83 sea malo o perjudicial, sino que al establecer pasos tan complicados, se convertiría frente a la coyuntura en un obstáculo y había que prever disposiciones concretas que agilizaran los trámites y permitieran la contratación.

En relación con los empréstitos, que también son contratos, el Gobierno tuvo que adoptar una serie de decisiones, en cuya virtud se hacían expedidos los trámites, con miras a la oportunidad de la contratación, estableciendo, por ejemplo, que sólo mediante la firma de Minhacienda y con unos procedimientos muy sumarios, se podía tener acceso al empréstito.

Ahora bien, como las medidas de emergencia son de carácter permanente, al superarse la crisis siguen rigiendo

Entonces ¿cómo tener un régimen de contratación ordinaria para todas las entidades del sector público y un régimen de contratación —consagrado en el Decreto 700— para las entidades del sector eléctrico?

Al respecto la Corte se pronunció así: “No ignora la Corporación que las disposiciones relativas a la contratación administrativa para las entidades del sector eléctrico resultan permanentes al tenor del Decreto 700/92, lo cual sin embargo no riñe con el texto constitucional, toda vez que las normas expedidas en virtud del estado de excepción referido en el artículo 215 de la Carta no están limitadas en el tiempo, a diferencia de los decretos que puede dictar el Presidente de la República en los casos de guerra exterior y conmoción interior”.

En el mismo orden de ideas, el decreto revisado declara en su artículo final, que deroga las disposiciones que le sean contrarias, lo cual significa que a partir de su vigencia los preceptos generales para la contratación administrativa no son aplicables a las entidades referidas en el artículo 1o., es decir, aquellas que forman parte del llamado sector eléctrico, siempre que se trate de contratos cuyo objeto corresponda a lo reglado en este estatuto. Es decir, hay una derogatoria

parcial y no una simple suspensión de las respectivas normas legales, lo cual por las razones expuestas, tampoco se opone a las prescripciones constitucionales. Además si el Congreso no está de acuerdo con esas normas tiene la posibilidad de hacer los cambios que considere necesarios.

De otra parte, otro tema que tocó el decreto 700, fue el de la reestructuración financiera del sector eléctrico. El sistema eléctrico, está aquejado por dos tendencias negativas. De un lado, el crecimiento excesivo de su apalancamiento financiero, de su burocracia y de los proyectos que emprende: lo que evidencia una tendencia a la saturación y al crecimiento inercial, casi diríamos que al no crecimiento o retroceso. Una tendencia a minimizar aspectos esenciales como son el de una administración eficiente, el de una vigilancia estatal apropiada y el de estándares de operación y comportamiento más amplios que los propósitos comerciales de cada una de las empresas.

Sin embargo, reconoce la Corte que en el horizonte de la crisis y a manera de trasfondo de la misma afloran para todos los aspectos negativos que se han reseñado, la situación de falencia financiera en la que se encuentra el sistema eléctrico desde hace más de 10

años. El efecto negativo de la improvisación en el apalancamiento del sector se descarga hoy en los usuarios. Analizar este aspecto es fundamental para entender la crisis.

La crisis financiera influye en la crisis actual al drenar los recursos obtenidos en la operación de por sí deficitaria y canalizarlos hacia el pago de la deuda. Influye también al imbuir al sector de un mal entendido espíritu de ahorro, que se expresa en el retraso de las construcciones, en la reducción de lo destinado a inversión, en el recorte de gastos, en la adquisición de menor cantidad de combustible para las termicas y en la adopción de un costo de racionamiento bajo.

La crisis financiera del sector eléctrico es el antecedente inmediato de la coyuntura actual. Siendo así, dentro de la función de control que ejerce la Corte, ¿podía el Gobierno dictar medidas relativas al sector financiero? La respuesta es positiva, el Gobierno no tenía otro remedio. Si quería atacar de fondo la crisis tenía que adoptar unas medidas dirigidas a la estructura financiera y administrativa de las empresas. Al respecto no hubo ninguna objeción de índole constitucional a las normas a cuyo tenor se autorizó, por ejemplo, a la Nación y a las entidades públicas para novar y asumir obliga-

ciones a cargo de las empresas del sector eléctrico, porque ello es apenas una consecuencia natural de la situación. Se trata de que la Nación respalde a las entidades financieramente en el tema de las deudas a fin de contrarrestar la crisis y buscando que esas situaciones no se extiendan hacia el futuro.

Al efecto, ya había unas autorizaciones al Presidente, contenidas en la ley 51/90, que tenían el propósito de proveer el saneamiento económico y financiero de las empresas mediante compensación, daciones en pago, capitalización de acreencias, operaciones de crédito público con garantía de la Nación, celebración de acuerdos de pagos, reordenamiento, fusión y aún liquidación de entes; todo lo cual ha

La crisis financiera del sector eléctrico es el antecedente inmediato de la coyuntura actual. Siendo así, dentro de la función de control que ejerce la Corte, ¿podía el Gobierno dictar medidas relativas al sector financiero?

sido autorizado por el Congreso, en la ley a la cual hago referencia. Con mayor razón en una circunstancia de crisis, el Gobierno tenía que poder utilizar esas herramientas de reordenamiento financiero del sector eléc-

trico, para atacar de fondo el problema y no quedarse en la superficie mediante el sólo racionamiento.

A este respecto dice la Corte: "Es propio de la función gubernamental en el terreno socio-económico que la Nación contraiga directamente obligaciones, bien por la vía de la contratación, ya por la vía de celebración de empréstitos, o que asuma o avale las que están en cabeza de entidades estatales que atraviesan por coyunturas críticas, con el fin de conservar la eficaz prestación de los servicios públicos o la defensa de los intereses colectivos. Lo anterior resulta más claro si se observa que el decreto materia de revisión contempla disposiciones con arreglo a las cuales los nuevos

compromisos de la Nación se contraerán a cargo de activos productivos de acciones o aportes sociales de las entidades pertenecientes al sector eléctrico, lo cual garantiza que los intereses de la Nación no queden desprotegidos". Es decir, no es un apoyo gratuito que le brinda la Nación a estas entidades sino un apoyo sostenido en las contraprestaciones previstas en los artículos 10, 11, 16 del Decreto 700/92.

Paralelamente a esas medidas, que fueron generales para todas las entidades del sector eléctrico, el Decreto 700/92 consagró disposiciones específicas, referidas a empresas concretas, por ejemplo: se redujo a un centavo el valor nominal de las acciones en que se encuentra dividido el capital social de la Central Hidroeléctrica de Betania S.A.. Este mecanismo se consideró indispensable y previo a la capitalización de la empresa. La Corte encontró que este mecanismo tampoco vulnera la Carta por cuanto se trataba del reconocimiento de una situación anterior relacionada con el precario estado patrimonial de la compañía. Este estado se reflejaba en el valor nominal de las acciones por lo cual reducir a un centavo las mismas, no era más sino "poner las cosas en su lugar", reconstruir algo que estaba sucediendo en la Central de Betania. Esto no lesiona los intereses económicos de los socios por el contrario, habida cuenta de la capitalización que la norma dispuso repercute en la recuperación financiera de la entidad y la reorienta hacia fines del servicio público afectado por las deficiencias.

Igualmente se establecieron normas relacionadas con el ICEL, buscando limitar su capacidad jurídica a los fines de su objeto y su función dentro del sector. Se eliminó a partir del 10

de mayo de 1992, la posibilidad de que dicha entidad efectuara actos de intermediación comercial. El objeto de esta medida es que la empresa encauce sus actividades exclusivamente a prestar el servicio de energía eléctrica en zonas no interconectadas.

También, se tocó el campo tributario en relación con impuestos de aduana, pues era necesaria la importación de muchos elementos y equipos para la producción, transmisión y distribución de energía. Había que otorgar condiciones preferenciales a los importadores de estos elementos. Las nuevas medidas estaban justificadas siempre y cuando se ajustasen a los términos contenidos en el artículo 215. Los decretos que se dicten deben referirse entonces a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia y podrán en forma transitoria, como en efecto se hizo en este caso, establecer nuevos tributos o modificaciones a los existentes. Esto puede querer decir, en una coyuntura, aumentarlos o disminuirlos, como en este caso, o darles un tratamiento preferencial. En estos últimos casos la medida dejará de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, 1993, salvo que el Congreso durante el año siguiente le otorgue carácter permanente. Pero esto no fue necesario con el Decreto 700 porque se establecieron

unos términos durante los cuales rigen esas medidas específicamente respecto de impuestos por introducción de mercancías al territorio nacional y algunas de las modalidades que prevén los estatutos aduaneros colombianos.

Igualmente la Corte tuvo que pronunciarse sobre las modificaciones a la estructura administrativa del sector eléctrico. Fue allí donde se encontraron algunos vicios de inconstitucionalidad. Resulta que hay dos normas de gran importancia en la Constitución Política; una de ellas consagra la facultad genérica del Estado en cabeza del Congreso en el sentido de crear, fusionar, modificar las entidades que conforman la estructura del sector público. La creación de un Ministerio, de un establecimiento público, la modificación de una estructura interna son aspectos que caben dentro de la competencia del Congreso y no del Ejecutivo. Pero obviamente el Gobierno juega un papel dentro de la estructura que fija el Congreso y puede introducir reformas en el interior de las entidades administrativas sin que invada la órbita del Congreso.

A este respecto la Corte Constitucional se refería a dos disposiciones: una contenida en el Decreto 700 Inc. 2. Art. 10, "así mismo el gobierno nacional podrá adoptar las reformas estatu-

tarias y administrativas de las entidades del orden nacional del sector eléctrico, que sean necesarias para los fines del presente decreto". Y en el Artículo 13 decía: ". . . con base en lo anterior el gobierno nacional adoptará las reformas estatutarias a que tenga lugar".

La Corte llegó a la conclusión de que esas dos disposiciones mencionadas pueden ser encontradas constitucionales o inconstitucionales dependiendo del sentido que se les atribuya porque las palabras que utilizó el Gobierno en el decreto fueron muy ambiguas y no podían ubicarse ni en el contexto de las funciones del Congreso ni dentro de la órbita propia del Gobierno, ya que se prestaban para toda suerte de interpretaciones.

Dijo la Corte: "No son admisibles aquellas disposiciones que impliquen el ejercicio indefinido de atribuciones, ya no administrativas sino legislativas en cabeza del Gobierno, ya que por mandato perentorio del artículo 215, en concordancia con la cláusula general de competencia consagrada constitucionalmente a favor del Congreso, las posibilidades de que el Ejecutivo legisle por vía del Estado de Emergencia se hallan supeditadas estrictamente al lapso de tiempo que el propio Gobierno señala en la expedición del decreto que reconoce la perturbación del orden económico".

Cuando este tiempo ha transcurrido el Gobierno vuelve a su función simplemente ejecutiva, no tiene la función legislativa propia del Congreso, la cual ejerce sólo por el término de la emergencia. En consecuencia, la facultad prevista en el artículo 150 numeral 7 de la Constitución, relativo a asuntos como la determinación de la estructura de la Administración Nacional, la creación, supresión o fusión de Ministerios, Departamentos Administrativos, Establecimientos Públicos y otras entidades del orden nacional, el señalamiento de sus objetivos y estructura orgánica y otros aspectos allí mismo indicados, no se puede ejercer después de haber expirado dicho tiempo.

De esta manera, no podía conferirse esa facultad hacia el futuro y de manera indefinida. Era necesario establecer que ella debía ejercerse por el Gobierno con arreglo a la ley.

Finalmente debemos anotar que en virtud del Decreto 700 se produjeron unas modificaciones al Presupuesto Nacional: unos créditos suplementales y algunas partidas destinadas al sector eléctrico. A ese respecto la Corte consideró que, si bien las modificaciones al presupuesto nacional, corresponden al Congreso, por regla general, en esas situaciones de emergencia el Presi-

dente puede ejercer esta facultad siempre y cuando la medida en sí misma repercuta en el ámbito propio de la crisis. En este caso, las modificaciones que se hicieron al presupuesto, tocaban propiamente con el tema energético y únicamente involucraban a las entidades respectivas.

Las medidas tocadas en este campo consistieron en una adición al presupuesto de rentas y recursos de capital de la vigencia fiscal de 1992 en cuantía bien importante y la consiguiente adición por la misma cifra en la ley de apropiaciones. El destino de estos dineros es la financiación de los proyectos que el Gobierno busca ejecutar para la generación, distribución y transmisión de electricidad. Se previó un contracrédito al presupuesto nacional y un crédito de inversión, por la misma cuantía a favor del Ministerio de Minas y Energía con iguales propósitos. En el capítulo cuarto se incluyeron otras medidas que autorizaban a particulares para vender energía, y otras referentes a ISA y a la E.E.E.B.

Es importante señalar cómo el ámbito de las facultades extraordinarias que ejerció el Gobierno, mediante del Decreto 700/92, cubre aspectos muy importantes del sector eléctrico: contratación, presupuesto, tributación, reestructuración financiera y eco-

nómica de las empresas, todos ellos como parte de una estrategia que el Gobierno ha diseñado y sobre la cual como anoté al principio de la conferencia, no me compete hacer un juicio acerca de la conveniencia o bondad de las medidas, de la posibilidad real de que con ellas el sector eléctrico se recupere, sino un recuento sumario de la perspectiva del control constitucional asumido por la Corte sobre el papel cumplido por el Gobierno a la luz del artículo 215 y desde el punto de vista jurídico-constitucional.

