

Sentencia C-056/21

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras y suficientes

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Jurisprudencia

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD argumentativa

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Ponderación entre eficacia del principio y requisitos

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Carácter rogado

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD argumentativa

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DELEGACION requisitos de certeza, pertinencia y suficiencia en los cargos

CAMBIO CLIMATICO-Concepto

CAMBIO CLIMATICO-Marco normativo

CAMBIO CLIMATICO-Obligaciones de mitigación y adaptación del sector energético

MERCADO DE ENERGIA-Mecanismos de contratación

PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY-Jurisprudencia constitucional

RESERVA DE LEY-Definición

PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY-No es absoluto/RESERVA DE LEY-Contenido

RESERVA DE LEY-Determinación del régimen de la prestación de los servicios públicos

CLAUSULA DE RESERVA DE LEY EN REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Alcance

LIBERTAD ECONOMICA EN MATERIA DE SERVICIOS PUBLICOS-Alcance

POTESTAD REGLAMENTARIA-Definición

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Alcance

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Características

En primer lugar, se ejerce por “derecho propio”, por cuanto es una potestad atribuida al Presidente por tanto, su ejercicio no requiere “autorización de ninguna clase por parte del legislador”. Es importante que el Corte Constitucional ha precisado que el legislador puede ordenarle al Presidente que ejercite la potestad para garantizar el efectivo cumplimiento de las leyes, en caso que el legislador considere que por la materia requiere una pronta y urgente reglamentación”. En estos casos, la expedición del reglamento constituye un “cumplir el Gobierno Nacional”, porque “si bien es cierto que la Constitución consagra en el artículo 189 también destaca la colaboración armónica de los distintos órganos para la realización de los fines del Estado, irrenunciable, “por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función. En tercer lugar, es permanente o “inagotable”, pues “puede ejercerse en cualquier tiempo”. Por último, la ley no puede atribuir la potestad reglamentaria [del Presidente] a otros órganos administrativos distintos pues la radicación de aquella función la hace directamente la Constitución Política” y (ii) no puede ejercerse con las formalidades que la misma Constitución determina.

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL MINISTERIO-Competencia residual en la especialidad/PODERES DE MINISTERIOS-Carácter técnico u operativo dentro de la órbita competencial

La potestad reglamentaria de los ministros es subsidiaria y residual frente a la potestad reglamentaria del Presidente, puesto que los actos normativos que los ministros expidan en ejercicio de esta potestad tienen una jerarquía inferior a la que expide el primer mandatario y, por ello, no pueden “contrariar lo dispuesto en un decreto reglamentario de la República”. Esto es así, dado que los ministerios son “órganos dependientes cuyas competencias se ejercen de manera como están regulados en la Constitución claramente indica su subordinación al Presidente y no tienen competencias autónomas. Todas las que se les atribuyan deben ejercerlas bajo la dirección del Presidente. Por otro lado, es residual, porque (i) para que los ministros puedan ejercer competencias reglamentarias en materia legal que pueda ser regulado” el cual “traza las fronteras dentro de las cuales debe desplegar el Poderes de los Ministerios” y (ii) solo puede ejercerse “cuando la materia requiere todavía un mayor nivel de especialización por el reglamento [del Presidente] que la ha desarrollado en un primer momento”.

REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Competencia genéricamente estatal

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SERVICIOS PUBLICOS-Facultad para atribuir a diferentes autoridades, o entre éstas y los particulares cuando cumplan funciones públicas

POTESTAD REGLAMENTARIA-Expedición por ministerios sin disminución del Presidente

(...) el legislador está facultado para atribuir potestad reglamentaria a los ministros de forma directa en una determinada materia. Una atribución de esta naturaleza no desconoce el carácter intransferible de la potestad del Presidente, puesto que no implica que ésta se traslade a los ministros. En estos eventos la potestad del primer mandatario se mantiene incólume, puede ser ejercida en cualquier tiempo y el ministro debe ejercerla en el mismo grado con sujeción a la ley y los decretos reglamentarios que expida el primer mandatario. De la misma manera ha sostenido que el legislador está facultado para ordenarle al Presidente, así como a otras autoridades, que expida una determinada materia. Este tipo de órdenes no infringen el principio de separación de poderes ni la potestad reglamentaria del Presidente se ejerce por "derecho propio".

ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO-Modelo adoptado en la Constitución Política/ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO- Características

LIBERTADES ECONOMICAS-Contenido y alcance/LIBERTADES ECONOMICAS-No constitu

LIBERTADES ECONOMICAS-Tipos

LIBRE COMPETENCIA-Concepto

LIBRE COMPETENCIA-Prerrogativas que comprende

LIBERTAD DE EMPRESA-Concepto/LIBERTAD DE EMPRESA-Garantías que comprende/LIB
Prerrogativas que comprende su núcleo esencial

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA-Manifestaciones

LIBERTADES ECONOMICAS-No son absolutas

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA-Alcance/INTERVENCION DEL ESTADO
Clasificación

LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Objetivos

INTERVENCION DEL ESTADO EN EL FOMENTO ECONOMICO

REGIMEN JURIDICO DE SERVICIOS PUBLICOS-Fijación por el legislador

SERVICIOS PUBLICOS-Concurrencia en prestación de particulares y Estado

LIBERTAD DE EMPRESA EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-No es absoluto

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Desarrollo sostenible

DESARROLLO SOSTENIBLE-Contenido y alcance

NORMA DE INTERVENCION ECONOMICA EN MATERIA DE SERVICIOS PUBLICOS-Con
por el ordenamiento constitucional/NORMA DE INTERVENCION ECONOMICA EN MATERIA
Aspectos que la medida legislativa debe tener en cuenta para determinar su razonabilidad y propor

TEST DEBIL DE PROPORCIONALIDAD-Aplicación en restricciones a la libertad económica

SISTEMA DE CUOTA DE COMPRA DE ENERGIA ELECTRICA-Instrumento de fomento econ

El sistema de cuota de compra de energía que la norma implementa es un instrumento de fondeo de energía proveniente de FNCER que no está proscrito por la Constitución. Como se expuso en la parte instrumental de la Ley del Plan de desarrollo de ciertas actividades económicas que se consideran "benéficas para el desarrollo general" y establezcan regulaciones a la prestación de servicios públicos con el propósito con general de planeación previstas en las bases de esta ley.

Referencia: Expediente D-13541

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 296 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se
Desarrollo 2018-2022 'Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad'"

Magistrada ponente:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá, D.C., 11 de marzo de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y de los arts. 213 y 214 de la Constitución Política de Colombia y del Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Trámite procesal

El 16 de octubre de 2019, el ciudadano Hugo Palacios Mejía presentó acción pública de inconstitucionalidad del artículo 296 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se expide el “Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 ‘Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad’”.

Mediante los autos de 7 y 29 de noviembre de 2019, el magistrado sustanciador resolvió (i) admitir el cargo de inconstitucionalidad[1], (ii) rechazar el cargo por violación al principio de unidad de materia del Senado y la Cámara de Representantes, para que remitieran los antecedentes legislativos de la Ley 1955 de 2019 al proceso por el término de 10 días, (v) correr traslado al Procurador General de la Nación y (vi) citar a las entidades, instituciones y agremiaciones para intervenir en este proceso.

El 6 de diciembre de 2019, el demandante presentó recurso de súplica en contra del auto de 29 de noviembre de 2019 y solicitó a la Corte admitir el cargo por violación al principio de unidad de materia. Mediante el auto de 17 de diciembre de 2019, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmó el auto de 29 de noviembre de 2019, que rechazó el referido cargo.

Mediante comunicación del 5 de marzo de 2020, el Presidente del Senado de la República remitió a la Sala Plena de la Corte Constitucional los antecedentes legislativos de la Ley 1955 de 2019. Entre el 16 de marzo y el 30 de julio de 2020, el Procurador General de la Nación ordenó la suspensión de los términos judiciales en los procesos de constitucionalidad con ocasión de la emergencia sanitaria por COVID-19.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional decide la demanda de la referencia.

Norma demandada

A continuación, se transcribe la disposición demandada:

“LEY 1955 DE 2019

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

“Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 296. MATRIZ ENERGÉTICA. En cumplimiento del objetivo de contar con una matriz energética resiliente y comprometida con la reducción de emisiones de carbono, los agentes comercializadores de energía estarán obligados a que entre el 8 y el 10% de sus compras de energía provengan de fuentes no convencionales a través de contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado que la regulen.

perjuicio de que los agentes comercializadores puedan tener un porcentaje superior al dispuesto en El Ministerio de Minas y Energía, o la entidad a la que este delegue, reglamentará mediante resolución establecida en el presente artículo, así como los mecanismos de seguimiento y control, sin perjuicio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). Las condiciones de inicio y vigencia de dicha reglamentación”.

Relación de siglas y abreviaturas

La Corte utilizará el siguiente listado de siglas y abreviaturas para facilitar la lectura de esta decisión

ANDEG	Asociación Nacional de Empresas Generadoras
CMNUCC	Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático
CREG	Comisión de Regulación de Energía y Gas
DNP	Departamento Nacional de Planeación
FNCER	Fuentes no convencionales de energía renovable
GEI	Gases efecto invernadero
IPCC	Panel Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático
IRENA	Agencia Internacional para las Energías Renovables
MinAmbiente	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible
MEM	Mercado de Energía Mayorista
MinMinas	Ministerio de Minas y Energía
NDC	Contribuciones determinadas a nivel nacional
PNACC	Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático
PNCC	Política Nacional de Cambio Climático
PND	Plan Nacional de Desarrollo
SER	Asociación de Energías Renovables de Colombia
SIN	Sistema Interconectado Nacional
SuperServicios	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
UPME	Unidad de Planeación Minero Energética

Demanda

El demandante formula cinco cargos de inconstitucionalidad. Sostiene que el artículo 296 del PND de ley, (ii) la potestad reglamentaria del Presidente, (iii) el derecho a la igualdad y la libre competencia económica, (iv) la iniciativa privada y (v) la finalidad social del Estado y el mandato de prestación eficiente de los servicios públicos. En consecuencia, solicita que la Corte declare la inexecutable total del artículo 296 del PND. En sustitución de la inexecutable de las expresiones “estarán obligados”, “el alcance de la obligación establecida en el artículo 296 del PND de ley”, “el inicio y vigencia de la obligación serán definidos en dicha reglamentación”, o “ajuste el texto del artículo 296 del PND de ley a un significado coherente, de acuerdo con los designios de la Constitución”[2].

Primer cargo: desconocimiento del principio de reserva de ley

El demandante argumenta que el artículo 296 del PND vulnera los artículos 150.21, 333, 365 y 367 de la Constitución, los cuales disponen que la definición del régimen jurídico de los servicios públicos y las normas que fijen el “

económicas y limiten su ejercicio están sometidas a reserva de ley. Afirma que la jurisprudencia co materias sujetas a reserva de ley, la potestad reglamentaria solamente podrá ejercerse “sobre aspect En su criterio, la norma demandada ordena que, mediante un reglamento, el MinMinas defina aspe servicios públicos de comercialización y generación de energía eléctrica, así como el ejercicio de li MEM[5], que no son marginales ni puntuales. En particular, ordena al MinMinas fijar el “el alcanc energía, a pesar de que el artículo 333 de la Constitución prevé que el “alcance” de las libertades ec ley. Asimismo, dispone que el reglamento deberá determinar (i) el mecanismo mediante el cual los serán asignados y (ii) las condiciones de estos contratos, lo cual desconoce que “el asunto de cómo Colombia, entre particulares, y el de cómo escogen las personas a sus contrapartes contractuales, y nunca como un tema marginal o puntual”[6]. Por último, prescribe que el MinMinas definirá el inic legal de compra de energía, los cuales son elementos “sustanciales [de una obligación] que, normal constitucionales y legales sobre promulgación y derogación de las leyes”.

Segundo cargo: desconocimiento de la potestad reglamentaria del Presidente

El demandante argumenta que el inciso 2 del artículo 296 del PND vulnera la potestad reglamentar 17 del artículo 189 y 370 de la Constitución), por tres razones. De un lado, desconoce que la potest tiene carácter “previo y superior”[8] respecto de la facultad regulatoria de los ministerios, la cual es anterior, porque ordena al MinMinas regular aspectos relevantes de la obligación de compra de ene orden quede condicionada de ninguna manera, según el texto de la norma, a una definición previa c limita de forma anticipada la facultad del Presidente, prevista en el artículo 189.17[11] de la Consti ministerios deben “concurrir con él a reglamentar este artículo”[12], puesto que el inciso 2 exige q la reglamentación correspondiente. Dicha exigencia es contraria a la Constitución, dado que “el Co ministerios o jefes de Departamento Administrativo deben reglamentar una ley”[13]. Por último, af Constitucional[14] ha sostenido que el Presidente tiene la facultad “no condicionada ni limitada”[1 requiere reglamento y en qué sentido”[16] y, por esto, “el Congreso no puede decidir, sin más, que deben ser reglamentados por un Ministerio”[17]. En este sentido, sostiene que “la orden específica impuesta al MinMinas, viola el artículo 189.11 de la Constitución.

Tercer cargo: vulneración de la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad co

El demandante señala que la norma demandada afecta el “núcleo esencial” de los derechos a la libr empresa y la libertad contractual (art. 333 de la Constitución). Primero, el inciso 1 del artículo 296 privada, porque impide que los comercializadores “mayoristas” escojan el tipo de energía que com obliga a estos agentes a que un porcentaje de la energía que adquieren en el MEM (8-10%) proveng energía renovable (FN CER). Segundo, la norma restringe la libertad de empresa y la libertad contra agentes comercializadores y generadores pacten libremente las condiciones de los contratos mediar obligación de compra de energía[19]. En efecto, el inciso 1 prescribe que esta obligación debe cum contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado que la regulación esta agentes no tienen la potestad de: (i) escoger, “en relación con los porcentajes indicados, a cuál gene decidir libremente “a qué plazo serán los contratos de compra de la energía que provenga de fuente acordar “el precio de la energía que adquieran, porque este vendrá definido por contratos 'asignado mercado que definirá el regulador”.

Cuarto cargo: vulneración del derecho a la igualdad y a la libre competencia

El demandante sostiene que el artículo 296 del PND vulnera el derecho a la igualdad y la libre com Constitución)[23]. Argumenta que la Corte Constitucional[24] ha sostenido que existe un “vínculo derecho a la libre competencia, en la medida en que el ejercicio de este último presupone la existen empresarios competidores participan “en igualdad de condiciones”. En su criterio, la norma deman

paritario entre los competidores que participan en el MEM, porque otorga un trato discriminatorio a los generadores de energía provenientes de fuentes convencionales y (ii) los comercializadores mayoristas.

El artículo 296 del PND vulnera el derecho a la libre competencia de los generadores de energía convencionales. Según el demandante, los generadores de energía proveniente de fuentes convencionales y los generadores de FNCER[26], de otro, son sujetos comparables, porque “todos producen un mismo bien: la electricidad”[27], y ofertan este bien en el MEM. El mercado por el que los generadores convencionales y los comercializadores, es decir, la energía que estos requieren para satisfacer la demanda de la demandada de los comercializadores, es decir, la energía que estos requieren para satisfacer la demanda de la demandada, la disposición acusada otorga un trato desigual injustificado a los generadores convencionales y les impone una “barrera de entrada absoluta”[28] que consiste en que estos no pueden vender su energía en un segmento del MEM. Al mismo tiempo, la norma crea un privilegio en favor de los generadores de FNCER que consiste en que estos generadores son los únicos que puedan competir en el segmento del MEM en el que sólo puede venderse energía que provenga de FNCER. En tales términos, la norma demandada de FNCER en una posición de “relativa superioridad”, porque mientras que estos pueden competir con los generadores de fuentes convencionales únicamente pueden hacerlo por el 90-92%.

El artículo 296 del PND vulnera el derecho a la libre competencia de los comercializadores mayoristas. El demandante afirma que los agentes comercializadores “mayoristas”, de un lado, y los “comercializadores minoristas” son sujetos comparables, “en cuanto todos adquieren energía a los generadores o a otros agentes comercializadores usuarios”[29]. La disposición acusada sitúa a los comercializadores “mayoristas” en una situación de inferioridad para competir con los minoristas”[30], puesto que les impone dos limitaciones económicas que no son aplicables a los “minoristas”: (i) los obliga a comprar un porcentaje de energía de FNCER y (ii) les impide negociar libremente los contratos de compra de energía en el MEM.

El demandante argumenta que las limitaciones a las libertades económicas son desproporcionadas. La obligación de comprar energía de FNCER no es un medio idóneo para alcanzar las finalidades que persigue, dado que los generadores convencionales no tienen la capacidad instalada para generar un 8% de la energía del MEM. Además, la obligación de comprar energía de FNCER sí misma para desarrollar una matriz energética complementaria y resiliente”[33] y (ii) “una generación de energía proveniente de fuentes no convencionales y renovables (...) no alcanza a tener un efecto apreciable en la reducción de la dependencia del Estado de una matriz energética resiliente y complementaria “no tienen la misma categoría que el derecho a la libre competencia sino uno de los pilares fundamentales en los que se funda el Estado Social de Derecho”[34].

Quinto cargo: vulneración de la finalidad social del Estado y el mandato de prestación eficiente de los servicios públicos

El demandante indica que el artículo 296 del PND vulnera la finalidad social del Estado y el mandato de prestación eficiente de los servicios públicos (art. 365 de la CP). Sostiene que la jurisprudencia constitucional[36] ha precisado que la eficiencia proviene de la competencia, y que debe esperarse que la eficiencia conduzca a precios más bajos cuando la competencia falta”[37]. En su criterio, la norma demandada no atiende este criterio de eficiencia en primer lugar, al restringir el ingreso de competidores a un segmento del MEM, permite que el precio se forme en condiciones plenamente competitivas. En segundo lugar, la norma demandada obliga a comprar energía proveniente de FNCER, con independencia del precio al que los generadores ofrecen su energía y los precios de los generadores de FNCER del “riesgo de demanda”[38], pues garantiza que, con independencia de la oferta de los generadores de FNCER y precios, su energía será comprada. En tercer lugar, el demandante señala que el precio de la energía de FNCER ha sido tradicionalmente más alto que el de la energía proveniente de fuentes convencionales. La regla de la experiencia señala que no habría necesidad de obligar a los comercializadores mayoristas a comprar energía de FNCER si los generadores que usan fuentes no convencionales de energía renovable, porque los comercializadores mayoristas tendrían su propia conveniencia”.

En tales términos, concluye que el artículo 296 del PND tiene la “altísima probabilidad” de generar

energía”[40], dado que en un mercado menos competitivo “habrá muy probablemente, según las realidades”[41]. El demandante señala que este incremento en el precio de la energía desconocería la finalidad afectaría especialmente el acceso de los usuarios de menores recursos al servicio público domiciliario obligaría a “utilizar una mayor parte de sus ingresos”[42] para pagar las facturas. De esta forma, está asumiendo las ineficiencias que surgen de la segmentación de mercado”.

Intervenciones

Durante el trámite del presente asunto, la Corte recibió cinco (5) escritos de intervención. Las solicitudes de intervenciones se resumen en la siguiente tabla. El contenido detallado de estos escritos será examinado en la motivación de la presente sentencia.

Interviniente	Solicitud
Asociación de Energías Renovables de Colombia (SER)	Inhibición respecto del cargo de Exequibilidad
Secretaría Jurídica de la Presidencia	Inhibición. En subsidio, exequibilidad
Grupo de Acciones Públicas de las Universidad del Rosario (GAP)	Exequibilidad
Centro de Estudios de Derecho a la Competencia (CEDEC)	Exequibilidad
Asociación Nacional de Empresas Generadoras (ANDEG)	Inexequibilidad

Pruebas

Mediante el auto de 9 de julio de 2020, el magistrado sustanciador ordenó la práctica de pruebas de los artículos 10 del Decreto 2067 de 1991 y 63 del Acuerdo 02 de 2015. En particular, solicitó que respondieran a un grupo de preguntas clasificadas en cuatro ejes temáticos: (i) alcance, estructura y medio de los cuales se implementa la obligación de compra de los comercializadores, (ii) estructura de MEM; (iii) impacto de la disposición acusada en el precio de la energía y en la tarifa a pagar por los usuarios; (iv) caracterización de la matriz energética colombiana e impacto de la disposición demandada en la mitigación del cambio climático y en la protección del medio ambiente. El contenido de los escritos de respuesta al auto de 9 de julio de 2020 se examina para determinar si la norma demandada es constitucional o no.

Concepto del Procurador General de la Nación

El Procurador General solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la norma demandada con base en los siguientes argumentos.

Primero, la norma no vulnera la potestad reglamentaria del Presidente. La jurisprudencia constitucional ha establecido que la facultad de expedir regulaciones de carácter general sobre las materias de competencia de la legislación, cuando estas tengan un carácter técnico u operativo, dentro de la órbita competencial del Presidente, es constitucional. En este caso, el artículo 296 del PND confiere al MinMinas potestad regulatoria que “se circunscribe a la expedición de resoluciones de carácter operativo”[46] y, por lo tanto, es constitucional. Además, esta potestad “no impide el ejercicio de la facultad de expedir resoluciones de carácter general del Presidente de la República”[47], porque (i) dicha facultad es de orden constitucional, así que el Presidente puede ejercerla cuando corresponda sin que ninguna ley pueda impedirle hacerlo”[48] y (ii) la norma demandada “no tiene carácter de obstáculo para que el Presidente la ejerza”.

Segundo, la norma no desconoce el principio de reserva de ley. El artículo 296 del PND “creó la obligación de compra de energía eléctrica para los usuarios de menor capacidad de consumo [proveniente de FNCER] y dispuso sus elementos sustanciales, esto es, los sujetos, el objeto y la forma de cumplimiento. Por lo tanto, el principio de reserva de ley no obliga al legislador a definir “aspectos tan específicos como las condiciones de compra, el alcance de la misma y los mecanismos de seguimiento y control de los contratos para

Tercero, el artículo 296 del PND satisface los requisitos que las normas de intervención económica jurisprudencia constitucional. Esto, porque (i) prevé “los términos de la intervención en el mercado no afecta el núcleo esencial de la libertad de empresa, puesto que apenas interviene el ejercicio de l del mercado[53]; (iii) busca promover una transición “ordenada a fuentes energéticas renovables no el medio ambiente y reducir el impacto de las necesidades energéticas de la humanidad sobre el cal respeta criterios de razonabilidad y proporcionalidad, dado que solo afecta “una pequeña porción d y deja abundantes facultades regulatorias en cabeza del gobierno nacional para ajustar esta carga de para los participantes en este mercado”.

Por último, la norma no vulnera el derecho a la igualdad, la libre competencia ni el mandato de pre públicos (arts. 13, 334 y 365 CP). Por el contrario, la medida “fortalece la libre competencia en este nuevos participantes”[56]. La adquisición de la energía por medio de mecanismos de mercado busc limpias al MEM “se efectuó en condiciones de competencia y no mediante relaciones bilaterales de comercializadores del MEM tendrían un escenario propicio para abusar de su posición dominante f convencionales de energía renovable, dada la debilidad en la que se encuentran estos últimos”.

CONSIDERACIONES

Competencia

La Corte Constitucional es competente para adelantar el control de constitucionalidad de la present dispuesto por el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

Metodología de la decisión

La Sala Plena seguirá la siguiente metodología para resolver la demanda objeto de estudio. Primer formulados por el demandante son aptos y permiten adelantar un control constitucional de fondo de **II.3 infra**). Luego, estudiará si la norma demandada vulnera los derechos fundamentales y principio demandante. La Corte llevará a cabo el estudio de los cargos formulados en secciones independent definirá el contenido normativo acusado, (ii) resumirá los argumentos y solicitudes presentadas por General de la Nación en relación con cada cargo y (iii) formulará y dará respuesta a problemas juríd **infra**).

Cuestión previa - aptitud sustancial de la demanda

En la fase de admisión de la demanda, el magistrado sustanciador admitió los cargos por vulneració ley, (ii) la potestad reglamentaria del presidente, (iii) el derecho a la igualdad y la libre competencia empresa y la iniciativa privada y (v) el mandato de prestación eficiente de los servicios públicos. La satisfacían las exigencias mínimas de argumentación desarrolladas por la jurisprudencia y, por lo ta de constitucionalidad de fondo de la norma demandada. De otro lado, rechazó el presunto cargo po unidad de materia, porque advirtió que carecía de certeza, pertinencia y suficiencia. Esta decisión fi mediante el auto de 29 de enero de 2020.

La Corte considera que es necesario realizar un nuevo análisis de aptitud de los cargos presentados durante la fase de presentación de intervenciones ciudadanas, la Secretaría Jurídica de la Presidencia sustancial de la demanda. En concreto, sostuvieron que los cargos no son aptos, pues carecen de ce “interpretación subjetiva, modificando incluso el alcance y contenido de la norma, de tal forma que parten de un texto jurídicamente inexistente”[58]. La Sala Plena es competente para valorar la aptit análisis sobre la aptitud de los cargos en la fase de admisión de la demanda es apenas preliminar y l competencia del Pleno de la Corte para pronunciarse sobre este punto en la sentencia”.

En tales términos, a continuación, la Sala Plena presentará una explicación de los requisitos que de inconstitucionalidad, con especial énfasis en las exigencias mínimas de argumentación desarrollada constitucional. Luego, valorará la aptitud sustancial de cada uno de los cargos presentados por el de

Requisitos generales de las demandas de inconstitucionalidad

El artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 prevé los requisitos generales de las demandas en las acciones de inconstitucionalidad. Al respecto, prescribe que estas deben señalar (i) las normas acusadas como inconstitucionales literalmente por cualquier medio, o aportando un ejemplar de la publicación oficial, (ii) las normas y las razones que sustentan la acusación, comúnmente denominadas “concepto de violación”, (iii) el texto de la Constitución para la expedición del acto demandado, cuando fuere el caso; y (iv) la razón por la cual

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en la formulación del concepto de violación, el demandante debe cumplir con las exigencias mínimas de argumentación: claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia[60] por las cuales el demandante considera que la norma demandada vulnera la Constitución Política de Colombia. Estas exigencias se concretan en: (i) un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible”[61], (ii) ciertas, lo que implica una “proposición jurídica real y existente”[62] y no estar basadas en “interpretaciones puramente subjetivas o irrazonables de los textos demandados”[63]. (iii) específicas, es decir, concretas y no “genéric[as]”[64], (iv) pertinentes, lo que implica que planteen argumentos de “naturaleza estrictamente constitucional”[65] que conduzcan a la anulación o corrección de las decisiones legislativas”[66]; y (v) suficientes, esto es, capaces de “generar una convicción sobre la inconstitucionalidad de la disposición demandada”[67]. De otro lado, este Tribunal ha precisado que los principios de igualdad (art. 13 de la CP) tienen exigencias argumentativas específicas. En estos casos debe afirmar que las disposiciones acusadas establecen un trato diferenciado o discriminatorias[68]. El demandante debe (i) determinar cuál es el criterio de comparación o tertium comparationis, (ii) definir “si desde el punto de vista del tratamiento existe un trato desigual entre iguales o igual entre disímiles”[69]; y (iii) establecer “si el tratamiento es constitucionalmente justificado”.

El cumplimiento de las citadas exigencias de argumentación debe ser valorado por la Corte Constitucional en la naturaleza pública e informal de la acción de inconstitucionalidad[71], de un lado, y en el principio de igualdad[72], de otro. La acción pública de inconstitucionalidad tiene naturaleza pública, porque “es fundamental como el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”[73]. La naturaleza pública de esta acción constituye un requisito esencial para que la interposición de esa acción a la sola acreditación de la calidad de ciudadano debe estar sometida a condiciones técnicas especialísimas que la hagan inviable o improcedente”[74]. En consecuencia, el principio de igualdad sostenido que de la naturaleza pública e informal de esta acción se deriva el principio pro actione[75] en relación con el cumplimiento de las exigencias mínimas de argumentación deben resolverse a favor del demandante.

El carácter rogado de la acción pública de inconstitucionalidad, por su parte, supone que la naturaleza pública de la acción y el principio pro actione “no puede[n] llevar a que se declare la exequibilidad ante una demanda de inconstitucionalidad sin argumentos”[77]. En estos eventos, la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional en el control constitucional rogado por vía de acción se torne en un control oficioso en el que este Tribunal Constitucional ejerza sus funciones propias del Congreso de la República”[78]. De la misma forma, el principio de igualdad y el derecho a acceso a la justicia, porque “conocer de fondo demandas de baja calidad, en pro de la defensa de los intereses de una única persona, puede llevar a cerrar un debate de constitucionalidad de forma definitiva, afectando el acceso a la justicia de las demás personas”.

Con fundamento en estas consideraciones, a continuación, la Sala Plena examinará la aptitud sustancial de los cargos de inconstitucionalidad formulados por el demandante.

Examen de aptitud sustancial de los cargos formulados por el demandante

Aptitud del primer cargo por violación del principio de reserva de ley

La Secretaría Jurídica de la Presidencia argumenta que el cargo primero por violación del principio Sostiene que la norma únicamente permite que el MinMinas, o la entidad que este delegue, sea quien obligar a la compra, tales como las condiciones de inicio y de vigencia. Sin embargo, “nunca hacer norma, es decir, hasta cuándo será exigible que los comercializadores del MEM realicen compras de energía que provengan de FNCER, pues la misma establece una duración indefinida”[80].

La Corte discrepa de la posición del interviniente. Este cargo es apto, pues satisface las exigencias: (i) el cargo es cierto, puesto que la norma en efecto prevé que el MinMinas deberá fijar, mediante reglamento, los mecanismos de mercado mediante los cuales se asignarán los contratos de energía a largo plazo de estos contratos. De otro lado, el cargo es claro, pertinente y específico, porque los argumentos del demandante son comprensibles y contrastan el contenido de la norma demandada con el efecto, el demandante afirma que los artículos 150.21, 333, 365 y 367 de la Constitución prescriben limitación a las libertades económicas y la regulación de la prestación de los servicios públicos, sobre todo en su criterio, el artículo 296 del PND viola la reserva de ley en estas materias, porque los elementos que se fijan mediante reglamento son “aspectos esenciales” de la obligación de compra de energía que modifica el funcionamiento de los servicios públicos de comercialización y generación de energía eléctrica y afectan el ejercicio de las libertades económicas del MEM. Asimismo, el cargo es suficiente porque, por estas razones, genera una duda mínima de constitucionalidad. La Corte determine, en el fondo, si el inicio de la exigibilidad de la obligación de compra, así como las condiciones de los contratos de FNCER, son o no aspectos esenciales del sistema de cuota de compra de energía que le corresponde haber sido definidos por el legislador.

Aptitud del segundo cargo por vulneración de la potestad reglamentaria del Presidente

La aptitud sustancial del cargo por vulneración de la potestad reglamentaria del Presidente no fue cuestionada por ninguno de los intervinientes. En cualquier caso, la Corte considera que este cargo es apto porque el inciso 2 del artículo 296 del PND en efecto dispone que el MinMinas será quien deberá “reglamentar” la compra. Segundo, el cargo es claro, pertinente y específico, porque el demandante argumenta que el MinMinas desconoce que (i) los artículos 189.11 y 370 de la Constitución prescriben que el Presidente es el titular de la facultad en materia de servicios públicos y (ii) de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la facultad reglamentaria es apenas residual y subsidiaria, por lo que no es posible que el MinMinas reglamente, motu proprio, la obligación de compra de energía. Además, indica que esta orden limita de forma anticipada la facultad del Presidente prevista en el artículo 189 de la Constitución de decidir cuáles de los ministerios deben concurrir con él a reglamentar la obligación de compra de energía y los mecanismos mediante los cuales se asignarán los contratos de energía de FNCER a largo plazo. Tercero, los argumentos son suficientes, pues despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma que, en concreto, ordena “reglamentar” la obligación de compra que el artículo 296 del PND impone al MinMinas, lo que vulnera en algún grado la potestad reglamentaria del Presidente.

Aptitud del tercer cargo por desconocimiento de la libertad de empresa, la libre iniciativa privada

La Secretaría Jurídica de la Presidencia considera que el cargo tercero no es apto, en tanto no es cierto que la norma permita que la autoridad administrativa encargada de reglamentar la norma demandada fije los precios de la energía. Por el contrario, la norma prevé que las compras de energía que provengan de FNCER deberán realizarse a largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado que la regulación establezca”. Esto genera una duda mínima de constitucionalidad que los precios serán asignados por la autoridad o un tercero, sino que los mismos se deberán formar en un mercado competitivo”[81].

La Sala Plena discrepa de la posición del interviniente. Este cargo es cierto, porque las limitaciones a la libertad de iniciativa privada que el demandante invoca como fundamento de su solicitud se derivan razonablemente de la necesidad de garantizar el suministro de energía eléctrica a largo plazo.

demandada. La norma demandada prescribe que los contratos mediante los cuales se dará cumplimiento tendrán dos características: (i) deben ser de largo plazo y (ii) serán “asignados en determinados mecanismos de regulación establezca”. Estas características podrían implicar limitaciones a la libertad contractual y que, de un lado, impiden que los comercializadores y generadores pacten el plazo durante el cual la energía se mantendrá vigente. Será el regulador el que fije el plazo durante el cual estas obligaciones tendrán vigencia. De otro lado, en respuesta al auto de pruebas, el MinMinas y la CREG informaron que, de acuerdo con la norma, “asignados” son aquellos que se perfeccionan mediante un mecanismo de asignación centralizada en la que los comercializadores y generadores únicamente participan presentando ofertas anónimas de compra y venta. Es el regulador quien selecciona de estas ofertas y liquida los contratos. Además, los contratos asignados no se negocian libremente, sino que se caracterizan “por emplear contratos estandarizados y garantizar la anonimidad de las partes durante el proceso de negociación, con el fin de lograr que dichas negociaciones sean objetivas y no sean susceptibles de manipulación unilateral por parte de los participantes”[82].

De otro lado, el cargo es claro, pertinente y específico, puesto que el demandante expone de manera concreta por las cuales considera que la limitación a la libre iniciativa privada, la libertad de contratación y la libre competencia desproporcionadas y desconocen la Constitución. En particular, argumenta que (i) estos derechos se encuentran protegidos por los artículos 333 y 334 de la Constitución y (ii) en las sentencias C-265 de 1994, C-263 de 2011 y C-263 de 2012 ha sostenido que estos derechos hacen parte del núcleo esencial de las libertades económicas que la Constitución garantiza. Los argumentos constituyen acusaciones suficientes que generan una duda de constitucionalidad y exigen que se declare la invalidez de la norma que limita estas libertades económicas y si estas restricciones satisfacen los requisitos de la ley de economía.

Aptitud del cuarto cargo por violación al derecho a la igualdad y la libre competencia

La Sala Plena encuentra que los argumentos que se presentan como fundamento de la presunta violación de los derechos de los generadores de fuentes convencionales, de un lado, y aquellos que se presentan como fundamento de la presunta violación de los derechos de los comercializadores mayoristas, de otro, son independientes. Por lo tanto, el cargo es apto y la aptitud de estas acusaciones es de forma individual.

Aptitud del cargo por vulneración al derecho a la igualdad y la libre competencia de los generadores de fuentes convencionales
La Secretaría Jurídica de la Presidencia argumenta que esta acusación no es apta, pues no es cierto que la norma demandada entra en conflicto con los derechos de los generadores de fuentes convencionales que afecte las condiciones de competencia en el mercado de energía. La norma acusada “no se refiere en ningún momento a la obligación de comprar energía a un tipo de generador específico, sino que “no impide que un mismo generador cuente con plantas o facilidades convencionales de energía y, por ende, con plantas que funcionen con base en FNCER”[84]. Por lo tanto, los generadores de energía provenientes de fuentes convencionales “podrán competir con otros propietarios de plantas a base de FNCER para efectos de la obligación de compra de energía demandada”.

La Corte considera que este cargo es apto. De un lado, es claro, pertinente y específico, porque la acusación se fundamenta en un hilo conductor lógico y está soportada en argumentos precisos y concretos de constitucionalidad. En otro lado, la norma demandada segmenta el MEM y que dicha segmentación supone una barrera de entrada al mercado de energía que, según la jurisprudencia constitucional[86], es contraria a la libre competencia (art. 333) y el derecho a la igualdad (art. 13). La norma impide que, en uno de los segmentos (8-10%), los generadores de energía de fuentes convencionales puedan competir con los comercializadores. De igual forma, otorga una ventaja competitiva para los generadores de FNCER que no es diferenciado contrario al mandato de trato paritario entre competidores. Este trato diferenciado con FNCER, a pesar de ofertar el mismo bien (energía), pueden competir por un porcentaje mayor del 10% del MEM. Por las razones específicas por las cuales considera que dicha limitación a la libre competencia no es idónea y que el cargo es apto.

De otro lado, el cargo cumple con la exigencia de certeza. La Corte concuerda con la Secretaría

que la norma demandada y el régimen legal aplicable a la actividad de generación no impide convencionales desarrollen proyectos de generación de FNCER y, en este sentido, compitan e que únicamente puede venderse energía proveniente de estas fuentes. Sin embargo, ello no in demandante no se desprenda razonablemente del texto de norma. La Corte considera que la : pues, en efecto, el artículo 296 del PND establece una condición de entrada a los generadores segmento del mercado: vender energía proveniente de FNCER. Es prima facie razonable infe condición afecta la libre competencia, en tanto retrasa la entrada de competidores a este segn ventaja competitiva a aquellos generadores de energía eléctrica que, a la fecha de entrada en plantas de FNCER. Por último, el cargo es suficiente, porque despierta una duda sobre la cor proporcionalidad de las restricciones que la norma demandada implica al ejercicio de la libre

Aptitud del cargo por vulneración de la libre competencia y el derecho a la igualdad de los co Secretaría Jurídica de la Presidencia sostiene que esta acusación carece de certeza, pues la re entre comercializadores mayoristas (denominación inexistente en la normatividad aplicable) : (quienes también acuden al MEM), por lo que no es correcto afirmar que la disposición del a 2029 (...) incluye un trato diferenciado entre categorías de comercializadores, pues estas son i norma”[87].

La Sala Plena encuentra que el cargo por vulneración del derecho a la igualdad y la libre competenc mayoristas” no es apto, en tanto carece de certeza y no permite concluir, siquiera prima facie, que l diferenciado entre sujetos comparables. Primero, no es cierto que el artículo 296 del PND imponga únicamente a los “comercializadores mayoristas” y, al mismo tiempo, excluya a los “comercializad cumplimiento. A diferencia de lo que afirma el demandante, el inciso 1º de la norma demandada p pasivos de la obligación de compra de energía son todos los “agentes comercializadores del mercac lectura literal de esta disposición no permite inferir razonablemente la existencia de un trato diferer “mayoristas” y “minoristas”.

Segundo, no es cierto que los “agentes comercializadores del mercado mayorista”, a los que el artíc obligación de compra, sean los “comercializadores mayoristas”. En este punto, la Corte encuentra c demandante propone del término “agentes comercializadores del mercado mayorista”, parte de una “comercializadores mayoristas” y los “comercializadores minoristas”, que no se deriva de la legisla comercialización. El artículo 11 de la Ley 143 de 1994 define la comercialización como la “activid energía eléctrica y su venta a los usuarios finales”. La comercialización es una actividad de interne compuesta por dos actividades que se desarrollan en dos mercados diferentes: (i) la compra de la e tiene lugar en el MEM; y (ii) la venta de la energía a los usuarios finales, la cual se desarrolla en el [88]. Ahora bien, la existencia de dos mercados de comercialización de energía no supone que exis unos mayoristas y otros minoristas. En principio, todos los comercializadores compran la energía e venden esa energía a los usuarios finales en el mercado minorista. En tales términos, existe sólo un comercializadores que participan en dos mercados diferentes; en eso consiste su actividad de intern posible inferir que al referirse a los “agentes comercializadores del mercado mayorista” la norma p compra a un grupo de agentes comercializadores y, al mismo tiempo, excluir a otros.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte concluye la acusación relativa al desco comercializadores mayoristas no es apta y, por lo tanto, no emitirá un pronunciamiento de fondo re

Aptitud del quinto cargo por desconocimiento de la finalidad social del Estado y la prestación públicos

La Secretaría Jurídica de la Presidencia y la SER argumentan que el cargo quinto carece de certeza, “incluya la palabra 'eficiencia' ni referencias a ésta de manera expresa, no la torna en inconstitucion

desconociendo este fin que hace parte de la concepción constitucional de la prestación de los servicios públicos, afirman que el encarecimiento del precio de la energía es un efecto apenas hipotético y eventual del artículo 296 del PND.

La Sala Plena considera que el cargo quinto por desconocimiento de la finalidad social del Estado y de los servicios públicos no es apto, porque carece de (i) certeza, (ii) pertinencia y (iii) suficiencia.

En primer lugar, carece de certeza, dado que la acusación del demandante está soportada en hechos que no son ciertos, (i) en la irrazonable de la disposición acusada y (ii) en efectos hipotéticos de su aplicación que no se demuestran con el artículo 296 del PND. La interpretación del demandante es irrazonable, en tanto desconoce que el inciso 1º prescribe expresamente que la regulación que expida el MinMinas debe garantizar que los contratos de largo plazo sean asignados “a través de mecanismos de mercado”. Los mecanismos de “mercado” evita que se forme en condiciones no competitivas, porque en estos se protege “la libre competencia, la formación de precios”[90] y su asignación responde “al ofrecimiento de las mejores condiciones del mercado”[91]. Los mecanismos no permiten trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, puesto que los contratos estandarizados y garantizar la anonimidad de las partes durante la negociación. Es que dichas negociaciones sean objetivas y no sean susceptibles de manipulación unilateral coordinada entre los participantes”[92]. De esta forma, a diferencia de lo que afirma el demandante, el artículo 296 del PND prescribe que el precio de la energía de los contratos bilaterales de FNCER se forme en condiciones no competitivas para no trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente de estos agentes.

De otro lado, el eventual incremento en el precio de la energía eléctrica y la tarifa que pagan los usuarios es un efecto hipotético e implausible del artículo 296 del PND que no se desprende de su contenido. En las pruebas aportadas al proceso, en la actualidad el precio KW/h de la energía proveniente de fuentes convencionales. La CREG, la UPME y el MinMinas informan que el precio de la energía al que se remunerarán los contratos de FNCER que fueron asignados es de COL\$ 205,2/kWh[94]. En cualquier caso, un eventual incremento en el precio de la energía en su costo supone, necesariamente, un incremento de la tarifa que pagan los usuarios de bajos recursos. El servicio público domiciliario de energía eléctrica no permite trasladar al usuario cualquier incremento en el precio de la energía y, en todo caso, prevé diversos mecanismos de subsidio para los usuarios de bajos recursos. Por lo tanto, no es razonable inferir que la obligación de compra que la norma instituye puede afectar la “finalidad social” de los servicios públicos.

En segundo lugar, no es pertinente, porque la acusación del actor no está soportada en argumentos concretos. En concreto, la Sala considera que la argumentación del actor parte de un entendimiento del alcance de la finalidad social de los servicios públicos previsto en el artículo 365 de la Constitución que no está soportado en el texto constitucional. El demandante parece sugerir que la Constitución exige que la eficiencia en la prestación de un servicio público se mida a partir de criterios de eficiencia económica. Esto no es cierto. La Constitución y la jurisprudencia de la Sala Plena permiten al legislador incorporar criterios de eficiencia ambiental y energética para efectos de alcanzar la prestación de los servicios públicos en tales términos, acusar al legislador de haberle dado prevalencia al cumplimiento de objetivos de política pública por encima de las consideraciones de eficiencia económica, constituye un argumento de conveniencia y corrección de constitucionalidad.

En tercer lugar, no es suficiente, en tanto no despierta una duda mínima de constitucionalidad de la norma. Por las razones expuestas, los argumentos del demandante no permiten concluir, siquiera prima facie, que la norma instituye afectará la prestación eficiente de los servicios de generación y comercialización de energía eléctrica, el precio de la energía y afectará el acceso de los usuarios al servicio público domiciliario de energía eléctrica.

En síntesis, del análisis de aptitud sustancial de la demanda, la Sala Plena concluye que son aptos (i) el cargo primero por desconocimiento del principio de reserva de ley, (ii) el cargo segundo por vulneración de la potestad legislativa y (iii) el cargo tercero por violación de la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad contractual.

que se refiere a la vulneración de los derechos a la igualdad y a la libre competencia de los generadores. Por su parte, la acusación relativa a la presunta vulneración al derecho a la igualdad y la libre competencia de los mayoristas no es apta, en tanto carece de certeza. Asimismo, el cargo quinto por desconocimiento de los servicios públicos y la finalidad social del Estado, carece de aptitud sustancial, puesto que no se refiere a un servicio público. Por lo tanto, la Corte se inhibirá de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con estas acusaciones.

Examen de constitucionalidad de la norma demandada

En el presente acápite, la Corte realizará el examen de constitucionalidad del artículo 296 del PND en dos secciones. En la primera sección, delimitará el contenido del artículo 296 del PND y describirá el contexto normativo internacional en el que se inscribe (**sección 4.1 infra**). Luego, en la segunda sección, estudiará si la norma cumple con los principios constitucionales y derechos fundamentales invocados por el demandante, para lo cual llegará a una conclusión sobre cada uno de los cargos formulados por el demandante que superaron el examen de aptitud sustancial.

Delimitación del contenido y contexto normativo del artículo 296 del PND

El artículo 296 del PND instituye un instrumento de fomento económico a la generación de energía eléctrica a través de un sistema de cuota de compra de energía eléctrica por virtud del cual “los agentes comercializadores Mayorista estarán obligados a que entre el 8 y el 10% de sus compras de energía provengan de fuentes renovables”. De otro lado, prevé que esta obligación de compra tiene por finalidad explícita alcanzar la “complementariedad” de la matriz energética del país y de esta forma aportar a “la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero”. prescribe que esta obligación deberá cumplirse “a través de contratos de largo plazo asignados en el mercado que la regulación establezca”.

Con el objeto de delimitar el contenido de la disposición acusada y comprender el contexto normativo en el que se inscribe, la Sala Plena presentará una explicación de la Política Nacional de Cambio Climático y las obligaciones de mitigación y adaptación al cambio climático del sector energético. Luego, expondrá los instrumentos regulatorios y de fomento económico a las FNCER, con especial énfasis en los sistemas de compra de energía eléctrica. Por último, la Sala Plena llevará a cabo una explicación del funcionamiento del MEM y caracterizará a los comercializadores y generadores transan la energía eléctrica en este mercado.

Política Nacional de Cambio Climático – obligaciones de adaptación y mitigación al cambio climático

Conceptualización del cambio climático y su relación con la industria energética. El cambio climático se refiere al cambio del sistema climático (atmósfera, hidrósfera, biósfera, litósfera y criósfera) atribuido, principalmente, a las actividades humanas que liberan gases de efecto invernadero (GEI[95]). El acelerado crecimiento económico, el aumento de la población y el uso de recursos naturales han incrementado las concentraciones de GEI “a niveles superiores a los registrados en el pasado”, lo cual ha acelerado el calentamiento de la temperatura atmosférica y de los cuerpos de agua[97]. Como resultado, se han registrado mayores temperaturas respecto de cualquier otra década desde 1850”.

Las emisiones de GEI provienen de diversas fuentes y sectores económicos, sin embargo, diversos estudios han resaltado que el sector energético “está en el centro de la emergencia del cambio climático y debe ser el eje de la solución”[99]. En efecto, el Quinto Informe de Evaluación del IPCC sostiene que este sector es el responsable de las emisiones globales[100], en tanto la producción y consumo de energía es responsable de aproximadamente “dos tercios de las emisiones de GEI”[101]. A pesar de los objetivos mundiales de mitigación de emisiones de GEI, las emisiones de este sector aumentaron cada año[102]. Por ejemplo, en el caso colombiano, las emisiones de este sector aumentaron de 75.5 millones de toneladas de CO₂ en 2010 a 88.60 en 2020[103] y, actualmente, representan el 10% del total de las emisiones de GEI. La siguiente gráfica:

Impactos ambientales, económicos y sociales del cambio climático ambientales, económicos y sociales alteraciones que los GEI causan al clima mundial (i) representan riesgos graves e irreversibles para

gravemente el desarrollo económico[105] y (iii) afectan la garantía de los derechos humanos[106]. derivados del cambio climático se encuentran los cambios en el ciclo hidrológico, el derretimiento del nivel del mar, la acidificación de los océanos, la pérdida de biodiversidad, la intensificación (pe fenómenos meteorológicos extremos (sequías, inundaciones, huracanes, incendios forestales, etc.) y tropicales[107]. De otro lado, el cambio climático es una de las mayores amenazas para la economía los riesgos del cambio climático equivaldrán a la pérdida de al menos un 5% del PIB global anual, cuenta una mayor diversidad de riesgos e impactos, las estimaciones de los daños podrían alcanzar Asimismo, el cambio climático compromete el goce efectivo de los derechos humanos, porque el ir especialmente a poblaciones vulnerables debido a que causa “inseguridad alimentaria, mayores pre ingresos, impactos adversos en la salud, así como desplazamientos de comunidades”[109]. Entre la cambio climático se encuentran aquellas que “dependen de la agricultura y la pesca, los pueblos inc mayores [y] la clase pobre trabajadora, entre otros”[110]. Por lo anterior, es necesario adoptar medi contra del cambio climático que permitan estabilizar las concentraciones atmosféricas de GEI.

Marco normativo internacional y nacional. La Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Kyoto y el Acuerdo de París, de los cuales Colombia es parte[112], son los principales instrumentos sobre cambio climático. Estos tratados reconocen que “los cambios del clima de la Tierra y sus efectos son un problema común de toda la humanidad”, que requiere la acción conjunta y coordinada de todos los Estados. El objetivo común: estabilizar las concentraciones de GEI en la atmósfera, lo cual se traduce en el compromiso de limitar el aumento de temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y prevenir un aumento de temperatura a 1.5°C con respecto a los niveles preindustriales”.

Compromisos de mitigación y adaptación. Los tratados internacionales citados prevén dos tipos de obligaciones de cambio climático: (i) las obligaciones de mitigación y (ii) las obligaciones de adaptación. Las obligaciones de mitigación reconocen que las causas del cambio climático y, en este sentido, tienen como propósito reducir las emisiones antropogénicas que pueden mitigar sus emisiones mediante la reducción de emisiones en la fuente, el incremento de la eficiencia energética y el uso de las tecnologías de captura y almacenamiento de carbono (CAC), entre otros[114]. De otro lado, las obligaciones de adaptación intentan responder a los impactos de este fenómeno y tienen como finalidad “fortalecer la resiliencia y reducir la vulnerabilidad al cambio climático con miras a contribuir al desarrollo sostenible”.

Las obligaciones específicas de mitigación y adaptación de los Estados están contenidas en sus respectivos planes de acción Determinadas a Nivel Nacional (NDC). Cada Estado Parte del Acuerdo de París debe presentar un plan de acción con medidas concretas de mitigación y adaptación que llevará a cabo a partir de 2020 para cumplir con el Acuerdo. Las medidas deben ser comunicadas “cada cinco años”, y deben representar “una progresión respecto a la [NDC] que refleja[r] la mayor ambición posible de dicha Parte, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales”[116].

La política pública sobre cambio climático de Colombia se ha construido con base en los compromisos adquiridos por el Estado en virtud de la CMNUCC, el Protocolo de Kyoto y el Acuerdo de París. Los instrumentos de esta política se encuentran previstos, principalmente, en la Ley 1931 de 2018 “por la cual se organiza el sistema de gestión del cambio climático” y en la Política Nacional de Cambio Climático (PNCC), la cual establece el marco para la gestión del cambio climático en las decisiones públicas y privadas para avanzar en una transición justa al clima y baja en carbono”[117]. La PNCC prevé que las autoridades del sector minero energético deben adoptar los lineamientos que incentiven “un desarrollo bajo en carbono y resiliente al clima actual y futuro, maximizando eficientemente el potencial de las energías renovables”[118]. En cumplimiento de este mandato, el Gobierno Nacional aprobó el Decreto 1076 de 2016 “por el cual se adopta el Plan Integral de Gestión del Cambio Climático para el Sector Minero Energético (PIGCCm) mediante el cual contiene los objetivos de mitigación y adaptación del sector y la justificación técnica de las medidas de mitigación y adaptación”.

Compromisos internacionales y nacionales de adaptación y mitigación del sector energético. El 10 de

actualizó su NDC para el periodo 2020-2030. Este documento contiene los compromisos de mitigación del Acuerdo de París para Colombia y, en concreto, aquellos aplicables al sector de energía eléctrica. Estos compromisos se detallan en el PNCC y en el PIGCCm.

La NDC establece cuatro compromisos de mitigación para este sector. Primero, diversificar la matriz energética mediante la promoción de la autogeneración de energía mediante fuentes alternativas”, la transformación de energías renovables en FNCER[119]. La matriz energética es el término que se utiliza para referirse al conjunto de fuentes de generación de energía mediante las cuales se atiende la demanda de energía eléctrica del país. Una matriz energética es complementaria si las diferentes fuentes de generación que la integran “se correlacionan y complementan para poder abastecer la demanda tanto en periodos de normalidad, (...) como frente a situaciones climáticas que afectan a estos recursos complementarios no se vean afectados por el mismo fenómeno”[120]. Segundo, garantizar el suministro de energía eléctrica, de manera que se reduzcan las emisiones “sin afectar la confiabilidad de la prestación del servicio”[121]. Tercero, disminuir las emisiones fugitivas asociadas a los hidrocarburos, así como incentivar el aprovechamiento de dichas emisiones[122]. Cuarto, mejorar la eficiencia energética entre “horas pico y valle”[123], así como “gestionar la generación de energía eléctrica mediante fuentes no contaminantes”.

De otro lado, Colombia presentó tres compromisos de adaptación para el sector energético que se detallan en tres líneas estratégicas. De un lado, la línea estratégica de infraestructura resiliente, cuya finalidad es garantizar la competitividad del sector Minero Energético y de la matriz energética frente a los “efectos del cambio climático y la vulnerabilidad de las fuentes de energía”[124]. Una matriz energética es resiliente si cuenta con “diversas fuentes de energía que garantizan, en conjunto, la prestación costo efectiva del servicio de energía eléctrica”[126]. De otro lado, la línea estratégica de información para la adaptación, que se enfoca en “impulsar estudios e investigaciones que identifiquen los impactos del cambio climático en la canasta energética, y explore nuevas tecnologías en el sistema energético”[127]. Y por último, la línea estratégica de gestión de entorno, que busca gestionar “los riesgos climáticos de los territorios con desarrollo rural y su vulnerabilidad y los efectos negativos sobre la operación sectorial”[128]. Las líneas estratégicas de adaptación buscan “contribuir a la transformación energética del país, de tal manera que se garantice la competitividad del sector energético ante los escenarios del clima cambiante”.

El siguiente cuadro sintetiza el alcance de las obligaciones de adaptación y mitigación al cambio climático del sector eléctrico.

Obligaciones de mitigación y adaptación al cambio climático del sector eléctrico	
Obligaciones de mitigación	<p>Diversificar la matriz energética</p> <p>Garantizar la eficiencia energética</p> <p>Disminuir las emisiones fugitivas</p> <p>Mejorar la gestión de la demanda de energía eléctrica</p>
Obligaciones de adaptación	<p>Línea estratégica de infraestructura resiliente</p> <p>Línea estratégica de información para la adaptación</p> <p>Línea estratégica de gestión de entorno</p>

Los instrumentos de fomento económico a las FNCER como medio para cumplir las obligaciones de adaptación y mitigación al cambio climático.

Las energías renovables y los compromisos de mitigación y adaptación al cambio climático. La Secretaría de Energía resaltó que es necesario implementar una “transición rápida y amplia hacia la energía renovable” para cumplir los objetivos de reducción de emisiones establecidos en el Acuerdo de París”[131]. En el mismo sentido, el fomento de la generación de energía proveniente de FNCER es un mecanismo idóneo y efectivo que

objetivos de mitigación y adaptación del sector eléctrico. De un lado, el uso de las FNCER contribuye a reducir las emisiones de GEI que la generación de energía eléctrica causa. La siguiente gráfica muestra el cambio de emisiones de GEI del sector eléctrico si se aumenta la capacidad de generación de energía mediante FNCER (franja gris) respecto de los niveles actuales de emisiones (franja blanca), así:

Asimismo, el IRENA y la OEA han destacado que la inversión en FNCER es una estrategia eficaz para la adaptación dado que la diversificación de la matriz energética contribuye a garantizar (i) la seguridad energética y (ii) la eficiencia energética. Primero, contribuye a garantizar la seguridad energética, dado que aumentar la capacidad de generación mediante las FNCER “asegura la prestación de servicios confiables, por cuanto ofrece enlaces múltiples cuando existe una falla en un punto determinado”[132] de la cadena de generación de energía eléctrica y (ii) garantiza la resiliencia energética pues una de las causas de la vulnerabilidad climática del sector eléctrico es la dependencia de la generación “en una fuente primaria”[133], usualmente las fuentes hídricas. En este sentido, la diversificación de la matriz energética “al incorporar una mezcla diversa de combustibles fósiles, fuentes de energía renovables y otras alternativas reduce la dependencia de la matriz energética en el recurso hídrico. Tercero, contribuye a garantizar la eficiencia energética pues las FNCER son una alternativa costo-eficiente de generación y suministro de energía eléctrica[135]. Entre 2010 y 2019, la capacidad de generación de estas fuentes disminuyeron un 82% en el caso de la energía solar y entre un 47% y 39% en el caso de la energía eólica.”

Instrumentos de fomento a la generación de energía proveniente de FNCER. El cumplimiento de la adaptación del sector eléctrico depende, en gran medida, de la adopción de un marco regulatorio que incentive la inversión económica para la generación de energía mediante fuentes renovables. De acuerdo con el IPCC “el sector eléctrico depende de (...) la remoción de barreras financieras, el desarrollo de un sólido marco regulatorio”[137]. Esto es así, porque las tecnologías renovables “todavía necesitan incentivos económicos basados en precios o cantidades fijas de inversión) o incentivos económicos indirectos (impuestos sobre emisiones y subsidios a las externalidades), con el fin de aumentar su participación en el mercado [de energía eléctrica]”[138]. Entre los siguientes instrumentos económicos para promover la generación de energía eléctrica mediante FNCER se encuentran: (i) los impuestos tributarios, (ii) **los sistemas de cuotas de generación o compra de energía**, (iii) los precios fijos de energía, (iv) los subsidios, (v) los sistemas de certificados verdes de origen y (vi) la focalización de los incentivos en las tecnologías de fuentes de generación de energías renovables.

Los sistemas de cuotas de generación o compra de energía eléctrica. Los sistemas de cuota de energía eléctrica, que el PND instituye, son uno de los instrumentos de fomento económico de las FNCER más comunes en el mundo. Estos mecanismos exigen a los agentes generadores y comercializadores de energía eléctrica que un determinado porcentaje de la energía que se requiere para atender la demanda de los usuarios provenga de FNCER. De acuerdo con la IEA “de las 100 jurisdicciones ha[bían] adoptado alguna modalidad de sistema de cuota”[140], también conocidos como Renewable Portfolio Standards (RPS)” (portafolios de energía renovable). Estos sistemas de cuota han demostrado ser efectivos en los países en los que existen mecanismos de regulación que “monitoreen y castiguen su incumplimiento”[141]. El siguiente gráfico muestra el funcionamiento de los sistemas de cuota que han sido adoptados en algunos países:

Estado	Sistema de cuota y participación % de FNCER
Bélgica	La ordenanza del 19 de julio de 2011 de Bruselas (“Ordonnance du 19 juillet 2011”) establece que los comercializadores deben comprar un porcentaje de energía de FNCER. El cumplimiento de esta obligación se verifica mediante un sistema de “certificados de origen de energía garantizada (Guaranteed Origin)”. Para el año 2020 la cuota mínima de “energía verde” ascendía al 10% [141].
Polonia	La Ley de Energía (“The Energy Law Act of 10 April 1997”) obliga a los comercializadores de energía a mantener una determinada cuota de “energía certificada que demuestren que un porcentaje de la energía generada o comprada proviene de fuentes renovables (artículo 9.a.1.1). Los agentes que no cumplan con esta cuota deben ser sustituidos (artículo 9.a.1.2). Para el año 2020, la cuota mínima de energías certificadas para los portafolios de generadores y comercializadores ascendía al 19% [142].
Noruega	La Ley de Certificados Eléctricos (“Electricity Certificates Act”) establece una cuota de energía renovable por cada MWh de electricidad vendida o consumida. Para el año 2020, la cuota mínima ascendía a 0.189 por MWh [143].
Suecia	La Ley de Certificados Eléctricos (Act No. 2011:1200- Regulation on Electricity) establece que los comercializadores de energía deben comprar un porcentaje de energía de fuentes renovables. Para el año 2020, la cuota mínima ascendía a 0.288 por MWh [144].
Chile	La Ley de Energías Renovables No Convencionales (Ley 20257 de 2008) establece una cuota del 5% de electricidad renovable en 2014. Esta cuota se incrementa en un 0,5% en el año 2024.
Estados Unidos	En Estados Unidos no existe una cuota de compra a nivel nacional. Sin embargo, algunos estados cuentan con un sistema de cuotas de energía renovable, o RPS. Este sistema obliga a las empresas de servicios eléctricos a obtener una cierta parte de la electricidad que suministran a los usuarios finales a partir de fuentes renovables de energía. Las empresas de servicios eléctricos cumplen con estos requisitos mediante créditos de energía renovable. Por ejemplo, en California, el 33% del consumo de electricidad de las empresas de servicios eléctricos para 2021 tiene que provenir de energías renovables.

El servicio público de energía eléctrica en Colombia, el Mercado de Energía Mayorista y los contratos de compra de energía eléctrica en el MEM

El servicio público de energía eléctrica. El artículo 14.25 de la Ley 142 de 1994 define el servicio público de energía eléctrica como “el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final”. De acuerdo con la Ley 143 de 1994, este servicio público se presta a través del SIN [147] mediante la infraestructura que los prestadores dispongan para su operación, en las ZNI.

Las actividades que componen la prestación del servicio público de energía eléctrica son las siguientes: (i) generación, (ii) transmisión-interconexión, (iii) comercialización y (iv) distribución [149]. La generación consiste en la producción de energía eléctrica mediante planta conectada al sistema interconectado nacional (SIN) [150]. Los generadores pueden ser de tres tipos de fuentes: (i) fuentes convencionales de energía [151]; (ii) fuentes no convencionales de energía renovable (FNCER) que están compuestas por aquellos “recursos de energía que son ambientalmente sostenibles, pero que en el país no son empleados o son utilizados de manera limitada” [153]. Se consideran FNCER la biomasa, los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos, la geotérmica [155], la solar [156] y los mares. De otro lado, la transmisión-interconexión tiene por objeto el transporte de energía eléctrica en alta tensión y transformación de tensión vinculada, desde el punto de entrega de dicha energía hasta el punto de recepción por la distribuidora [157]. La actividad de distribución, por su parte, se concreta en el transporte de energía eléctrica a través de las redes de distribución, hasta la entrega al usuario final para su consumo [158]. Por último,

actividad de intermediación que consiste “en la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios regulados”[159]. El valor del costo unitario de la prestación del servicio público de energía eléctrica es la suma de los costos de cada una de las actividades que lo componen: (i) generación (39%); (ii) transmisión (14%); (iii) comercialización (14%); (iv) pérdidas (8%) y (v) restricciones (5%).

La siguiente gráfica esquematiza la operación y funcionamiento de servicio de energía eléctrica que se presta en el MEM SIN[161]:

El MEM y las transacciones de energía entre generadores y comercializadores. El artículo 11 de la Ley 1712 de 2014 define al MEM como el mercado de “grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores participan en el sistema interconectado nacional, con sujeción al reglamento de operación”. Como participantes en el MEM son los generadores y los comercializadores. Las transacciones de energía en el MEM se realizan mediante tres mecanismos: (i) contratos de energía en la bolsa de energía (mercado spot), (ii) contratos de energía a largo plazo ordinarios y (iii) el mecanismo de contratación que introdujo el artículo 296 del PND: los contratos de energía a largo plazo. Por medio de estos contratos, los generadores se comprometen a entregar una determinada cantidad de energía a un plazo específico a cambio de un precio que pagan los comercializadores. En la actualidad, en Colombia se transa en el MEM se negocia mediante la bolsa de energía y el 82% por medio de los contratos de largo plazo.

Contratos de energía en bolsa (mercado spot) [163]. Los contratos de energía en bolsa son “aquello que se transa en el denominado mercado spot”[164]. Estos contratos se celebran y liquidan por intermedio de un mecanismo de intercambio de ofertas y demandas de energía para la enajenación hora a hora. Los agentes generadores y comercializadores no negocian directamente las condiciones de estos contratos con los que celebrarán las transacciones, ni pactan el precio de la energía. Por el contrario, su participación se limita únicamente en la presentación de sus ofertas diarias de venta y compra de energía. Luego, XM en el Mercado de Energía Nacional de Despacho[166] lleva a cabo el “calce” o “cruce” de la oferta y la demanda y liquida el mercado mediante el proceso de asignación centralizada[167]. El precio de la energía en estos contratos (precio de bolsa) es el precio más alto en la hora respectiva, en la Bolsa de Energía”[168], es decir, “la oferta de la última planta que cubre la demanda”[169]. Los contratos que se celebran en bolsa son de corto plazo, por cuanto las obligaciones de los generadores se presentan a diario y únicamente tienen una duración de 24 horas.

Contratos bilaterales de energía a largo plazo ordinarios. El artículo 7 de la Resolución CREG 025 de 2014 define a los contratos bilaterales a largo plazo “son aquellos en que generadores y comercializadores pactan libremente los precios para la compra y venta de energía eléctrica a largo plazo” [170]. Estos contratos son a largo plazo y se perfeccionan por intermedio del sistema de la bolsa de energía y, por lo tanto, tienen un plazo mayor a un año. Los contratos a largo plazo son “instrumentos financieros”[171] que permiten a los agentes comercializadores “tener un cubrimiento de precio, frente al precio diario de bolsa, pactado para días o meses de energía determinadas en el contrato”[172]. En este sentido, estos contratos (i) minimizan el riesgo de los comercializadores por la volatilidad del precio de bolsa[173] y (ii) permiten obtener “seguridad en el suministro”[174]. Asimismo, brindan “respaldo y garantía para que los inversionistas accedan a créditos y obtengan recursos para la construcción y operación de la generación”.

Contratos de largo plazo de FNCER “asignados” en mecanismos de mercado. El artículo 296 del PND establece que la compra de energía proveniente de FNCER a cargo de los comercializadores debe ser cumplida mediante el mecanismo de contratación en el MEM: los “contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado de energía eléctrica establezca”. En términos generales, se trata de contratos bilaterales a largo plazo que no se perfeccionan en la bolsa de energía. Sin embargo, presentan dos diferencias con los contratos bilaterales ordinarios:

Primero, no son el resultado de un proceso de libre negociación entre generadores y comercializadores. Segundo, el artículo 296 del PND dispone que el MinMinas deberá proferir una resolución en la que diseñe el “mecanismo de contratación” en el MEM. En estos contratos se perfeccionarán y ejecutarán. En respuesta al auto de pruebas, la CREG, la UPME

una disposición instrumental del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 que tiene por finalidad ex matriz energética “complementaria, resiliente y comprometida con la reducción de emisiones de ca directamente relacionada con el cumplimiento de los compromisos de mitigación y adaptación al c energético previstos en los tratados internacionales de cambio climático y la PNCC.

Para alcanzar estas finalidades, el artículo 296 del PND implementa un sistema de cuota de compra agentes comercializadores del MEM estarán obligados a que entre el 8 y el 10% de sus compras de Asimismo, dispone que el cumplimiento de esta obligación de compra de energía deberá hacerse p mecanismo de contratación de energía en el MEM: los contratos bilaterales de FNCER a largo plaz mecanismo de asignación y de los términos y condiciones de los contratos bilaterales de FNCER d autoridad a que este delegue. A tal efecto, el inciso 1 de la norma demandada establece las caracter contratos, a saber: (i) se perfeccionan mediante un mecanismo de mercado de asignación centraliza cumplimiento y ejecución estarán reguladas en minutas de contrato estandarizadas, (iii) el precio d será el que resulte de la interacción anónima entre la oferta y la demanda y (iv) serán de largo plaz

Análisis de constitucionalidad de los cargos formulados por el demandante

En el presente acápite, la Corte Constitucional examinará si el artículo 296 del PND vulnera los pri fundamentales invocados por el demandante. Para ello, en primer lugar, determinará si infringe la r del régimen jurídico de los servicios públicos y el ejercicio de las libertades económicas de los part prestación (**sección 4.2.1 infra**). Luego, estudiará si desconoce la potestad reglamentaria del Presid subsidiaria de la potestad de reglamentación de los ministerios (**sección 4.2.2 infra**). Por último, ex que la norma instituye viola la libertad de empresa, la libre competencia y el derecho a la igualdad c comercializadores del MEM (**sección 4.2.3 infra**). En cada una de estas secciones la Sala Plena (i) acusado, (ii) resumirá las solicitudes y argumentos presentadas por los intervinientes en relación co planteará un problema jurídico específico.

Primer cargo: presunta vulneración del principio de reserva de ley

Contenido normativo acusado. El artículo 296 del PND dispone que el MinMinas, o la entidad a la mediante resolución el alcance de la obligación establecida en el presente artículo”. De la misma fc la obligación de compra deberá hacerse “a través de contratos de largo plazo asignados en determin la regulación establezca” y que “las condiciones de inicio y vigencia de la obligación serán definid

Demanda y solicitudes de inexecutable. El demandante señala que el artículo 296 del PND vulnera 367 de la Constitución, los cuales disponen que las normas que desarrollen el régimen jurídico de p y fijen el “alcance” de las libertades económicas, tienen reserva de ley. Argumenta que la norma de resolución se fijen tres elementos esenciales de la obligación de compra que suponen modificación servicios públicos de generación y comercialización de energía eléctrica y el ejercicio de las liberta debían haber sido fijados por el legislador directamente. Estos son: (i) el “alcance” de la obligación porcentaje exacto de la energía proveniente de FNCER que los comercializadores deben comprar, (cual los contratos de compra de energía, mediante los cuales se dará cumplimiento a la obligación c el “inicio” y la “vigencia” de dicha obligación[186].

□

Solicitudes de exequibilidad. La Secretaría Jurídica de la Presidencia, la SE Nación sostienen que el artículo 296 del PND no desconoce el principio de reserva de ley. Esto, po aspectos esenciales de la obligación de compra de energía. Además, únicamente permite que la reg marginales y puntuales relativos a “las condiciones operativas, institucionales y técnicas que deben cumplimiento. Sostienen que la fijación de la duración de los contratos que se consideran a “largo p inicio y exigibilidad de la obligación, deben ser definidos en atención a criterios “técnicos, fácticos

instrumentales”[188] que pueden variar por factores propios o externos de la actividad económica de energía eléctrica. Por lo tanto, estos elementos deben ser determinados por la autoridad regulatoria.

Problema jurídico y metodología de decisión. La Sala debe responder el siguiente problema jurídico: ¿viene el principio de reserva de ley en materia de servicios públicos y libertades económicas al permitir que la resolución (i) el alcance de la obligación de compra de energía, es decir, el porcentaje exacto de energía que debe ser comprado por los comercializadores; (ii) las condiciones de inicio, vigencia y plazo de la compra; (iii) los mecanismos mediante los cuales los contratos de suministro de energía serán asignados? Para resolver el problema, la Sala Plena hará un breve recuento jurisprudencial del principio de reserva material de ley en materia de servicios públicos y libertades económicas. Luego, resolverá si el artículo 296 del PND vulnera o no dicho principio.

El principio de reserva material de ley en materia de servicios públicos y libertades económicas

El principio de reserva de ley en la jurisprudencia constitucional. El principio de reserva de ley es un principio que exige que los elementos esenciales del régimen jurídico de ciertas materias deben estar contenidos en la Ley[189]. Esta institución protege el principio democrático, en tanto confiere al legislador la “potestad de emitir aquellas decisiones normativas que por su relevancia política “el constituyente decidió que fueran competencia del mismo tiempo, prohíbe que estas materias sean “deslegalizadas”, lo cual implica que el legislador no puede delegar la potestad de emitir leyes al Ejecutivo u otras autoridades administrativas[192] y, además, marca un límite a la actividad reglamentaria que aquel espacio que la Constitución ha reservado a la ley no puede ser ocupado por normas de inferior jerarquía.

La reserva de ley no es absoluta y tiene un contenido relativo[194]. En primer lugar, no es absoluta porque el legislador determine la totalidad de los elementos que componen el régimen jurídico de la materia reservada. El “núcleo de la reserva”[195] es, únicamente, el “núcleo esencial” [196] de la materia reservada. Asimismo, el “vaciamiento de contenido de la potestad reglamentaria del Presidente”[197] ni la facultad reglamentaria de las autoridades administrativas[198], puesto que permite que mediante el reglamento o la regulación se desarrollen las materias objeto de reserva. En segundo lugar, el principio de reserva de ley es relativo, porque su contenido no es “la propia norma que establece la reserva”[199], dado que la Constitución le impone al legislador la reserva de ciertas materias con un grado de detalle diferenciado y específico; y (ii) la “naturaleza misma de las materias reservadas”, puesto que no todas las materias asignadas por la Constitución al Congreso son susceptibles de regulación por el Ejecutivo. En estos términos, la Corte Constitucional ha señalado que es posible diferenciar “entre reservas materiales y formales con la posibilidad de concreción administrativa de los elementos contenidos en la ley”.

Reserva de ley en servicios públicos. La Constitución prevé que el régimen jurídico de prestación de servicios públicos debe estar basado en la reserva legal. En efecto, el artículo 367 prescribe que “[l]os servicios públicos estarán sometidos al principio de reserva legal”. Asimismo, el artículo 150.23 ibídem instituye que le corresponde al Congreso “[e]xpedir las leyes que regulen las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”. Esta reserva busca que el régimen de prestación de servicios públicos sea el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público, abierto a la participación de todos y respetuoso de los intereses de los usuarios de dichos servicios”[202].

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han sostenido que la reserva legal en materia de servicios públicos es “flexible” [203] y menos estricta que otro tipo de reservas (v. gr., reserva de ley en derechos fundamentales). La Corte ha señalado que el constituyente “trazó algunos lineamientos estructurales, [pero] no definió integralmente el régimen jurídico ni la forma específica de intervención del Estado en ese sector económico”[204]. En este sentido, a diferencia de la reserva de ley en materia de servicios públicos, el legislador puede emplear “fórmulas de desarrollo legal amplia que expresen al reglamento”[206] con el objeto de que el Presidente o las autoridades administrativas tengan la potestad de emitir normas de inferior jerarquía amplia y suficiente[207] para el diseño específico de “los elementos puntuales, técnicos y cambiantes que regulan la prestación y operación de estos servicios. La posibilidad de que las autoridades administrativas diseñen “la medida de intervención del Estado como fundamento del “dominio técnico jurídico” [210] y la “inmediación que se da entre dichos elementos y su implementación”.

La Corte Constitucional ha precisado que las normas que deleguen a las autoridades administrativa regular aspectos técnicos, operativos y cambiantes del régimen de los servicios públicos deben definir orientadores (...) dentro de los cuales ha de actuar la administración”[212]. En concreto, el legislador define la reglamentación y regulación administrativa que guiarán a la administración[213], (ii) la extensión regulatoria que se confiere[214] y (iii) las reglas a las cuales “se sujetará el órgano de regulación y control”[215].

Reserva de ley en la definición del alcance de las libertades económicas de los particulares que afectan a los servicios públicos. Los poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos suponen la facultad económica de los particulares que concurren a su prestación”[216]. Sin embargo, las normas que concurren a las libertades y limiten su ejercicio están sujetas a reserva de ley. El artículo 150.21 de la Constitución establece que el legislador expedir las “leyes de intervención económica” en las actividades económicas a las que se refieren los artículos 150.20 y 150.21 de la Constitución (dentro de las que se encuentran los servicios públicos). Asimismo, prevé que estas leyes establezcan los alcances y los límites a la libertad económica”.

La reserva de ley en esta materia no implica que “todo acto de intervención estatal en el ámbito de las libertades económicas tenga que hacerse directamente por medio de la ley”[217], y tampoco que los elementos específicos de la limitación al ejercicio de estas libertades. La Constitución impone al legislador la obligación de definir las reglas mínimas de la intervención económica, a saber: (i) las finalidades de la intervención, sobre la cual recae, (iii) los instrumentos mediante los cuales se desarrolla y (iv) la fijación de reglas que determinen el contenido de las facultades del órgano regulador llamado a concretarla[219]. Al mismo tiempo, la Constitución reconoce a las autoridades regulatorias amplia “deferencia”[220] para definir “los aspectos técnicos de la intervención. Naturalmente, la labor de concreción del órgano regulador en estos casos supondrá “una limitación a la libertad económica y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos. Sin embargo, ello no constituye una violación al principio de reserva de ley siempre que dicha intervención se realice con fines constitucionalmente legítimos y se realice dentro del marco fijado por la ley”.

Caso concreto - el artículo 296 del PND no vulnera el principio de reserva de ley

El artículo 296 del PND versa sobre materias que están sujetas a la reserva de ley aplicable a la regulación del ejercicio de las libertades económicas por parte de los particulares que concurren a su prestación. El artículo 296 dispone que las actividades de generación y comercialización de energía eléctrica son servicios públicos que se prestados por particulares en un marco de libre competencia y libre iniciativa privada[225]. En el mismo artículo, la Corte Constitucional ha señalado que las actividades económicas de prestación de servicios públicos están sujetas a reserva de ley económica.

Sin embargo, la Sala Plena encuentra que el artículo 296 del PND no desconoce la reserva legal aplicable a las actividades económicas por las siguientes razones: la norma demandada (i) define los elementos esenciales de la obligación de compra de energía eléctrica, (ii) define los aspectos técnicos y operativos referentes a la modalidad de cumplimiento de dicha obligación y reglas mínimas que orientan la labor de regulación a cargo del MinMinas.

(i) La norma demandada define los elementos esenciales de la obligación de compra de energía eléctrica. Primero, define el objeto de la intervención, porque dispone de manera expresa que el propósito de la obligación de compra de energía eléctrica es alcanzar “una matriz energética complementaria, resiliente y comprometida con la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero”. Segundo, define el contenido de la obligación, en tanto define los topes máximos y mínimos del porcentaje de energía eléctrica que los comercializadores mayoristas deben adquirir (8-10%). Tercero, define que los sujetos obligados son los agentes comercializadores de energía eléctrica en el MEM.

(ii) El artículo 296 del PND ordena al MinMinas la fijación de aspectos puntuales de la obligación de compra de energía eléctrica a reserva de ley. Esto es, (a) el inicio de la exigibilidad de la obligación y el porcentaje exacto de energía eléctrica que los comercializadores mayoristas deben adquirir y (c) el diseño de los mecanismos mediante los cuales estos se asignarán. El artículo 296 del PND establece que el MinMinas debe fijar los aspectos puntuales de la obligación de compra de energía eléctrica a reserva de ley.

reserva, dado que son aspectos técnicos, variables y operativos de la obligación de compra de energía.

Primero, el inicio de la exigibilidad de la obligación y el porcentaje exacto de energía que debe ser operativo variables, porque la obligación de compra únicamente podía hacerse exigible cuando se proveniente de FNCER permitía cubrir entre el 8-10% de la demanda que debían atender los comerciantes de energía proveniente de FNCER que los generadores están en capacidad de producir, así como la de por definición, variables. De hecho, la disponibilidad de energía proveniente de fuentes no convencionales factores tales como “la evolución de las tecnologías de FNCER, las condiciones de mercado, las condiciones de adaptabilidad, entre otros”[227]. De la misma forma, la demanda de energía varía día a día en atención a las necesidades de energía eléctrica de los usuarios. En tales términos, es razonable que el inicio de el porcentaje exacto de energía que debe ser comprado por los comercializadores sean definidos por el objeto de que estas puedan “acoplar [la regulación] a las necesidades y realidades cambiantes del

Segundo, el plazo de los contratos es un aspecto operativo cuya concreción debe llevarse a cabo en el desarrollo de proyectos de generación con FNCER requiere de inversiones iniciales cuantiosas y requiere tecnologías de generación que deben ser adquiridas[229] y la volatilidad de las fuentes de generación. Estos proyectos se financian mediante el mecanismo conocido como “Project finance”[231]. En estos proyectos obtienen los recursos para financiar los proyectos mediante créditos que otorgan los prestamistas (pagados con “los propios flujos generados por el proyecto”[232]. Así, los plazos deben fijarse en atención a las cambiantes de acceso al crédito y la demanda de energía, de forma tal que estos proyectos alcancen el inversionista no sólo repagar los costos asociados al financiamiento (capital e intereses), sino también su utilidad.

Tercero, el diseño concreto de los mecanismos mediante los cuales se asignarán los contratos es un aspecto operativo mediante el cual se fijan “el conjunto de reglas de participación, las características del mecanismo, la convocatoria, las condiciones de competencia, los participantes y requisitos, el objeto, los topes, los contratos entre los participantes”[233]. Al respecto, es importante que el detalle regulatorio de los contratos mediante los cuales se transa energía en el MEM - contratos en bolsa y contratos bilaterales de largo plazo ordinarios, principalmente, en resoluciones del MinMinas y la CREG. En este caso, la Sala Plena no encuentra diferencia de contratos, el diseño específico del mecanismo de compra de energía que la norma demandada fijado en la ley.

(iii) El legislador fijó criterios inteligibles y reglas mínimas que orientan la labor de regulación a cargo del PND permite que el MinMinas fije el porcentaje exacto de la energía que debe ser comprado por el inversionista. Sin embargo, prevé topes máximos y mínimos dentro de los cuales este ministerio deberá ejercer tal facultad. La norma contiene las reglas mínimas que el MinMinas debe atender al momento de diseñar los contratos y el mecanismo de asignación. En efecto, prescribe que los contratos que se suscriban entre comercializadores para el cumplimiento a la obligación de compra deberán ser de “largo plazo”. Asimismo, dispone que estos contratos se otorguen en determinados mecanismos de “mercado”. Estos criterios son claros e inteligibles dado que, como el sector energético define lo que debe entenderse por mecanismos de “mercado”, contratos “asignados” (ver párrs. 81-83 supra).

En síntesis, el artículo 296 del PND no desconoce la reserva de ley en materia de servicios públicos que contiene los elementos esenciales de la obligación de compra que instituye y únicamente ordena aspectos técnicos, operativos y financieros con el objeto de que la regulación de esta obligación pueda responder a las realidades cambiantes en el mercado energético”[234]. Además, fija criterios inteligibles y claros que son de cargo de este ministerio.

Segundo cargo: presunto desconocimiento de la potestad reglamentaria del Presidente

Contenido normativo acusado. El artículo 296 del PND dispone que el MinMinas, o la entidad a la que se le atribuya, mediante resolución alcance el alcance de la obligación establecida en el presente artículo”. De la misma forma, la obligación de compra deberá hacerse “a través de contratos de largo plazo asignados en determinados sectores de la regulación establezca” y que “las condiciones de inicio y vigencia de la obligación serán definidas por el Presidente de la República”.

Demanda y solicitudes de inexecutableidad. El demandante sostiene que el artículo 296 del PND vulnera la potestad del Presidente (arts. 189 y 370 de la CP), por tres razones. De un lado, desconoce que esta potestad tier superior”[235] respecto de la facultad regulatoria de los ministerios, la cual es “residual y subsidiaria de la facultad del Presidente”[237]. De otro lado, desconoce que MinMinas regular aspectos relevantes de la obligación de compra de energía de manera directa, “si no de ninguna manera, según el texto de la norma, a una definición previa del Presidente”[237]. De otro lado, desconoce la facultad del Presidente, prevista en el artículo 189.17[238] de la Constitución, de decidir cuáles de las facultades con él a reglamentar este artículo”[239], puesto que el inciso 2 exige que sea el MinMinas quien proveya lo correspondiente. Por último, la Corte Constitucional[240] ha sostenido que el Presidente tiene la facultad limitada”[241] de definir “cuándo una ley requiere reglamento y en qué sentido”[242] y, por ello, “la facultad de reglamentar, más que una ley o un artículo de una ley deben ser reglamentados por un Ministerio”[243]. En este contexto, la norma concreta de reglamentar”[244] que la norma demandada impone al MinMinas, viola el artículo 189

Solicitudes de executableidad. La Secretaría Jurídica de la Presidencia el CEDEC y el Procurador General sostienen que el artículo 296 del PND no restringe la potestad reglamentaria del Presidente. Sostienen, que la potestad de cumplida ejecución de las leyes es de orden constitucional, por lo que éste “la puede y debe ejercer sin que ninguna ley pueda impedirselo”[245]. En criterio de los intervinientes, la norma demandada “no tiene carácter de expresa o de obstáculo para que el Presidente la ejerza”[246], porque “el hecho de que no se incluya expresamente que el Presidente puede ejercerla, no implica su exclusión o anulación”.

De otro lado, señalan que el legislador puede asignar directamente a los ministerios la facultad para regular las materias contenidas en la legislación, cuando estas tengan un carácter técnico u o de carácter competencial del respectivo Ministerio”[248], siempre que se cumplan dos requisitos: (i) “haya una ley que regule la regulación atienda “las disposiciones emanadas por el Presidente en ejercicio de la potestad reglamentaria de emitir los Decretos reglamentarios en caso de que el Presidente decida ejercer dicha facultad constitucionalmente”[249]. Satisface estos requisitos, en tanto “la potestad de regulación fue radicada en cabeza del Ministerio acusado, es decir, mediante una ley”[250]. Además, la materia objeto de regulación se refiere a asuntos de carácter energético que se encuentran dentro de la órbita de competencias del MinMinas. Asimismo, la norma demandada es residual y subsidiaria de la potestad regulatoria, pues la regulación que expida el MinMinas debe atenerse al Decreto Reglamentario 570 de 2018, “por el cual se adiciona el Decreto único Reglamentario de Energía en lo relacionado con los lineamientos de política pública para la contratación a largo plazo de energía eléctrica y se dictan otras disposiciones”.

Problema jurídico y metodología de decisión. La Sala Plena debe responder el siguiente problema jurídico: ¿vulnera la potestad reglamentaria del Presidente al disponer que el MinMinas “reglamentará mediante decreto la obligación establecida en el presente artículo”? Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte debe determinar si la potestad reglamentaria del Presidente y la potestad reglamentaria o de regulación administrativa del MinMinas determinará si la orden de reglamentar prevista en la norma demandada desconoce la Constitución.

Contenido y alcance de la potestad reglamentaria del Presidente y de los ministros

La potestad reglamentaria es la facultad que la Constitución otorga a diferentes autoridades públicas para emitir, por medio de actos administrativos o “disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto”[252] que tienen por objeto garantizar su cumplida ejecución. La Corte se referirá específicamente al contenido y alcance de dos tipos de potestades reglamentarias: (a) la potestad reglamentaria del Presidente y (b) la potestad “reglamentaria”[253] de los ministros.

La potestad reglamentaria del Presidente

Definición y contenido de la potestad reglamentaria del Presidente. El artículo 189.11 de la Constitución al Presidente de la República: (...) Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. La Corte Constitucional ha definido la potestad como la facultad general que la Constitución confiere al primer mandatario para dictar “normas de la correcta ejecución y cumplimiento de la ley”[255]. La potestad reglamentaria del Presidente tiene reglas generales consagradas [en la ley], explicitar sus contenidos, hipótesis y supuestos, e indicar la forma de hacerla operativa”[256]. Esta potestad tiene naturaleza administrativa y no legislativa, lo que del marco fijado por la Ley[257] y, por ello, las normas reglamentarias que se expidan deben “tener la fuerza de ejecución de ella”[258]. Así, el primer mandatario carece de competencia para “ampliar, restringir o derogar la ley”[259], reglamentar leyes “que no ejecuta la Administración”[260], y desarrollar materias “cuyas competencias corresponden al legislador”.

Características de la potestad reglamentaria. La potestad reglamentaria tiene las siguientes características: (i) se ejerce por derecho propio, (ii) es irrenunciable, (iii) es permanente e inagotable.

En primer lugar, se ejerce por “derecho propio”[262], por cuanto es una potestad atribuida al Presidente de la República por la Constitución y, por tanto, su ejercicio no requiere “autorización de ninguna clase por parte del legislador”. Sin embargo, la Corte Constitucional ha precisado que el legislador puede ordenarle al primer mandatario que reglamente “con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de las leyes, en caso que el legislador considere que se trata se requiere de una pronta y urgente reglamentación”[264]. En estos casos, la expedición de normas reglamentarias “deberá tener el carácter de deber jurídico legal que ha de cumplir el Gobierno Nacional”[265], porque “si bien es cierto que la Constitución en el artículo 113 la separación de funciones también destaca la colaboración armónica de los distintos órganos del Estado”[266]. En segundo lugar, es irrenunciable, “por cuanto es un atributo indispensable del primer mandatario que cumpla con su función de ejecución de la ley”[267]. En tercer lugar, es permanente o “inagotable”[268], “en cualquier tiempo”[269]. Por último, es intransferible, dado que (i) “la ley no puede atribuir la potestad reglamentaria a otros órganos administrativos distintos al presidente de la República, pues la radicación de aquella es una atribución de la Constitución Política”[270] y (ii) no puede ser delegada sino en los casos y con las formalidades que la ley determina.

La potestad reglamentaria de los ministros

El artículo 208 de la Constitución prevé que “los ministros y los directores de departamentos administrativos ejercerán la administración en sus respectivas dependencias. Bajo la dirección del Presidente de la República, le asistirá en la formulación de las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”. Con fundamento en el artículo 208 de la Constitución y el Consejo de Estado han sostenido que los ministros son titulares de una potestad “potestad reglamentaria derivada o de segundo grado”[272] que “atañe al ámbito de su respectiva competencia”[274]. La atribución de esta potestad se justifica “dado que cada ministerio tiene un ámbito de competencia en las materias sometidas a su cargo”[275] y, por lo tanto, “en ellos radica el dominio técnico de los asuntos de su área, lo cual los hace las autoridades más idóneas para el manejo directo de dichos asuntos, así como para dictar las normas necesarias para su correcto funcionamiento”.

Características de la potestad reglamentaria de los ministros. La potestad reglamentaria de los ministros es subsidiaria a la potestad reglamentaria del Presidente[277]. Es subsidiaria, puesto que los actos normativos que se expidan de esta potestad tienen una jerarquía normativa inferior a los que expide el primer mandatario y, por lo tanto, se dictan en un decreto reglamentario del Presidente de la República”[278]. Esto es así, dado que los ministros son dependientes cuyas competencias generales están previstas en la ley. La manera como están reguladas sus competencias indica su subordinación al Presidente de la República, de tal modo que no tienen competencias auto-

atribuyan deben ejercerlas bajo la dirección del Presidente de la República”[279]. De otro lado, es i ministros puedan ejercer competencias reglamentarias debe existir “un contenido o materia legal q “traza las fronteras dentro de las cuales debe desplegarse la facultad de regulación de los Ministeric “cuando la materia requiere todavía un mayor nivel de especificidad no alcanzado por la ley o por e la ha desarrollado en un primer momento”.

La atribución directa de potestad reglamentaria a los ministros. La Corte Constitucional y el Conse “no resulta inconstitucional que una ley atribuya, de manera directa, a los ministros del Despacho, c de carácter general”[283] sobre materias que estén dentro de la órbita competencial del respectivo l resaltado que “la Ley puede establecer que el Gobierno se valdrá para actuar de un determinado Mi reconocer, desde luego, funciones reguladoras siempre y cuando tales funciones se ajusten a órden rango”[284]. La atribución directa de potestad reglamentaria a los ministros no viola la potestad reg “el hecho de otorgar para ciertos aspectos facultad de regulación al Ministerio, no es óbice para que momento, ejerza su competencia”[285]. Además, “cuando el legislador señala que corresponde a u regulación técnica o especializada de cierta materia, resulta evidente que tal regulación debe hacers Reglamento [del Presidente]”[286] y, en concreto, el ministro debe ejercer dicha potestad “bajo la c Presidente de la República y en armonía con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley”.

En tales términos, la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de leyes que otorgan f regulación administrativa a los ministerios de manera directa. A título de ejemplo, en la sentencia C Constitucional declaró la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 11 de la Ley 1101 d Ministerio de Comercio, Industria y Turismo reglamentará el procedimiento de selección de los rep Directivo del Fondo de Promoción Turística, garantizando la participación de los pequeños prestad Corte precisó que “podría parecer, prima facie, que el artículo 8° literal (d) y el artículo 11 párraf le atribuyen directamente al Ministerio la facultad reglamentaria y, al hacerlo, podría darse tambie contenido la Potestad Reglamentaria que el artículo 189 numeral 11 Superior radica en cabeza del l embargo, aclaró que “en los artículos demandados la Ley no otorga al Ministerio la potestad reglan apenas le confiere la posibilidad de regular aspectos secundarios, de orden técnico, dentro del ámbi conformidad con lo establecido en la Ley y en el Reglamento”.

El siguiente cuadro sintetiza el alcance y características de la potestad reglamentaria del Presidente ministros, así como las diferencias entre estas potestades:

Criterio	Potestad reglamentaria del Presidente	Potestad reglamentaria
1. Fundamento constitucional	Art. 189.11 de la CP	Art. 208 de la CP
2. Actos normativos que expiden y jerarquía	Reglamentos: actos administrativos de contenido general y abstracto para la cumplida ejecución de la ley.	Reglamentos: actos a contenido general y abstracto ejecución de la ley. Lo expide el ministerio tie normativa inferior a reglamentarios del Preside
3. Materias objeto de reglamentación	La potestad reglamentaria del primer mandatario es general. El Presidente puede reglamentar cualquier ley, con independencia de su materia.	La potestad reglamentaria materias que estén dei competencial del respectivo
	ce por derecho propio	da o de segundo grado

4. Características

Irrenunciable
Permanente
Intransferible

Subsidiaria
Residual
Puede ser atribuida de fe
legislador

La articulación de la potestad reglamentaria del Presidente y la potestad regulatoria o reglaminativa administrativas en materia de servicios públicos

El artículo 365 de la Constitución dispone que los servicios públicos “estarán sometidos al régimen de Asimismo, prescribe que el Estado es el titular de la potestad de “regulación” de la prestación de los servicios públicos de “asegurar su prestación eficiente a todos los particulares”. De otro lado, el artículo 370, en concordancia con el artículo 189.22[288] ibídem, prevé que (i) le “corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios” y (ii) el Presidente ejercerá la vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos por medio de la SuperServicios.

La Corte Constitucional ha resaltado que la Constitución “atribuye genéricamente [la] función de regular los servicios públicos al Estado, sin señalar explícitamente que ésta corresponde a una determinada institución o entidad. Por un lado, que la mención que el artículo 370 de la Constitución hace de la potestad reglamentaria de inspección, vigilancia y control de la SuperServicios en estas materias no supone que la titularidad de la potestad de regular los servicios públicos esté radicada, exclusivamente, en estas autoridades[290]. De otro lado, el Presidente, como titular de la función de determinar el régimen de estos servicios, tiene un amplio margen de acción en la regulación en la que se delimite el alcance de [las] obligaciones”[291] de cada una de las entidades que presten el mandato de prestación eficiente de los servicios públicos.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el legislador cuenta con un amplio margen de acción para “establecer un reparto de competencias teniendo en cuenta la naturaleza misional de cada entidad, su especialidad”[292]. La delimitación de las competencias de las entidades encargadas de regular la prestación de los servicios públicos establezca el legislador (i) debe fundarse en “criterios objetivos constitucionalmente legítimos; esta delimitación debe ser razonable y proporcionalidad”[293] y (ii) no puede “vaciar de contenido las funciones asignadas al Presidente y otras autoridades. En tales términos, la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de las funciones de regulación en materia de servicios públicos a, por ejemplo, las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos.

Caso concreto – el inciso segundo del artículo 296 del PND no desconoce la potestad reglamentaria del Presidente

La Sala Plena encuentra que el artículo 296 del PND no desconoce la potestad reglamentaria del Presidente.

Primero, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional citada, el legislador está facultado para atribuir a los ministros de forma directa y ordenarles reglamentar una determinada materia. Una atribución de este carácter intransferible de la potestad reglamentaria del Presidente, puesto que no implica que ésta se extinga con la ocurrencia de estos eventos la potestad reglamentaria del primer mandatario se mantiene incólume, puede ser ejercida por el Presidente o el ministro. Debe ejercer su potestad derivada o de segundo grado con sujeción a la ley y los decretos reglamentarios del primer mandatario. De la misma forma, la Corte Constitucional ha sostenido que el legislador está facultado para atribuir a otras autoridades administrativas, reglamentar una determinada materia. Este tipo de órdenes de separación de poderes ni desconocen que la potestad reglamentaria del Presidente se ejerce por “de forma directa” sino que, por diferencia de lo que afirma el demandante, la orden de reglamentar que el artículo 296 del PND le atribuye al ministro es un acto abstracto, disposición constitucional alguna.

Segundo, el artículo 296 del PND no le trasladó al MinMinas la potestad del Presidente de regular la prestación de los servicios públicos de generación y comercialización de energía eléctrica, de la cual el artículo 189.11 y 370 de la Constitución. El inciso 2º de la norma demandada prevé que “el Ministro de Minas y Energía ejercerá la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios” y (ii) el Presidente ejercerá la vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos por medio de la SuperServicios.

entidad a la que este delegue, reglamentará mediante resolución el alcance de la obligación establecida. Como puede verse, esta disposición no menciona ni limita en ningún grado el ejercicio de la potestad reglamentaria. No restringe la facultad que este tiene de decidir cuáles de los ministerios deben concurrir con él a reglamentar. De esta forma, la Corte encuentra que este artículo ordena al MinMinas “reglamentar” la obligación de comprar la potestad reglamentaria derivada y de segundo grado de la que es titular de acuerdo con el artículo 2

Tercero, el artículo 296 del PND no infringe las reglas sobre atribución de potestad reglamentaria a (i) la norma demandada otorga al MinMinas la potestad de delimitar el porcentaje exacto de la energía eléctrica que debe ser comprada por los comercializadores y diseñar los mecanismos de contratación de energía eléctrica, los cuales son asuntos técnicos que hacen parte del ámbito de su competencia. En 1994 dispone que “el Ministerio de Minas y Energía, en ejercicio de las funciones de regulación y seguimiento de todas las actividades relacionadas con el servicio público de electricidad, definirá la estructura económica de las fuentes convencionales y no convencionales de energía”. Asimismo, el Decreto 3131 de 1994 sobre la estructura del Ministerio de Minas y Energía” dispone que una de las funciones del MinMinas es coordinar la política en materia de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica. La obligación de reglamentar que la norma demandada impone al MinMinas no supone un vaciamiento de las autoridades administrativas que ostentan competencias regulatorias en materia de servicios públicos. El MinMinas debe ejercer esta facultad y definir los aspectos que la norma ordena reglamentar en coordinación con

Cuarto, el artículo 296 no desconoce el carácter residual y subsidiario de la potestad reglamentaria. Es compatible con el carácter subsidiario, puesto que no establece que el MinMinas podrá ejercer dichos decretos reglamentarios del Presidente en materia de comercialización y generación de energía. Así porque únicamente ordena al MinMinas regular aspectos puntuales y técnicos del mecanismo de compra de energía eléctrica, la exigibilidad de la obligación de compra (ii) el porcentaje exacto de energía que debe ser comprada (10%) y (iii) el diseño concreto de los mecanismos de asignación de los contratos de FNCER a largo plazo. No es posible interpretar que el artículo 296 del PND otorgó al MinMinas una potestad normativa autónoma. El MinMinas debe considerar a lo previsto en la Ley y en los reglamentos que expida o haya expedido el Presidente

El contexto normativo en el que la norma demandada se inscribe confirma esta interpretación. La Ley 1712 de 2014 entró en vigencia, el artículo 2.2.3.6.2.2.1.1. del Decreto Reglamentario 1073 de 2015. El MinMinas estaba facultado para diseñar los “instrumentos para el fomento y la promoción de las fuentes de energía”. Asimismo, el Presidente ya había expedido el Decreto 570 de 2018, “[p]or el cual se adiciona el artículo 1073 del Decreto Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, en lo relacionado con la contratación pública para la contratación a largo plazo de proyectos de generación de energía eléctrica y se dicta este decreto reglamentario, el Presidente (i) definió los objetivos del mecanismo de contratación a largo plazo, (ii) las características generales de dicho mecanismo, (iii) fijó las reglas generales para la determinación de los proyectos de generación de energía eléctrica que se desarrollen a partir de la aplicación del mecanismo de contratación a largo plazo de proyectos de generación de energía eléctrica, (iv) adoptará las medidas necesarias para actualizar la normatividad vigente que permita, entre otros, el planeamiento, conexión, operación, y mantenimiento de los proyectos de generación de energía eléctrica que se desarrollen a partir de la aplicación del mecanismo de contratación a largo plazo de proyectos de generación de energía eléctrica con FNCER, de acuerdo con el artículo 2.2.3.8.7.1 de la presente Sección”. El artículo 296 del PND no desconoce los efectos jurídicos de la potestad reglamentaria. Permite que el MinMinas ejerza sus competencias de reglamentación sin consideración a lo dispuesto en el artículo 296 del PND. Al contrario, únicamente reafirma la potestad que el Presidente ya había reconocido al MinMinas para la contratación a largo plazo de proyectos de generación eléctrica con FNCER.

Por las razones expuestas, la Corte concluye que el artículo 296 del PND no desconoce la potestad reglamentaria del MinMinas.

Tercer y cuarto cargo: presunta vulneración de la libre competencia, el principio de igualdad y

El demandante formuló como cargos independientes la presunta violación de la libertad de empresa y libertad contractual (tercer cargo), de un lado, y la vulneración de la libertad de competencia y el de

de otro. Sin embargo, la Sala Plena considera procedente llevar a cabo un análisis conjunto, dado que en términos generales, a la presunta vulneración de las libertades económicas y el desconocimiento de la intervención del Estado en la economía (arts. 333 y 334 de la Constitución).

Contenido normativo acusado. El artículo 296 del PND prescribe que los agentes comercializadores que entre el 8 y el 10% de sus compras de energía provengan de fuentes no convencionales de energía que el cumplimiento de esta obligación deberá hacerse “a través de contratos de largo plazo asignados de mercado” regulados por el MinMinas.

Demanda y solicitudes de inexecutable. El demandante y la ANDEG consideran que el artículo 296 vulnera el derecho a la igualdad y la libre competencia, porque crea un privilegio en favor de los generadores de energía que consiste en que solo ellos pueden competir por un segmento del mercado (8-10%). Al mismo tiempo, crea una barrera de entrada a la energía proveniente de fuentes convencionales una “barrera de entrada absoluta”[297] a este segmento que limita la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, puesto que impide que los comercializadores de energía que desean comprar para atender la demanda. Asimismo, restringe la libertad contractual en que los comercializadores decidan a qué generador comprar la energía, (ii) “altera el régimen jurídico de la energía dado que estas “ya no serán libres, pues esa libertad estará limitada por el artículo 296”[299]; y (iii) “la generación de energía se ejecute, no de acuerdo con contratos regidos por el derecho privado y negociados libremente, sino a través de ‘asignaciones’ de tipos especiales de contratos, por medio de ‘mecanismos de mercado’ que fijen los precios”[300].

Argumentan que las limitaciones a las libertades económicas carecen de justificación y son desproporcionadas. La compra de energía no es un medio idóneo para alcanzar las finalidades que la norma persigue. Lo anterior, porque la energía proveniente de FNCER que operan en Colombia no tienen la capacidad instalada para generar energía suficiente para cubrir la demanda de energía (i) “no es suficiente para desarrollar una matriz energética competitiva”[301]; (ii) la obligación de compra “no es suficiente por sí misma para desarrollar una matriz energética competitiva”[302]; (iii) “una generación del 8% o 10% de energía con fuentes no convencionales y renovables (...) no es apreciable en la reducción de emisiones de carbono”[302]. De otro lado, la medida no es proporcional porque la protección del medio ambiente y la consecución de una matriz energética resiliente y complementaria son valores superiores que el derecho a la igualdad, que es no solo un derecho fundamental sino uno de los pilares fundadores del Estado Social de Derecho”[303]. Además, las cargas y restricciones que la norma impone a los comercializadores de energía provenientes de FNCER son ciertas y tienen mayor entidad que los beneficios apenas “hipotéticos” que se generan por la promoción de la energía eléctrica y la mitigación del cambio climático.

Solicitudes de executable. La Secretaría Jurídica de la Presidencia, el CEDEC, la SER, la Universidad del Cauca y la Universidad General de la Nación sostienen que el artículo 296 del PND no vulnera las libertades económicas (i) porque la norma demandada no supone una barrera de entrada al MEM, en tanto genera obligaciones de compra de energía eléctrica, mas no con quién la genera”[304]. De otro lado, señalan que la norma incentiva “la participación de la generación de energía eléctrica”[305], pues elimina barreras de entrada económica para los desarrolladores de FNCER se enfrentan para poder competir en el MEM. Además, no desconoce la libertad contractual, porque no es cierto que la norma permita que el precio de los contratos sea fijado por el Estado, sino que el precio será el resultado de los mecanismos de mercado que la regulación establezca.

En cualquier caso, afirman que las limitaciones a las libertades económicas, de existir, se encuentran justificadas y proporcionadas. Sostienen que la norma demandada tiene por finalidad (i) materializar “los deberes del Estado de proteger el medio ambiente”[306], (ii) diversificar la matriz energética y hacerla más resiliente”[307], (iii) “promover la libre competencia”[308] y (iv) lograr una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos[309]. La implementación de un sistema de cuota de compra de energía es un medio idóneo para alcanzar estos fines, porque con la entrada en operación de los proyectos de generación asignados en la subasta de contratos de compra de energía se tendría una reducción de 9 millones de toneladas de CO₂”[310]. Asimismo, argumentan que la medida es proporcional, pues establece una obligación “correspondiente a la adquisición de un porcentaje pequeño de energía proveniente de FNCER, que puede ser satisfecha por cualquier generador de energía que incorpore”[311].

de FNCER”.

Problema jurídico y metodología de la decisión. La Sala debe responder el siguiente problema jurídico: los derechos a la igualdad, la libre competencia, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y prescribir que entre el 8-10% de las compras de energía de los comercializadores del MEM deben realizarse que el cumplimiento de dicha obligación deberá llevarse a cabo mediante contratos a largo plazo en el mercado que la regulación establezca? La Sala Plena resolverá el problema jurídico de la siguiente manera: recuento de la jurisprudencia constitucional en materia de libertades económicas y, en particular, de libre competencia, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad contractual. Luego de la intervención del Estado en la economía y definirá los límites aplicables al ejercicio de esta facultad. La norma acusada vulnera los artículos 333 y 334 de la Constitución.

Las libertades económicas y la facultad de intervención del Estado en la economía

Las libertades económicas - el derecho a la libre competencia y la libertad de empresa

El modelo de economía social de mercado. La Constitución de 1991 adoptó un modelo de economía social de mercado, en virtud del cual las “reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo del país”. La Corte Constitucional ha precisado que este modelo tiene dos elementos característicos. Primero, reconoce la economía de mercado en la que se garantiza el ejercicio de las libertades económicas[314] por parte de las actividades productivas. Lo anterior, en el entendido de que la empresa es el motor del desarrollo económico y la protección de los mercados es necesaria “para la consecución de las condiciones materiales y la promoción del desarrollo”. Segundo, asigna al Estado la función de dirección general de la economía y la facultad de intervenir en las fallas del mercado y promover el desarrollo”[317]. En estos términos, el modelo de economía social de mercado tiene como propósito “conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial, con el interés general y el funcionamiento de los mercados para lograr la satisfacción de las necesidades de toda la población”.

El reconocimiento de las libertades económicas en la Constitución. El artículo 333 de la Constitución garantiza el ejercicio de las libertades económicas de los ciudadanos. Al respecto, dispone que “[l]a actividad económica y la iniciativa privada gozan de la protección de los límites del bien común”. Las libertades económicas son derechos constitucionales que facultan a la persona para el ejercicio de actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. La Corte Constitucional ha precisado que estas libertades no son, per se, derechos fundamentales[320], por ser derechos particulares por motivos de interés público”[321] y (ii) el constituyente fijó límites concretos a su ejercicio “en relación con el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”[322]. Sin embargo, es posible predicar su ius-fundamentalidad “en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental”.

La jurisprudencia constitucional[324] ha indicado que existen principalmente dos tipos de libertades económicas: la libre competencia y el derecho a la libertad de empresa.



El derecho a la libre competencia. El inciso 2º del artículo 333 de la Constitución prevé que “[l]a libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades”. La libre competencia tiene una faceta individual y una faceta colectiva. La faceta individual, consiste en la “facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos en la producción a la conquista de un mercado”[327]. Es un derecho subjetivo de carácter relacional que surge en el ejercicio de las acciones individuales”[328] de los competidores al interior de un determinado mercado de bienes o servicios.

El ámbito de protección del derecho a la libre competencia en su faceta individual comprende fundamentalmente dos aspectos: la facultad de concurrir libremente al mercado “sin barreras injustificadas” y la protección de las “condiciones restrictivas”[331] o factores que “impidan, dificulten o retrasen considerablemente el acceso de los competidores a un mercado determinado”[332]. Estas barreras pueden ser jurídicas, estructurales[333] o de hecho.

económicas[335], y técnicas, entre otras[336]. Segundo, la prerrogativa de participar en el mercado “los demás competidores”[337]. Esta prerrogativa es una manifestación del principio de igualdad en económicas que (i) exige que existan “pautas o reglas de juego generales e impersonales”[338] apli (ii) impide que la ley otorgue “ventajas competitivas”[339], “privilegios injustificados”[340], “ben “cargas diferenciadas irrazonables”[342] que sitúen a uno de los competidores en una posición de i formar y mantener una clientela.

En su faceta colectiva, por su parte, el derecho a la libre competencia tiene como objeto proteger “l considerada”[344] y “el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados”[345]. Lo anterior, ba de mercados en competencia conduce a (i) garantizar la facultad de los consumidores de “contratar condiciones dentro del marco de la ley[346] y, de esta forma, beneficiarse “de las ventajas de la plu precio y calidad de los bienes y servicios”[347]; (ii) evitar la creación de monopolios[348], (iii) red productos”[349] y (iv) asegurar la innovación tecnológica. La libre competencia, en su faceta colec los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado”.

El derecho a la libertad de empresa. La libertad de empresa es un derecho subjetivo por virtud del c facultad de realizar actividades económicas y de escoger libremente “las técnicas que se deben utili servicios [y] los métodos de gestión”[351] y que consideran apropiadas para la “obtención de un be derecho protege, principalmente, la libre iniciativa privada y la libertad contractual[353]. La libre in prerrogativa de crear empresa, es decir, “de emprender y acometer”[354] una actividad económica. su parte, supone que los particulares, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, gozan de regulación”[355] que les permite “celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la “determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos”[357]. E ha señalado que a la libertad contractual se adscribe la facultad de (i) “celebrar contratos o no celeb amplia libertad “el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos”[359] y (iii) “crear

La intervención del Estado en la economía y las restricciones a las libertades económicas

Las libertades económicas no son derechos absolutos. La Constitución dispone que en virtud de la t en la economía el legislador está facultado para delimitar su alcance y restringir su ejercicio con el i interés general. En concreto, el artículo 333 de la Constitución prevé que “la ley delimitará el alcan así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Asimismo, el artíc dirección de la economía está a cargo del Estado y que este intervendrá por “mandato de ley” en las económicas: (i) la explotación de los recursos naturales, (ii) el uso del suelo, (iii) la producción, dis los bienes, y (iv) la prestación de los servicios públicos y privados. Asimismo, establece que las ley deben tener como objeto “racionalizar la economía”[361] y conseguir que el desarrollo de las activi “el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportuni: y la preservación de un ambiente sano”.

La intervención en la economía se lleva a cabo por diferentes autoridades públicas (Congreso, Pres regulación etc.) y mediante diversos instrumentos de intervención (ley, reglamento, resolución)[36: pueden ser clasificados en atención a su alcance, el objeto de la intervención y las finalidades que p atención a su alcance, la intervención puede ser global “cuando incide en la economía como un tod relaciona con un ámbito económico particular”[366]. En cuanto a su objeto, “la intervención puede intervención sobre la actividad de agentes económicos, o indirecta, cuando recae sobre el resultado parte, de acuerdo con sus finalidades, la intervención en la economía puede ser (i) conformativa, si formalización y funcionamiento de los actores económicos”[368]; (ii) finalística, en aquellos event objetivos generales o las metas concretas a los cuales han de propender los actores económicos”[36 “propia mente fija las reglas de juego del mercado o de un sector económico”.

En atención a la naturaleza de la norma que se analiza en el presente caso, a continuación, la Corte intervenciones específicas: (i) la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (Ley del PND), (ii) las leyes que regulan los servicios públicos y establecen reglas para su prestación y (iii) las normas que intervienen en la economía con el fin de proteger el ambiente y fomentar el desarrollo sostenible.

(i) La Ley del plan Nacional de Desarrollo como instrumento de intervención económica. El artículo 150.23 de la Constitución dispone que “[h]abrará un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y una parte instrumental, las cuales serán adoptadas por el Gobierno”. La parte general contiene los propósitos y objetivos, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y “las estrategias y orientaciones generales de política social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno”. El plan de inversiones públicas, por medio de los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional, asigna los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad. La Corte ha establecido que la Ley del PND además de la parte general y el plan de inversiones públicas, contiene las partes instrumentales las cuales son “medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de las mismas y se implementan a través de artículos específicos dentro del mismo plan.

La Ley del PND es “una de las manifestaciones más importantes de la dirección de la economía por parte del Estado en la economía mediante la Ley del PND se da en, primer término, por medio de la fijación de política macroeconómica a largo plazo en la parte general. La fijación de estos objetivos es función de planeación”[373] que permite que el Estado estructure “una política económica para un cierto período”[374]. Asimismo, esta intervención se implementa mediante instrumentos de regulación de actividades económicas contenidos en las normas de la parte instrumental, tendientes a favorecer o desestimar actividades económicas, no sólo económicas, sino también sociales o ambientales que se ha estimado deseable alcanzar.

La Corte Constitucional ha resaltado que una de las estrategias o instrumentos de intervención económica en la Ley del PND son las leyes o políticas de fomento económico[376]. Las leyes o políticas de fomento económico mediante las cuales el legislador promueve el desarrollo empresarial mediante el otorgamiento de estímulos, beneficios o incentivos diferenciados “a personas dedicadas a invertir recursos económicos en actividades consideradas productivas y, por lo mismo, benéficas para el desarrollo económico y la prosperidad social. Las políticas de fomento pueden tener diferentes objetivos tales como favorecer “la industrialización de una región”[378], desestimar ciertas iniciativas y empresas, “ya sea por una excesiva oferta en el mercado que perjudica la competitividad en términos de absorción de determinadas materias primas o recursos financieros, así como el crecimiento de determinados agentes económicos en alguna industria”[379].

Las políticas de fomento suponen un trato diferenciado entre agentes económicos, sin embargo, no vulneran los derechos a la igualdad, la libre competencia y la libertad de empresa[381]. La Constitución fomenta aquellas actividades económicas que contribuyen a alcanzar el desarrollo económico y desestiman aquellas actividades que producen efectos indeseados. Con fundamento en estas disposiciones la Corte ha declarado la constitucionalidad de normas que, por ejemplo, (i) otorgan beneficios para acceder al crédito a cierto grupo de empresarios[382], (ii) benefician las inversiones económicas con contratos de estabilidad jurídica[383], (iii) crean un sistema de estímulos e incentivos para la producción y de investigación y desarrollo de pequeños y medianos productores agropecuarios[384]; y (iv) conceden incentivos a mineros informales con el objeto de promover el desarrollo de la minería informal como un medio para regularizar el aprovechamiento de este recurso e instrumento de prevención.

(ii) Las normas que fijan el régimen de los servicios públicos como instrumentos de intervención económica. El artículo 150.23 de la Constitución dispone que corresponde al Congreso expedir las leyes que regulen los servicios públicos. Asimismo, los artículos 365 y 367 ibidem prescriben que “[l]os servicios públicos estarán regulados por la ley” y que esta fijará “las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de eficiencia y equidad.”

redistribución de ingresos”.

La Constitución le otorga al legislador la facultad de diseñar el régimen jurídico de los servicios públicos “social” [386] como en su “dimensión económica”[387]. La regulación de la dimensión social tiene en cuenta las necesidades básicas insatisfechas, (ii) asegurar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los derechos y deberes de los usuarios[388]. La regulación de la dimensión económica, por su parte, configura el modelo económico de prestación de los servicios públicos. El artículo 365 de la Constitución prevé que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por particulares o por comunidades organizadas. De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el legislador cuenta con un amplio margen para adoptar el esquema de prestación que considere adecuado. En concreto, este margen le permite optar por un modelo regulado en el que los servicios son prestados directamente por particulares que compiten en un mercado regulado con las reglas y condiciones fijadas por el regulador, o (ii) un modelo en el que “se excluyan a los particulares de la prestación directa”.

En los modelos de prestación de libertad regulada, la actividad económica de prestación de los servicios públicos por parte de particulares está constitucionalmente amparada por las libertades económicas y, en particular, por la libertad de competencia[390]. Sin embargo, el ámbito de protección de las libertades económicas en este sector tiene ciertas limitaciones por razones. Primero, porque la prestación de los servicios públicos es una “actividad inherente a la función pública”[391] y, por lo tanto, cuando los agentes privados adelantan esta actividad desarrollan una función social que (i) beneficia a la colectividad que supera los propios del [prestador]”[392] y (ii) tiene como objetivo prioritario el interés público”[393], no la mera obtención de utilidades y rentabilidad por parte del agente privado.

Segundo, la Corte Constitucional ha precisado que en materia de servicios públicos el legislador puede imponer restricciones reforzadas”[394] que “se extiende[n] a todos los aspectos de su prestación, vigilancia y control”[395]. Los servicios públicos pueden ser prestados por los particulares, “el logro de las finalidades sociales que persiguen los servicios públicos es totalmente librada a las condiciones del mercado”[396]. En los modelos de libertad regulada el Estado puede intervenir para garantizar[397] la prestación eficiente (art. 365 de la CP) de los servicios y, en este sentido, la Constitución establece un mandato de intervención específico[398] que tiene por objeto preservar “la sana y transparente competencia y garantizar respuestas ágiles”[400] a las fallas del mercado y garantizar “condiciones de competitividad”[401]. El legislador puede intervenir en una “actividad económica [de prestación] considerada libre”[402] como para establecer “permisos o requisitos que limiten el ejercicio de las libertades económicas”[403] y (ii) como para imponer restricciones que tengan por objeto promover la prestación adecuada”.

Con fundamento en estas consideraciones, la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad del ejercicio de la libertad de empresa y la libre competencia de los prestadores de un servicio público[399]. En los casos C-2002, C-331 de 2003[406] y C-869 de 2010[407] la Corte concluyó que es legítimo que el legislador permita que los prestadores de escoger a qué oferente adquirir un determinado bien o servicio. Asimismo, en la sentencia C-109 de 2011 declaró la constitucionalidad del artículo 47 de la Ley 1753 de 2015 el cual confería a la ANTV la facultad de determinar el número de concesionarios de CANAL UNO y las condiciones de los contratos por medio de los cuales se otorgan. El Tribunal concluyó que la facultad conferida a la ANTV de determinar el número de concesionarios y las condiciones de los contratos no vulneraba las libertades económicas y constituía un ejercicio legítimo de la facultad re-

(iii) Intervención en la economía para proteger el medio ambiente y alcanzar un desarrollo sostenible. La Constitución dispone que el Estado intervendrá en la economía para alcanzar “la distribución equitativa de los recursos y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Asimismo, el artículo 80 ibídem establece que el Estado tiene la facultad de “manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, protección y sustitución”. La Corte Constitucional ha reconocido que el Estado está facultado para intervenir en la economía para proteger el medio ambiente y alcanzar un desarrollo sostenible[408]. El desarrollo sostenible es un concepto que implica que al Estado encontrar “un equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección del medio ambiente que las actuaciones presentes deben asegurar la posibilidad de aprovechamiento de los recursos en

parte de “la solidaridad intergeneracional”[410], en tanto busca armonizar las necesidades de las generaciones futuras al exigir que las decisiones de política pública tengan como fundamento una mirada sensata y ponderada de sus consecuencias futuras”[411] y no se basen en “una mirada limitada al presente”.

El desarrollo sostenible opera como un “parámetro que debe guiar la realización de las acciones”[412] y los instrumentos que tengan por objeto alcanzar el desarrollo económico, social y ambiental. Al respecto, se ha reconocido que el legislador cuenta con un amplio margen de acción “en la escogencia de fines y en la fijación de los objetivos de crecimiento económico con la protección del medio ambiente. Este amplio margen de acción que la Constitución protege la potestad de configuración del legislador para diseñar las políticas públicas de desarrollo y, en concreto, (i) resolver las tensiones que surgen entre el derecho al ambiente sano y el desarrollo económico y (ii) armonizar los intereses de las generaciones presentes con aquellos de las generaciones futuras. El principio de desarrollo sostenible exige que, al valorar la constitucionalidad de los instrumentos de política pública, el juez constitucional debe ser especialmente deferente con las valoraciones empíricas del legislador y, además, al evaluar los efectos de corto plazo [del instrumento], le corresponde tener una especial consideración hacia los efectos de largo plazo que permiten tener un panorama completo del problema constitucional”.

En tales términos, el modelo de economía social de mercado adoptado por la Constitución garantiza las libertades económicas por parte de los particulares que desarrollan actividades productivas. Sin embargo, el legislador para que, mediante la Ley del PND, intervenga en la economía y limite el ejercicio de esas libertades para incentivar la ejecución de actividades consideradas productivas y, por lo mismo, benéficas para el interés de la prosperidad general, (ii) garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos desde el punto de vista de la calidad y (iii) promover el desarrollo sostenible.

Límites a la intervención del Estado en el ejercicio de las libertades económicas

La potestad de intervención del legislador en la economía para fijar el alcance de las libertades económicas y los servicios públicos y fomentar el desarrollo sostenible, es amplia y reforzada, pero no ilimitada. De acuerdo con la Constitución[416], la intervención del legislador en estas materias debe obedecer a finalidades o fines que estén contemplados en la Constitución y debe atender los principios de razonabilidad y proporcionalidad. El cumplimiento de estos principios se evalúa mediante el test integrado de proporcionalidad. En términos generales, el test integrado de proporcionalidad requiere constatar que la norma de intervención económica objeto de escrutinio en efecto limita o restringe a los particulares el ejercicio de sus libertades económicas y servicios públicos de manera constitucional. Luego, la Corte debe evaluar si dichas limitaciones se encuentran justificadas desde el punto de vista de la proporcionalidad. Para ello, debe: (i) definir la intensidad del juicio a partir de la escala triádica: débil, intermedio o fuerte; (ii) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima, importante o imperiosa (de acuerdo con la intensidad del juicio); y (iii) analizar la proporcionalidad de la medida a partir de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo contenido varía “de conformidad con el nivel de intensidad”.

La Corte Constitucional ha sostenido que la constitucionalidad de las leyes de intervención económica se evalúa en primer lugar, a partir del test de proporcionalidad de intensidad débil[418]. Esto es así, dado que “la dirección de la economía corresponde al Estado”[419] y, por ello, el juez constitucional “debe respetar la autonomía de decisión invocadas por los órganos de representación política”[420] y aplicar un criterio de escrutinio de “intensidad débil”[421]. En virtud de este criterio, “sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales o incurre en mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, se declara la inconstitucionalidad de la norma”[422]. Sin embargo, este Tribunal ha reconocido que es procedente declarar la inconstitucionalidad intermedia, por excepción, en aquellos eventos en los que (i) “existe un indicio de arbitrariedad que afecta la libre competencia”[423] o (ii) la medida objeto de escrutinio fija “reglas bajo las cuales un particular debe pagar un servicio público”[424] que, en principio, podrían impactar la prestación eficiente de dicho servicio y “afectar las condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional”.

De este modo, en cada caso el juez constitucional debe determinar la intensidad del test a partir de,

magnitud de las afectaciones que el instrumento de intervención económica implica para el ejercicio de las libertades económicas y las restricciones que su implementación pueda causar al acceso de sujetos vulnerables a un determinado segmento del MEM.

(ii) Caso concreto

A continuación, la Corte analizará si el artículo 296 del PND satisface los requisitos que las normas que regulan la economía deben cumplir de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Para ello, en primer lugar limita el ejercicio de la libre competencia, la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libre competencia de los generadores y comercializadores de energía eléctrica que participan en el MEM. Luego, definirá la proporcionalidad que debe emplear para valorar si estas limitaciones, de existir, están justificadas y estudiará si la norma demandada satisface las exigencias del test de proporcionalidad que corresponde.

El artículo 296 del PND limita el ejercicio de las libertades económicas en el MEM

La Sala Plena encuentra que el artículo 296 del PND limita el ejercicio de (i) la libre competencia y la libertad de empresa en el MEM, por las razones que a continuación se exponen.

(i) La norma demandada limita la libre competencia, porque la obligación de compra que instituye restringe el ejercicio de las libertades económicas jurídicas adscritas a este derecho: (a) la facultad de los generadores de energía eléctrica de concurrir libremente al mercado de energía eléctrica en igualdad de condiciones de estos agentes de participar en “igualdad de condiciones”[426] en el MEM.

Primero, restringe la facultad de los generadores de energía eléctrica de concurrir libremente al mercado de energía eléctrica en igualdad de condiciones de estos agentes de participar en “igualdad de condiciones”[426] en el MEM. En consecuencia, la condición de acceso a un segmento del MEM (8-10%) que retrasa la entrada de nuevos competidores al mercado, limita la competencia en este mercado. **El mercado por el que los generadores de energía eléctrica deben producir y vender energía eléctrica para luego vender a los usuarios. Antes de la entrada en vigor de la norma demandada, el artículo 296 del PND permitía que los generadores compitieran por el 100% de este mercado ofertando energía eléctrica en igualdad de condiciones. Por esta razón, no todos los agentes generadores contaban con plantas de generación de FNCER. En consecuencia, la norma demandada es significativa en dicho régimen de prestación, por cuanto la obligación de compra impuesta a los generadores de energía eléctrica en el MEM en dos segmentos: (i) segmento en el que se transa energía proveniente de cualquier fuente de energía eléctrica en el segmento del MEM en el que sólo es posible comprar y vender energía proveniente de FNCER y (ii) segmento en el que los generadores ya no pueden competir por el 100% del MEM ofertando cualquier tipo de energía eléctrica. En consecuencia, los generadores de energía eléctrica en el segundo segmento deben producir y ofertar energía eléctrica proveniente de FNCER.**

La condición de ofertar energía proveniente de FNCER que la norma impone para que los generadores de energía eléctrica puedan competir en un segmento del MEM (8-10%) no constituye una barrera de entrada jurídica absoluta, porque se refiere a la tecnología de generación de [o tipo] de la energía vendida y no a las empresas”[427] y (ii) porque impide que un mismo generador cuente con plantas o facilidades convencionales de energía y, a la vez, con plantas de energía que funcionen con base en FNCER”[428]. Por lo tanto, “los generadores que usen, a la vez, FNCER y energía proveniente de cualquier fuente de energía eléctrica pueden competir con otros propietarios de plantas a base de FNCER dentro del MEM”[429]. Sin embargo, sí supone una condición de acceso que limita la libertad de competencia y retrasa la entrada de nuevos competidores al mercado. Esto es así, porque el desarrollo de proyectos de FNCER requiere de inversiones cuantiosas dada la naturaleza de estas fuentes y los riesgos financieros que deben ser utilizados para generar energía proveniente de estas fuentes y los riesgos financieros que enfrentan[430]. Asimismo, para poder entrar en operación, estos proyectos deben pasar por “periodos de construcción” (licencia ambiental, permisos ICANH, consultas previas, si hay lugar a ello, entre otros), suministro de energía eléctrica y otros requisitos. En criterio de la Sala Plena, estos altos costos de inversión y los prolongados periodos de construcción de estas plantas, prima facie[432], como condiciones estructurales, institucionales y económicas que retrasan la entrada de nuevos competidores, lo cual, a su vez, limita la competencia en este segmento del MEM.

Segundo, la norma otorga una ventaja competitiva a los generadores de FNCER que afecta, por lo tanto, la libre competencia y la libertad de empresa en el MEM.

de otros competidores de participar en “igualdad de condiciones”[433] en el MEM, la cual es una p en el ejercicio de las libertades económicas. Esta ventaja competitiva consiste en que aquellos gene expedición de la norma, ya tenían plantas de generación de FNCER o ya contaban con proyectos de de estas fuentes en curso, podrían competir por el 100% del MEM. En cambio, los generadores de (que no tuvieran estas plantas o no fueran desarrolladores de proyectos de generación con FNCER ú 90%-92%. En este sentido, a pesar de que todos los generadores producen el mismo bien (energía) económica (venta de energía en el MEM), la norma les otorga un trato diferenciado, pues permite q compitan por una porción mayor del mercado. Al respecto, la Sala Plena resalta que la norma dema compra deberá cumplirse mediante contratos de FNCER de largo plazo[434]. Así, una vez los conti posible que nuevos generadores entren a competir en dicho segmento del MEM una vez el plazo de sitúa a los generadores que son asignados en una posición de relativa superioridad para conquistar l utilidades, porque, durante el plazo de vigencia de estos contratos, estos tendrán una demanda ciert riesgo de demanda.

(ii) La norma demandada limita el derecho a la libertad de empresa, puesto que afecta dos posiciones derecho: la libre iniciativa privada y la libertad contractual. En primer lugar, la norma restringe la l impide a los generadores de energía escoger libremente “las técnicas que se deben utilizar en la pro [y] los métodos de gestión”[436]. Esto, dado que, se reitera, les impone la obligación de producir e como condición para poder competir en un segmento del MEM. En segundo lugar, el artículo 296 c contractual, en tanto impide que los comercializadores escojan a cuál generador de energía proveni porque, en los mecanismos de asignación y despacho centralizado de energía, es la entidad regulad de las ofertas, determina el generador que será despachado y con base en ello asigna los contratos. l son asignados en mecanismos regulados, la norma restringe la potestad de los agentes comercializa modalidad del contrato mediante el cual perfeccionarán las transacciones de energía, (ii) pactar el c acordar el plazo de los contratos. Estos elementos, serán fijados por el regulador. Asimismo, la nor libremente los precios de la energía eléctrica. En efecto, en los mecanismos de “mercado” los agent el precio, puesto que, por definición, es un mecanismo que no permite que los participantes manipu Consecuentemente, los precios resultan de la negociación anónima (y objetiva) entre oferentes y de

La Corte debe aplicar un test de intensidad débil

La Sala Plena considera que para examinar si las limitaciones que el artículo 296 del PND impone constitucionales, debe aplicar el test de proporcionalidad de intensidad débil. Lo anterior, por dos r demandada es una norma de intervención económica que busca fomentar el desarrollo sostenible. C Constitución ha consagrado que la dirección de la economía corresponde al Estado”[438]. Esto imp constitucional de estos instrumentos de intervención, el juez constitucional “debe respetar las razon los órganos de representación política”[439] y aplicar un criterio de escrutinio de “inconstituali escrutinio de intensidad débil. Segundo, en materia de servicios públicos, el legislador cuenta con “ reforzadas”[441] que “se extiende[n] a todos los aspectos de su prestación, vigilancia y control”[44 reforzada supone que el legislador cuenta con un margen de acción amplio para diseñar la regulaci estos servicios.

La Corte considera que en este caso no se presentan ninguna de las circunstancias excepcionales qu de intensidad intermedia. De un lado, la norma no afecta gravemente el derecho a libre competenci de este derecho es reducido cuando el desarrollo de la actividad económica que protege es la presta actividades económicas de prestación son altamente reguladas por el Estado en razón de las finalid que los servicios públicos persiguen y, por ello, el establecimiento de ciertas condiciones y requisit deben cumplir, son comunes en este tipo de actividades. Además, la Sala Plena reitera que la limita ejercicio de las libertades económicas en el MEM es leve, pues (i) no impone una barrera de entrad

acceso cuyo cumplimiento exige a los generadores únicamente retrasa la entrada de nuevos competidores al mercado de energía eléctrica y por un tiempo determinado y (iii) sólo restringe la libertad de contratación de los agentes del mercado y los mecanismos de contratación en este mercado: los contratos bilaterales de FNCER a largo plazo. La libertad de contratación y la ejecución de los contratos en bolsa y los contratos bilaterales ordinarios se mantiene inalterada. Dadas las alternativas expuestas en precedencia la norma no afecta, siquiera prima facie, la prestación eficiente de la actividad de acceso de usuarios de bajos recursos al servicio público domiciliario de energía eléctrica.

En tales términos, la Sala Plena evaluará si el artículo 296 del PND supera el test de proporcionalidad y (ii) el medio que emplea no está prohibido por la Constitución y es proporcional a las finalidades. Por las razones que a continuación se exponen, la Corte encuentra que la norma es proporcional y compatible con la Constitución.

La norma persigue finalidades legítimas y el medio que emplea es potencialmente idóneo para su consecución

- La norma demandada persigue finalidades constitucionalmente legítimas

El artículo 296 del PND persigue cuatro finalidades. De un lado, una finalidad inmediata: fomentar la realización de proyectos de generación de energía proveniente de FNCER. De otro, tres finalidades “aumentar la competencia en el Mercado de Energía Mayorista”[443], (ii) contar con una matriz energética complementaria”[444] y (iii) “reducir las emisiones de carbono”[445] provenientes del sector eléctrico para contribuir a mitigar el cambio climático. La Corte considera que estas finalidades son constitucionales por las siguientes razones.

Primero, el desarrollo empresarial de proyectos de generación de energía proveniente de FNCER es un interés público puesto que el inciso 3 del artículo 333 de la Constitución dispone que uno de los intereses públicos del Estado en la economía es, precisamente, el “estimulo del desarrollo empresarial”[446]. La Corte declaró de manera expresa que el incentivo del desarrollo de las actividades de producción de energía convencionales de energía, especialmente aquellas de carácter renovable, es “un asunto de utilidad pública y de conveniencia nacional, fundamental para asegurar la diversificación del abastecimiento de energía oportuno, la competitividad de la economía colombiana, la protección del ambiente, el uso racional y preservación y conservación de los recursos naturales renovables”.

Segundo, la consecución de una matriz energética complementaria y resiliente está relacionada con el mandato constitucional de prestación eficiente de los servicios públicos (art. 365 de la CP). La política energética con estas características busca que el país cuente con “recursos diversos y complementarios para garantizar la adaptabilidad, flexibilidad y confiabilidad en el abastecimiento de energía eléctrica y reducir la dependencia de la matriz energética del país en la energía hidráulica profundiza la vulnerabilidad energética del país en la energía eléctrica (ver, párrs. 67 y 68 supra). Esta vulnerabilidad se traduce en dos riesgos: (i) la dependencia de la energía por la ocurrencia de cambios en el ciclo hidrológico y (ii) la dependencia de la matriz energética en contaminantes para complementar dicha generación. Así, el fomento de las inversiones en energías renovables para minimizar la vulnerabilidad energética del país de manera ambientalmente sostenible[449] contribuye a la seguridad energética.

Tercero, la reducción de las emisiones de carbono es un interés constitucional y público puesto que la Constitución garantiza la protección al medio ambiente y el derecho a un ambiente sano (art. 79 de la Constitución) en relación directa con el cumplimiento de las obligaciones internacionales de mitigación del cambio climático que la mitigación del cambio climático es una finalidad constitucionalmente legítima, dado que la mitigación del cambio climático es una preocupación común de toda la humanidad y que las emisiones de GEI producen “son una preocupación común de toda la humanidad y que las emisiones de GEI producen riesgos arduos e irreversibles para el medio ambiente, (ii) amenazan gravemente el desarrollo sostenible y la garantía de los derechos humanos.

Cuarto, el aumento de la competencia en el MEM, con el objeto de garantizar la eficiencia en la producción de energía eléctrica, es una finalidad constitucionalmente legítima, porque los artículos 10 y 11 de la Constitución establecen expresamente que la “racionalización de la economía” y la promoción de la competitividad son intereses públicos cuya protección exige la intervención del Estado en la economía.

En tales términos, la Sala Plena encuentra que el artículo 296 del PND persigue diversas finalidades legítimas y busca articular objetivos de política económica y ambiental del sector energético sostenible.

- El sistema de cuota de compra de energía es un instrumento que no está prohibido por la Constitución.

El sistema de cuota de compra de energía que la norma implementa es un instrumento de fomento de la producción de energía proveniente de FNCER que no está proscrito por la Constitución. Como se expuso, el legislador emplea instrumentos de intervención económica en la parte instrumental de la Ley del PND que otorguen incentivos a actividades económicas que se consideran “benéficas para el desarrollo económico y la prosperidad social” y regulaciones a la prestación de servicios públicos con el propósito contribuir a alcanzar las metas establecidas en las bases de esta ley. En este sentido, es legítimo que el legislador haya implementado un sistema de cuota de compra de energía proveniente de FNCER en el artículo 296 del PND con el objeto de alcanzar las metas previstas en la ley. En este sentido, la Corte constata que la obligación de compra de energía proveniente de FNCER guarda relación con la Sostenibilidad: producir conservando y conservar produciendo” que incluye como propósito “la meta (ii) el “Pacto por la Calidad y Eficiencia de Servicios Públicos: agua y energía para promover la competitividad de todos” que dispone que una de sus finalidades es conseguir “un sector energético más innovador, competitivo y sostenible” (iii) el “Pacto por los Recursos Minero-energéticos para el Crecimiento Sostenible y la Expansión Competitiva” que busca alcanzar un “desarrollo minero energético con responsabilidad ambiental y social”.

De otro lado, la Sala Plena encuentra que la obligación de compra de energía que el artículo 296 del PND establece por cuatro razones. Primero, incentiva la generación de energía proveniente de FNCER, pues ayuda a superar los costos que se enfrentaba el desarrollo de proyectos de generación con estas fuentes. Segundo, contribuye a la complementariedad de la matriz energética, dado que permite que, en periodos de sequía, la generación de energía se reemplace, por lo menos en algún grado, con la energía eólica y solar. Tercero, la norma reduce los costos de generación provenientes del sector eléctrico. Cuarto, incrementa la competencia y eficiencia en el MEM, porque atrae nuevos competidores a este mercado y (ii) reduce los riesgos de incremento del precio de la energía durante periodos de sequía.

(i) La obligación de compra es un medio idóneo para incentivar la generación de energía proveniente de FNCER. Este instrumento regulatorio que (i) se ajusta a las necesidades financieras de los proyectos de generación de energía y (ii) incrementa la participación de las energías renovables en la matriz energética del país.

En respuesta al auto de pruebas, el MinMinas y la CREG informaron a la Corte que para el año 2020 la participación de estas fuentes en la matriz energética era muy baja, pues sólo representaba el 2.5% de la capacidad instalada (oferta disponible).

La baja participación de estas fuentes se debía a que la naturaleza de los recursos de generación de energía renovable y los generadores de energía de estas fuentes compitan en la bolsa de energía. Esto es así, porque la generación de las plantas de generación eólica (viento) y solar (irradiación solar) es altamente variable y los generadores que producen energía de estas fuentes no pueden “comprometerse con un programa de generación de energía” que necesita el Operador del Mercado (XM) para satisfacer la demanda de energía (cambiante a lo largo del tiempo). Los contratos bilaterales de largo plazo ordinarios no se ajustaban a las necesidades financieras de los generadores de FNCER, puesto que no permitían garantizar una demanda cierta y, además, tenían un promedio de vida útil de 10 años. Este plazo era insuficiente para que los proyectos de FNCER alcanzaran su cierre financiero y se pagaran los costos en tanto no permitía que los flujos de caja del proyecto repagarán los créditos y produjeran un margen de utilidad que el desarrollador que incentivara la inversión.

La Sala Plena constata que el sistema de cuota de compra de energía que la norma introduce constituye una “señal a los desarrolladores de proyectos de FNCER y bancos de que existe una demanda cierta en las subastas, lo cual favorece a la bancabilidad de estos y las condiciones crediticias con dichos bancos. Precisamente por esta razón, en la actualidad más de 100 jurisdicciones han adoptado sistemas de compra de energía. El artículo 296 del PND introdujo [454]. De otro lado, el requisito consistente en que los contratos de compra de energía deben ser de “largo plazo”, contribuye a que los proyectos de generación de FNCER “de largo plazo y que así estos puedan ser financiados y por ende desarrollados” [455]. De acuerdo con el Gobierno en respuesta al auto de pruebas, un incremento de 3 años en el flujo de caja de los contratos adicionales de rentabilidad para el accionista/inversionista. Este incremento en la rentabilidad, a su vez, reduce el riesgo de sostenibilidad financiera de los proyectos” [456] y permite “ofrecer menores precios de compra a mayor plazo le permite [al accionista] tomar deuda a mayor plazo y por un monto mayor” [457]. La situación:

La Corte encuentra que la idoneidad del sistema de cuota de compra como instrumento de fomento de la generación de FNCER quedó demostrada con los resultados de la primera subasta de contratos de energía que se realizó de lo dispuesto en el artículo 296 del PND (subasta CLPE No. 02 de 2019, 22 de octubre de 2019) [458]. En esta subasta, la oferta de energía proveniente de fuentes eólicas y solares que realizaron los participantes excedió el “demanda objetivo” que había sido originalmente propuesta por el MinMinas. Asimismo, esta entidad asignó contratos a 4 promotores (AES, TRINA, EDPR y CELSIA) [460], quienes se comprometieron a cubrir la demanda total del sistema mediante proyectos de generación de energía eólica y solar. Esta asignación de las FNCER en la matriz energética se incrementó del 2.5% al 8% para el año 2022. En particular, las aportadas por el MinMinas y la CREG, el 8% de la demanda de los comercializadores del MEM se cubrirá con proyectos de FNCER: (i) los proyectos de generación de energía eólica y solar que fueron asignados; (ii) los pequeños aprovechamientos hidráulicos (1.3%); y (iii) la energía generada a partir de biogases. En estos términos, la Corte concluye que la obligación de compra es un instrumento regulatorio adecuado para promover la generación proveniente de estas fuentes e incrementar su participación en el MEM.

(ii) La norma demandada contribuye efectivamente a contar con una matriz energética complementaria. La matriz energética colombiana presenta una baja complementariedad y es poco resiliente a los fenómenos de escasez de agua. No es complementaria dado que “se encuentra altamente concentrada” [463] en fuentes de generación de energía hidroeléctrica. En julio de 2020 la energía hidráulica tenía una participación en la matriz del 67,12%:

Esta alta dependencia en la generación hidráulica impide, a su vez, que la matriz sea resiliente a los fenómenos de escasez de agua. La energía hidroeléctrica se obtiene “de la energía cinética y potencial de la corriente del agua o los saltos de agua durante los periodos de escasez de lluvia la generación de energía proveniente de esta fuente “se refleja en la seguridad energética pues causa graves “afectaciones en la prestación del servicio público de energía eléctrica para el abastecimiento de combustibles [carbón y gas] para las plantas térmicas” es un problema de riesgos frente al suministro oportuno”.

La norma demandada es una medida idónea para responder a estas problemáticas y contribuye a aumentar la resiliencia de la matriz energética [469], porque existen “patrones de complementariedad entre los recursos eólicos e hídricos” [470]. La CREG y el MinMinas presentaron estudios que demuestran que las fuentes de energía eólica y solar (radiación solar) “presentan comportamientos inversos a la del recurso hídrico de energía hidroeléctrica ante periodos de baja hidrología que se caracterizan por la ausencia de lluvias y bajos índices de niveles de irradiación solar” [472]. De la misma forma, la siguiente gráfica muestra que los periodos de baja hidrología coinciden con aquellos meses de verano (enero a abril) en los que comúnmente se presentan las sequías.

En síntesis, al fomentar la generación de energía solar y eólica, la norma demandada contribuye a que, en periodos de escasez de lluvias, los generadores de energía provenientes de estas fuentes puedan brindar una alta

generación y suministro de energía eléctrica, de manera que se reduzcan las emisiones de GEI al mercado ni la confiabilidad de la prestación del servicio” [486] y (ii) propender porque la oferta eléctrica tenga en cuenta las externalidades que la actividad económica de generación de energía eléctrica causa a la economía, el medio ambiente y la sociedad. Las externalidades son los “los impactos que la actividad económica causa a la sociedad o a un tercero”[487]. Estas serán negativas si los impactos son aditivos y beneficiosos si los impactos son aditivos.

La prestación eficiente del servicio de generación de energía eléctrica en Colombia se ve afectada por los periodos de escasez de lluvias. Esto es así, porque en estos periodos la energía producida se reemplaza por la energía producida con plantas térmicas. La generación de energía de fuentes fósiles que pueden ser calificadas como externalidades negativas, dado que no son “internalizadas por los generadores térmicos en la actualidad”[488]. Además, durante los periodos de sequía, el precio de la energía se incrementa sustancialmente, puesto que las plantas térmicas “operan con combustibles más costosos, es decir, petróleo y gas natural, que fue lo que ocurrió en la crisis energética del fenómeno de “El Niño” en los años 1992 y 1993, y más recientemente en 2015, en los que el precio de la energía se incrementó como resultado de estos fenómenos climáticos.”

El sistema de cuota que la norma implementa, al fomentar efectivamente la generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, permite que los desarrolladores de proyectos con estas fuentes puedan brindar una alternativa de generación de energía que no sea necesario acudir, exclusivamente, a las plantas térmicas. Esto aumenta la adaptabilidad del sistema porque contribuye a evitar que el precio de la energía se incremente y reduce las externalidades ambientales de las emisiones de CO₂ que resultan de la generación de energía con combustibles líquidos.

En síntesis, el artículo 296 del PND es constitucional, dado que la norma instituye un instrumento de gestión energética (MEM -sistema de cuota de compra de energía eléctrica- que promueve el desarrollo sostenible y es favorable para el ejercicio de las libertades económicas por parte de los generadores del MEM son compensadas ampliamente por los beneficios de mediano y largo plazo de la obligación de compra plausiblemente producirá para la eficiencia y competitividad del sector energético y la mitigación del cambio climático.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

El 16 de octubre de 2019, el ciudadano Hugo Palacios Mejía presentó acción pública de inconstitucionalidad de la Ley 1955 de 2019. El actor consideraba que esta norma vulneraba: (i) el principio de reserva de ley, (ii) el principio de igualdad de competencia, (iii) el derecho a la igualdad y a la libre competencia, (iv) el derecho a la iniciativa privada y (v) el mandato de prestación eficiente de los servicios públicos y la finalidad social del Estado. Solicitó a la Corte declarar la inexecutable la disposición demandada.

En primer lugar, la Corte valoró la aptitud sustancial de los cargos formulados por el demandante. Los cargos (i) el cargo primero por desconocimiento del principio de reserva de ley, (ii) el cargo segundo por violación del principio de igualdad de competencia, (iii) el cargo tercero por violación de la libertad de empresa, la libre iniciativa contractual y (iv) el cargo cuarto, en lo que se refiere a la vulneración de los derechos a la igualdad y a la libre competencia de los comercializadores mayoristas no era apto, en tanto que el cargo quinto por desconocimiento del mandato de prestación eficiente de los servicios públicos y la finalidad social del Estado no satisfacía las exigencias argumentativas de certeza, pertinencia y suficiencia para emitir un pronunciamiento frente a estas acusaciones.

En segundo lugar, la Sala Plena adelantó el estudio de fondo de los cargos que superaron el examen de admisibilidad. Cada uno de ellos resolvió lo siguiente:

Cargo primero por violación del principio de reserva de ley. La Corte reconoció que artículo materias que, en abstracto, están sujetas a la reserva de ley aplicable a la regulación de los servicios públicos y las libertades económicas por parte de los particulares que concurren a su prestación. Sin embargo, el artículo 296 del PND no desconoce la reserva legal aplicable a estas materias, por cuanto (i) define los términos de la obligación de compra de energía, (ii) ordena al MinMinas reglamentar aspectos técnicos y modalidades de cumplimiento de dicha obligación y (iii) fija criterios inteligibles y reglas mínimas de regulación.

Cargo segundo por desconocimiento de la potestad reglamentaria del Presidente. La Sala Plena del PND no desconoce la potestad reglamentaria del Presidente (arts. 189 y 370 de la CP), por lo que la Corte Constitucional ha sostenido que el legislador está facultado para atribuir potestad reglamentaria a los ministros de forma directa. Segundo, la orden de reglamentar que el inciso 1º impone al MinMinas (i) no supone un desplazamiento de la potestad reglamentaria del Presidente a este ministerio y (ii) no limita la potestad del Presidente de vincular a otras autoridades en el proceso de reglamentación de la obligación de compra. Tercero, la norma demandada no desconoce la atribución directa de potestad reglamentaria a los ministros, puesto que (i) le ordena reglamentar dentro de la órbita de sus competencias y (ii) no supone un vaciamiento de las competencias de otras autoridades del sector eléctrico. Cuarto, el artículo 296 del PND no desconoce el carácter residual y subsidiario de la potestad del MinMinas, en tanto no le otorga una facultad autónoma que pueda ser ejercida sin consideración de los decretos reglamentarios que el Presidente ha expedido y expedirá en la materia.

Cargos tercero y cuarto por violación de las libertades económicas. La Corte encontró que el artículo 296 del PND limita el ejercicio de la libertad de competencia, la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y el comercio. Sin embargo, partiendo de la aplicación de un test de proporcionalidad de intensidad de las limitaciones eran compatibles con la Constitución y se encontraban justificadas. Esto, en tanto que (i) persigue finalidades constitucionales legítimas y (ii) implementa un medio idóneo -sistema de cuota de compra de energía de FNCER- para alcanzarlas. La Sala Plena consideró que las afectaciones leves que, en el cumplimiento de la obligación de compra de energía proveniente de FNCER implica para el ejercicio de las libertades de los comercializadores y generadores del MEM, son compensadas ampliamente por los beneficios de la implementación que el sistema de cuota de compra de energía producirá para la eficiencia y seguridad energética, la adaptabilidad de la matriz energética y la mitigación del cambio climático.

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019, por la cual se adopta el Plan de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad".

ANTONIO JOSE LIZARAZO OCAMPO

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] En particular, el magistrado sustanciador admitió los siguientes cargos: (i) cargo por vulneración al principio de reserva de ley, (ii) cargo por vulneración al principio de igualdad y a la libre competencia económica y la iniciativa privada, (iii) cargo por vulneración al derecho a la igualdad y a la libre competencia económica y a la finalidad social del Estado y a la prestación eficiente de los servicios públicos.

[2] Escrito de demanda del 18 de octubre de 2019, pág. 3 (en adelante "Escrito de demanda").

[3] El demandante cita las sentencias C-228 de 1993, C-805 de 2001, C-917 de 2002, C-675 de 2003.

[4] Escrito de demanda, págs. 7-9. Ver también, Escrito de corrección de la demanda del 15 de noviembre de 2019, pág. 3 (en adelante, "Escrito de corrección de la demanda").

[5] Ley 143 de 1994, art. 11. "Mercado mayorista: es el mercado de grandes bloques de energía eléctrica que los comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con operación".

[6] Escrito de corrección de la demanda, pág. 15.

[7] Id., pág. 16.

[8] Escrito de corrección de la demanda, pág. 5.

[9] Id.

[10] Escrito de corrección de la demanda, pág. 10.

[11] Constitución Política, art. 189. "Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado ejercer la siguiente función: 17. Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos, Entes y Establecimientos Públicos".

[12] Escrito de corrección de la demanda, pág. 10.

[13] Id., pág. 9.

[14] El demandante se refiere a las sentencias C-1005 de 2008 y C-805 de 2001.

[15] Escrito de corrección de la demanda, pág. 8.

[16] Id., pág. 10.

[17] Id., pág. 8.

[18] Id.

[19] Escrito de corrección de la demanda, págs. 34-37.

[20] Id.

[21] Id.

[22] Id.

[23] El artículo 11 de la Ley 143 de 1994, define el MEM como "el mercado de grandes bloques: generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado reglamento de operación". De otro lado, el artículo 70 ibídem dispone que los agentes generadores en el MEM "gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia artículos 333, 334 y el inciso penúltimo del artículo 336 de la Constitución Nacional, y el artículo 3

[24] Sentencias C-870 de 2003, C-403 de 2010 y C-228 de 2010.

[25] Ley 1715 de 2014, art. 5. "Fuentes convencionales de energía. Son aquellos recursos de energía intensiva y ampliamente comercializados en el país".

[26] Ley 1715 de 2014, art. 5. "Fuentes No Convencionales de Energía Renovable (FNCER). Son a renovable disponibles a nivel mundial que son ambientalmente sostenibles, pero que en el país no se manera marginal y no se comercializan ampliamente. Se consideran FNCER la biomasa, los pequeños hidroeléctricos, la eólica, la geotérmica, la solar y los mares. Otras fuentes podrán ser consideradas la UPME".

[27] Escrito de demanda, pág. 36.

[28] Id.

[29] Id., pág. 38.

[30] Id.

[31] Escrito de demanda, pág. 39. Al respecto, el demandante argumenta que "[l]os comercializadores podrán beneficiarse, de la regla que contiene el artículo 42 de la Ley 143, según la cual "Las transacciones entre empresas generadoras, entre distribuidoras, entre aquéllas y éstas y entre todas ellas y las empresas de electricidad y los usuarios no regulados, son libres y serán remuneradas mediante los precios que a

[32] Id., pág. 26.

[33] Id.

[34] Escrito de corrección de la demanda, pág. 39.

[35] Escrito de corrección de la demanda, pág. 49.

[36] Sentencias C-150 de 2003 y C-736 de 2007.

[37] Escrito de corrección de la demanda, pág. 57.

[38] Id.

[39] Id., pág. 58.

[40] Escrito de corrección de la demanda, pág. 58.

[41] Id.

[42] Id.

[43] Escrito de corrección de la demanda, pág. 59.

[44] El magistrado sustanciador solicitó información a el Ministerio de Minas y Energía, Ministerio Sostenible, Departamento Nacional de Planeación, Comisión de Regulación de Energía y Gas (CRI Energética (UPME), Superintendencia de Industria y Comercio y Superintendencia de Servicios Pú

[45] Concepto del Procurador General de la Nación, escrito del 8 de octubre de 2020, pág. 6 (en ad

[46] Id., pág. 7.

[47] Id.

[48] Id., pág. 7.

[49] Id.

[50] Id.

[51] Id., pág. 8.

[52] Id., pág. 11.

[53] Id.

[54] Id.

[55] Id.

[56] Id., pág. 13.

[57] Id., pág. 12.

[58] Intervención SJP, pág. 5.

[59] Sentencia C-393 de 2019. Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-111 de 2006, C-929 de 2007, C-623 de 2008 y C-1123 de 2008.

- [60] Sentencia C-1052 de 2001. Reiterada en las sentencias C-247 de 2017, C-002 de 2018, C-087
- [61] Id.
- [62] Ib.
- [63] Ib.
- [64] Ib.
- [65] Sentencia C-049 de 2020.
- [66] Sentencia C-1052 de 2001, reiterada en las sentencias C-247 de 2017, C-002 de 2018, C-087 c
- [67] Id.
- [68] Sentencia C-1031 de 2002.
- [69] Sentencias C-826 de 2008, C-886 de 2010, C-240 de 2014 y C-002 de 2018.
- [70] Id.
- [71] Sentencia C-048 de 2004.
- [72] Sentencias C-085 de 2018 y C-112 de 2019, entre otras.
- [73] Sentencias C-560 de 2004 y C-441 de 2019, entre otras.
- [74] Id.
- [75] Sentencia C-034 de 2019.
- [76] Sentencias C-048 de 2004 y C-688 de 2017, entre otras.
- [77] Sentencia C-584 de 2016.
- [78] Sentencia C-016 de 2017.
- [79] Sentencia C-553 de 2016.
- [80] Id., pág. 27.
- [81] Intervención SJP, pág. 18.
- [82] Informe de pruebas CREG, pág. 5.
- [83] Id., pág. 16.
- [84] Id.
- [85] Id., pág. 14.
- [86] En particular, el actor hace referencia a las sentencias C-265 de 1994, C-263 de 2013 y C-265
- [87] Id., pág. 13.

[88] El Decreto 387 de 2007 "por medio del cual se establecen las políticas generales en relación con el servicio de energía eléctrica y se dictan otras disposiciones" y la Resolución CREG 121 de 2007 "por medio de la cual se define la comercialización minorista" y la Resolución CREG 121 de 2007 "por medio de la cual se define la comercialización minorista" consiste "en la intermediación comercial entre los agentes que prestan la transmisión y distribución de energía eléctrica y los usuarios finales de dichos servicios". Así, las referencias al término de "comercializadores minoristas" no para referirse a una categoría de sujetos comercializadores sino para referirse a los comercializadores que, después de comprar la energía en el MEM, desarrollan la comercialización minorista, es decir, la venta de energía a usuarios finales.

[89] Id., pág. 6.

[90] Informe de pruebas CREG, pág. 7.

[91] Id.

[92] Id.

[93] Informe de pruebas CREG, pág. 31.

[94] Informe de pruebas MinMinas, pág. 30. "De cara al caso concreto en la subasta de contratación se puede observar que los resultados de los precios obtenidos son cercanos a un treinta por ciento por encima de los bilaterales observados en el mercado al momento de su realización".

□

[95] Artículo 1(2) de la CMNUCC. Esta convención enlista los siguientes GEI: dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆).

[96] IPCC, 2013: Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Stocker, T.F., D. Qin, G.-K. Plattner, M. Tignor, A. Nauels, Y. Xia, V. Bex and P.M. Midgley (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, USA, 1535. Introducción, pág. 1 y ss.

[97] Id.

[98] Id.

[99] Naciones Unidas, Secretaría de la CMNUCC. El mundo necesita una rápida transición a la energía sostenible para 2021. <https://unfccc.int/es/news/el-mundo-necesita-una-rapida-transicion-a-la-energia-sostenible>

[100] IPCC, Quinto Informe de Evaluación. Sistemas de Energía, pág. 516 y ss.

[101] IRENA, Untapped Potential for Climate Action. Renewable Energy in Nationally Determined Contributions.

[102] ClimateWatch, Historical GHG Emissions Database. https://www.climatewatchdata.org/ghg-breakBy=countries&chartType=area&end_year=2017§ors=energy&start_year=1990

[103] Cfr. Id. Asimismo, ver Banco Mundial, Emisiones de CO₂ (kt) – Colombia. https://datos.bancomundial.org/indicador/EN.ATM.CO2E.KT?locations=CO&name_desc=false. Cuentas de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero. Desarrollo Sostenible. NDC actualizada de Colombia. 10 de diciembre de 2020.

[104] MinMinas Informe de pruebas, pág. 40.

[105] IPCC, Special Report: Global Warming of 1.5°C, pág. 53 y ss.

[106] Id.

[107] Id.

[108] Informe Stern: La economía del cambio climático, 30 de octubre de 2006, conclusiones.

[109] Id.

[110] Id.

[111] Id.

[112] Estos tratados fueron aprobados por Colombia mediante las leyes 160 de 1994 (CMNUCC), 1844 de 2017 (Acuerdo de París). Asimismo, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad en C-860 de 2001 y C-048 de 2018, respectivamente.

[113] Acuerdo de París, art. 2.

[114] Protocolo de Kyoto, art. 12. "El propósito del mecanismo para un desarrollo limpio es ayudar al anexo I a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como al anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, de acuerdo con el artículo 3".

[115] Acuerdo de París, art. 7.

[116] Id.

[117] MinAmbiente, Política Nacional de Cambio Climático, pág. 8.

[118] MinMinas, Informe de pruebas del 10 de agosto de 2020, pág. 44.

[119] MinAmbiente, NDC actualizada de Colombia. 10 de diciembre de 2020.

[120] Id.

[121] Id.

[122] Id.

[123] Id.

[124] Id.

[125] MinMinas. Plan Integral de Cambio Climático. <https://www.minenergia.gov.co/adaptacion#i>

[126] Informe de pruebas MinMinas, pág. 35.

[127] Id.

[128] Id.

[129] MinAmbiente, NDC actualizada de Colombia. 10 de diciembre de 2020.

[130] Naciones Unidas, Secretaría de la CMNUCC. El mundo necesita una rápida transición a la energía sostenible en 2021. <https://unfccc.int/es/news/el-mundo-necesita-una-rapida-transicion-a-la-energia-sostenible>

[131] Id.

[150] Intervención SJP, pág. 30. Resolución CREG, 024 de 1995, art. 1. "Generador. Persona natural eléctrica, que tiene por lo menos una central conectada al SIN con una capacidad efectiva total en los que tienen por lo menos una central de capacidad efectiva total menor o igual a 20 MW cc despachados centralmente". En la sentencia C-587 de 2014, la Corte Constitucional precisó que "la de energía eléctrica a partir del agua, aire o combustibles, mediante un proceso de transformación que hidráulicas, eólicas o térmicas".

[151] Ley 1715 de 2014, art. 5.15. Este artículo define las fuentes convencionales como "aquellos utilizados de forma intensiva y ampliamente comercializados en el país".

[152] Ley 1715 de 2014, art. 5.16. Este artículo define las fuentes no convencionales "aquellos a nivel mundial que son ambientalmente sostenibles, pero que en el país no son empleados o son utilizados comercializan ampliamente".

[153] Ley 1715 de 2014, art.17.

[154] Ley 1715 de 2014, art. 5.11. "Energía eólica. Energía obtenida a partir de aquella fuente no convencional que consiste en el movimiento de las masas de aire".

[155] Ley 1715 de 2014, art. 5.12. "Energía geotérmica. Energía obtenida a partir de aquella fuente renovable que consiste en el calor que yace del subsuelo terrestre".

[156] La Ley 1715 de 2014, art. 5.13. "Energía solar. Energía obtenida a partir de aquella fuente no convencional que consiste de la radiación electromagnética proveniente del sol".

[157] Sentencia C-587 de 2014.

[158] Id.

[159] Ley 143 de 1994, art 11.

[160] Informe de pruebas MinMinas, pág. 25.

[161] Grafica tomada de: <https://www.xm.com.co/Paginas/Mercado-de-energia/descripcion-del-sistema>

[162] Informe de Pruebas MinMinas, pág. 25.

[163] Resolución CREG 024 de 1995, art. 7.

[164] Laudo Arbitral, Energía del Río Piedras S.A. E.S.P. contra Empresas Públicas de Medellín E.S.P. también, CREG, Resolución 024 de 1995. Art. 7. "Operaciones en el Mercado Mayorista. En el mercado las siguientes operaciones: (...) b. Contratos de Energía en la Bolsa: Son aquellos que se celebran a través de la enajenación hora a hora de energía, y cuyos precios, cantidades, garantías, liquidación y recaudo se determinan por resolución y por el acuerdo de las partes en las reglas del SIC".

[165] Resolución CREG 024 de 1995, art. 1. Esta disposición prevé que la Bolsa de Energía es el mecanismo de comercialización del mercado mayorista ejecutan actos de intercambio de ofertas y demandas de energía y el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales ejecute los contratos resultantes en la bolsa y distribuya los valores monetarios correspondientes a las partes y a los transportadores".

[166] Ley 143 de 1994, art. 11. "Centro Nacional de Despacho: es la dependencia encargada de la operación integrada de los recursos de generación, interconexión y transmisión del sistema interconectado".

[167] Las condiciones de operación de este mecanismo se encuentran reguladas en la Resolución C

[168] Resolución CREG 003 de 2004, art. 3.

[169] CREG, Informe de pruebas del 5 de agosto de 2020, pág. 16 (en adelante "Informe de prueba

[170] Ley 143 de 1994, art. 11. Las transacciones que se perfeccionan mediante contratos a largo p
usuarios regulados o los usuarios no regulados. De acuerdo con la Resolución CREG 086 de 1996,
CREG 039 de 2001, en los contratos a largo plazo con destino a los usuarios no regulados las parte
energía libremente (mercado libre). En contraste, en los contratos dirigidos a usuarios regulados, el
pactado entre las partes (mercado regulado). Ver también, Laudo Arbitral, Energía del Río Piedras
Públicas de Medellín E.S.P, del 24 de mayo de 2018.

[171] Informe de pruebas MinMinas, pág. 2.

[172] Id., pág. 4.

[173] Laudo Arbitral, Energía del Río Piedras S.A. E.S.P. contra Empresas Públicas de Medellín E

[174] Id.

[175] Id.

[176] Informe de pruebas MinMinas, pág. 4. Ver también, Informe de pruebas CREG, pág. 4.

[177] Informe de pruebas CREG, pág. 5.

[178] Id.

[179] Id., pág. 7.

[180] Id.

[181] Informe de pruebas MinMinas, pág. 8.

[182] Id.

[183] Resoluciones MME 40590, 40591 de 2019 y 40725 de 2020.

[184] Informe de pruebas CREG, pág. 4.

[185] Estas resoluciones dispusieron que (i) el MinMinas determinaría una "demanda objetivo" es c
pretendía cubrir con FNCER, (ii) los contratos para atender esta demanda se adjudicarían a los gen
proceso de subasta voluntaria de dos puntas en sobre cerrado regulado por la UPME, (iii) los contra
lo contratado", (iv) el inicio de la obligación de suministro de energía de los generadores adjudicad
contratos tendrían un plazo de 15 años. De la misma forma, previeron que si la energía adjudicada
activaría un mecanismo complementario para asignar esta diferencia y adjudicar los contratos respe

[186] Escrito de corrección de la demanda, pág. 15.

[187] Intervención SJP, pág. 49.

[188] Id.

- [189] Sentencias C-1262 de 2005 y C-810 de 2014.
- [190] Sentencias C-400 de 2013 y C-412 de 2015.
- [191] Sentencia C-570 de 1997. Ver también, entre otras, la sentencia C-1191 de 2001.
- [192] Sentencias C-400 de 2013, C-507 de 2014, C-810 de 2014 y C-603 de 2019.
- [193] Sentencias C-228 de 2010 y C-400 de 2013. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 13 de octubre de 2016, Rad.: 15001233100020050378301, C.P. Roberto Augusto Serrato.
- [194] Sentencia C-810 de 2014. Ver también, sentencia C-791 de 2002.
- [195] Sentencia C-263 de 2013.
- [196] Sentencias C-974 de 2002 y C-690 de 2003.
- [197] Sentencia C-810 de 2014.
- [198] Id.
- [199] Sentencia C-690 de 2003.
- [200] Sentencia C-400 de 2013. Ver también, sentencia C-172 de 2014 "el margen de apreciación que tiene el legislador en buena medida del mayor o menor grado de detalle con el que la Carta constitucional se haya ocupado".
- [201] Sentencias C-234 de 2002 y C-690 de 2003. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, Rad. 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230) CP. M.
- [202] Sentencia C-150 de 2003.
- [203] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de agosto de 2013, Rad. 03-24-000-2013-00319-00A, C.P. Guillermo Vargas Ayala; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, Rad. 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230) C.P. M.
- [204] Sentencia C-172 de 2014.
- [205] Sentencia C-400 de 2013.
- [206] Sentencia C-400 de 2013. Ver también, sentencia C-333 de 2001.
- [207] Sentencias C-1005 de 2008 y C-400 de 2013.
- [208] Sentencia C-810 de 2014. Ver también, Sentencia C-1162 de 2000. "La regulación es básica y de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desbordado los poderes de Aquélla tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-prestación eficiente de los servicios".
- [209] Sentencia C-917 de 2002.
- [210] Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 26 de septiembre de 2019, Rad. 11001-03-2019-00012-01, C.P. Hernando Sánchez Sánchez. Ver también, Sentencia C-917 de 2002.
- [211] Sentencia C-917 de 2002.

[212] Sentencia C-265 de 2002. Reiterada en las sentencias C-150 de 2003 y C-263 de 2013.

[213] Sentencias C-265 de 2002 y C-150 de 2003.

[214] Id.

[215] Sentencia C-150 de 2003 y C-263 de 2013.

[216] Sentencia C-186 de 2011. Ver también, sentencias C-263 de 2011 y C-810 de 2014.

[217] Sentencia C-186 de 2011, C-263 de 2011 y C-810 de 2014. Ver también, Consejo de Estado, Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, Rad. 11001 03 26 000 1999 (Fajardo Gómez "[I]a potestad de reglamentación es mayor frente a aquellas leyes que, por mandato general, como sucede con las leyes marco y las leyes de intervención económica. En cambio, la potestad de desarrollo normativo (art. 189, ord. 11) suele tener una posibilidad más restringida, pues se trata de desarrollar leyes con un contenido concreto y preciso".

[218] Sentencia C-263 de 2013.

[219] Sentencias C-150 de 2003, C-186 de 2011 y C-810 de 2014.

[220] Id.

[221] Sentencia C-810 de 2014.

[222] Sentencia C-186 de 2011.

[223] Id.

[224] Ley 143 de 1994, art. 5.

[225] Ley 143 de 1994, art. 7.

[226] Sentencia C-263 de 2011.

[227] Intervención SJP, pág. 49.

[228] Id.

[229] UPME, Integración de las energías renovables no convencionales en Colombia, Bogotá, 2014. "La tecnología para el aprovechamiento de la energía eólica han venido reduciéndose en la medida en que las plantas se han venido incrementando, y en algunos casos se puede decir que están en la frontera de lo que se considera tradicional, los costos nivelados de la energía a partir de esta fuente aún pueden resultar relativamente altos debido a la variabilidad del recurso".

[230] La energía eólica se obtiene de la masa de los vientos y la solar fotovoltaica, de la irradiación solar son intermitentes y altamente variables en muchas zonas del país en atención a los factores geográficos y climáticos.

[231] CEDEC, Intervención del 9 de agosto de 2020, pág. 22.

[232] MinMinas, Informe de pruebas del 10 de agosto de 2020, pág. 14.

[233] Id.

[234] Informe de pruebas MinMinas, pág. 41.

(...) Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes de ejecución de las leyes'. Así las cosas, dicho funcionario no requiere de autorización alguna para derivar directamente de la Carta. Sin embargo, la Constitución alude al Reglamento en otros preceptos al ordenar que por medio de ley orgánica se expida el Reglamento del Congreso y de cada una de las leyes y reglamentos de la administración".

[252] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de mayo de 2010, Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00119-00. CP. Guillermo Vargas Ayala.

[253] La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han empleado diferentes expresiones para referirse a la potestad de expedir actos administrativos de contenido general y abstracto: "potestad regulatoria", "potestad de reglamentación" y "potestad reglamentaria". En la presente sentencia, la Corte emplea la expresión "potestad reglamentaria", dado que es el que ha sido utilizado por el Consejo de Estado en jurisprudencia reciente.

[254] Sentencia C-098 de 1997.

[255] Sentencia C-302 de 1999. Ver también, sentencia C-447 de 1996.

[256] Sentencia C-028 de 1997.

[257] Es necesario aclarar que la potestad reglamentaria no debe confundirse con la potestad del Presidente de la República de expedir "decretos autónomos" mediante "decretos autónomos" los cuales no están subordinados a ley previa.

[258] Sentencia C-302 de 1999. Ver también, sentencia C-028 de 1997.

[259] Id.

[260] Id.

[261] Id.

[262] Sentencia C-302 de 1999.

[263] Sentencias C-302 de 1999 y C-810 de 2014.

[264] Sentencia C-508 de 2002 y C-810 de 2014.

[265] Sentencia C-302 de 1999 y C-810 de 2014.

[266] Id.

[267] Sentencia C-098 de 1997.

[268] Id.

[269] Sentencia C-098 de 1997

[270] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 23 de abril radicado No. 00494-00(1976-12) CP. William Hernández.

[271] Sentencia C-917 de 2002.

[272] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de mayo de 2010, Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00119-00, CP., Guillermo Vargas Ayala; Consejo de I

Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 30 de octubre de 2019, Radicación número: 11001-0 CP. Jorge Octavio Ramírez.

[273] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del 16 de abril de 2015, Rad. (2223) CP. William Zambrano Cetina. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de agosto de 2000, Rad. 6096. CP. Juan Alberto Polo Figueroa.

[274] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de agosto de 2000, Rad. 11001-03-24-000-2010-00279-00, CP. Hernando Sánchez Sánchez. Es importante resaltar que en la sentencia del 20 de agosto de 2000, Rad. 6096. CP. Juan Alberto Polo Figueroa, el Consejo Constitucional indicó que la función de reglamentar y regular se puede manifestar en instrumentos que establezcan las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica; se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se ubican facultades de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos de actividad y el cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, no son de regulación, como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se encuentran múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de recibir recomendaciones provenientes de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los datos para sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de un superior; las recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de advertir del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los límites permitidos; dirigirlle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el reglamento; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas y de garantizar el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en el ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales; determinar qué facultades el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y que las facultades justifican su existencia".

[275] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2000, Rad. 11001-03-25-000-2012-00494-00(1976-12). CP. William Hernández Gómez.

[276] Id.

[277] Sentencias C-805 de 2001 y C-1005 de 2008. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 23 de abril de 2020 Radicado: 11001-03-25-000-2012-00494-00(1976-12).

[278] Sentencias C-805 de 2001 y C-1005 de 2008.

[279] Id.

[280] Sentencia C-1005 de 2008.

[281] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 16 de abril de 2015, Rad. 11001-03-06 CP. William Zambrano.

[282] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2000, Rad. 11001-03-25-000-2012-00494-00(1976-12). CP. William Hernández Gómez. "Ahora, con la sentencia del 20 de agosto de 2000, Rad. 6096. CP. Juan Alberto Polo Figueroa, el Consejo Constitucional ha interpretado que la ley no puede atribuir la potestad reglamentaria a otros órganos, como el presidente de la República, pues la radicación de aquella función la hace directamente la Constitución. La ley que conceda a los ministros la función de emitir normas generales de carácter técnico y especializada, sin que por ello, pueda entenderse disminuida la de aquel, no obstante, la ejecución de

a la ley y al reglamento general que expida el primer mandatario".

[283] Sentencia C-805 de 2001. Reiterada en las sentencias C-917 de 2002, C-571 de 2003 y C-100

[284] Sentencia C-1005 de 2008.

[285] Id.

[286] Sentencia C-805 de 2001.

[287] Sentencia C-1005 de 2008.

[288] Constitución Política, art. 189. "Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios de la Autoridad Administrativa: (...) 22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios

[289] Sentencia C-272 de 1998.

□

[290] Sentencia C-107 de 2013. "26. Todo lo anterior es relevante para resolver las cuestiones p término, en lo que respecta a la cuestión más general, debe decirse que la Constitución de 1991 no atribuye a la República toda la función de control sobre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No dice que el Presidente de la República sea, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la autoridad competente para controlar a las empresas de servicios domiciliarios. Tampoco utiliza fórmulas de reserva de la función de control sobre esos entes. Este dato no basta, por cierto, para descartar por completo el argumento. Pero si se tiene en cuenta en conjunto con otros elementos, tomados del contexto constitucional y de la Corte sí logra desestimar el cargo. 27. La Constitución de 1991 les atribuye a otras autoridades competentes relacionadas con el control sobre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. El artículo 270 es inequívoco en esto. Dice expresamente que es "el Estado", y no solamente el Presidente de la República. En la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios". Según jurisprudencia de esta Corte, cuando se refiere al "Estado" al que le corresponde el control sobre los servicios domiciliarios, se refiere no a un órgano específico, sino a los órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en el orden local. Y cuando establece que al Estado le compete mantener "el control y la vigilancia de dichos servicios públicos domiciliarios sobre la actividad que consiste en prestar los servicios, sino también a los sujetos y a los actos y decisiones relacionados con la prestación de los mismos".

[291] Sentencia C-172 de 2014.

[292] Id.

[293] Id.

[294] Id.

[295] Sentencias C-1162 de 2000 y C-389 de 2002.

□

[296] Decreto 570 de 2018. Art. 2.2.3.8.7.2. "Objetivos. El mecanismo del que trata el artículo 270 de la Constitución deberá procurar el cumplimiento de los siguientes objetivos: i) Fortalecer la resiliencia de la matriz energética ante eventos de variabilidad y cambio climático a través de la diversificación del riesgo. ii) Promover la eficiencia en la formación de precios a través de la contratación de largo plazo de proyectos de generación y/o existentes. iii) Mitigar los efectos de la variabilidad y cambio climático a través del aprovechamiento de la complementariedad de los recursos energéticos renovables disponibles, que permitan gestionar el riesgo de la futura de energía eléctrica. iv) Fomentar el desarrollo económico sostenible y fortalecer la seguridad energética.

las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) del sector de generación eléctrica de acuerdo con Colombia en la Cumbre Mundial de Cambio Climático en París (COP21)".

[297] Id.

[298] Escrito de demanda, pág. 36.

[299] Intervención de ANDEG, escrito del 10 de septiembre de 2020, pág. 3.

[300] Id., pág. 4.

[301] Id.

[302] Escrito de corrección de la demanda, pág. 39.

[303] Id., pág. 49.

[304] Intervención CEDEC, pág. 40.

[305] Intervención SJP, pág. 54.

[306] Id., pág. 25. En el mismo sentido, ver la Intervención del Grupo de Acciones Públicas de la U 10 de septiembre de 2020, pág. 4. El GAP argumenta que la norma no vulnera el derecho a la libre económica del Estado consagrada en la norma demanda "se justifica en tanto busca el cumplimiento las obligaciones en materia ambiental".

[307] Intervención SJP, pág. 98.

[308] Id., pág. 89.

[309] Id.

[310] Id.

[311] Intervención SJP, pág. 82. En el mismo sentido, el Procurador General de la Nación conceptu inmensa mayoría del mercado, apenas en el 8%, e incluso en este reducido porcentaje permite que l escojan el productor que deseen de los que cumplan los requisitos establecidos por el gobierno". C

[312] Sentencias C-074 de 1993, C-613 de 1996, C-010 de 2000, C-616 de 2001, T-583 de 2003, C 830 de 2010, C-263 de 2013, T-035 de 2017 y T-073 de 2017.

[313] Sentencia C-865 de 2004.

[314] Sentencia C-830 de 2010.

[315] Sentencia C-265 de 2019.

[316] Sentencia C-287 de 2009, reiterada en la sentencia C-837 de 2013.

[317] Sentencia C-263 de 2013.

[318] Sentencias C-313 de 2013, C-197 de 2017 y C-284 de 2017.

[319] Sentencias T-425 1992, C-616 de 2001 y C-263 de 2013.

- [320] Sentencias C-352 de 2009.
- [321] Sentencia C-197 de 2012.
- [322] Sentencia C-486 de 2009.
- [323] Sentencia SU-157 de 1999.
- [324] Sentencia C-616 de 2001.
- [325] Sentencia C-992 de 2006.
- [326] Sentencia C-228 de 2010.
- [327] Sentencia C-909 de 2012.
- [328] Sentencia C-228 de 2010. Ver también, sentencia C-616 de 2001. "Elemento característico de que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento de las libertades básicas".
- [329] Sentencias C-815 de 2001, C-389 de 2002, C-197 de 2012 y C-909 de 2012.
- [330] Sentencias C-228 de 2010 y C-947 de 2014.
- [331] Sentencias C-713 de 2009, C-300 de 2012 y C-359 de 2016.
- [332] Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 57600 del 28 de octubre de 2019. Ver Industria y Comercio, Resolución 81391 del 11 de diciembre de 2017.
- [333] La Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado que dentro las barreras estructurales iniciales, las economías de escala, los costos hundidos y el reconocimiento de marca, entre otros. Al 11 de diciembre de 2017.
- [334] La OCDE ha precisado que las barreras a la entrada pueden ser estructurales o estratégicas: las primeras son las condiciones básicas de la industria, mientras que las barreras estratégicas son aquellas creadas por los incumbentes para restringir la entrada de nuevos competidores. OCDE, *Barriers to Entry, Policy Report*.
- [335] Sentencia C-750 de 2008.
- [336] Id.
- [337] Sentencia C-992 de 2006.
- [338] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 9 de diciembre de 2016 (27-000-2016-00004-00 (22324)), CP. Jorge Octavio Ramírez.
- [339] Sentencia C-654 de 2003.
- [340] Sentencias C-350 de 1997, C-361 de 2002 y C-034 de 2015.
- [341] Sentencias C-150 de 2003 y C-263 de 2013.
- [342] Sentencia C-287 de 2009.
- [343] Sentencia C-032 de 2017.

[344] Sentencia C-815 de 2001.

[345] Sentencia C-321 de 2009.

[346] Sentencia C-616 de 2001.

[347] Sentencias C-815 de 2001 y C-389 de 2002.

[348] Sentencia C-432 de 2010.

[349] Id.

[350] Sentencia C-815 de 2001.

[351] Sentencias C-524 de 1995 y C-352 de 2009.

[352] Sentencia C-524 de 1995.

[353] Sentencia C-263 de 2013.

[354] Sentencias C-524 de 1995 y C-830 de 2010.

[355] Sentencia C-186 de 2011.

[356] Sentencia C-263 de 2013.

[357] Id.

[358] Sentencia C-345 de 2017.

[359] Id.

[360] Id.

[361] Constitución Política, art. 334.

[362] Id.

[363] Sentencia C-263 de 2013. Ver también, sentencia C-692 de 2007 "Cabe precisar, como ya lo ha sido en otras oportunidades, que la intervención del Estado en la economía se lleva a cabo a través de distintas autoridades públicas y a través de distintos mecanismos. El primero en cumplir con esa labor es el Congreso de la República, quien lo hace por medio de la potestad de configuración que le reconoce la Constitución en materia económica (modalidad de regulación que al legislador le corresponde: (i) dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios que el Gobierno para regular las actividades financieras, bursátiles, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos públicos; (ii) dictar las normas a las cuales el Gobierno debe sujetarse en el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le han sido atribuidas (C.P. arts. 150-8 y 150-19-d); (iii) dictar las normas que regulan la intervención económica del Estado (C.P. arts. 189-25, 334 y 335); (iv) dictar las normas que regulan el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos públicos; y (v) dictar las normas con sujeción a las cuales el Gobierno puede intervenir en las actividades financieras, bursátiles, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos públicos (C.P. art. 335)".

[364] Sentencia C-148 de 2015.

[365] Sentencia C-150 de 2003. Reiterada en la sentencia C-148 de 2015.

[366] Id.

[367] Id.

[368] Id.

[369] Id.

[370] Id.

[371] Sentencia C-557 de 2000 y C-016 de 2016 y C-026 de 2020.

[372] Sentencias C-016 de 2016 y C-026 de 2020.

[373] Sentencia C-478 de 1992.

[374] Sentencia C-015 de 1996.

[375] Sentencia C-305 de 2004.

[376] Sentencias C-191 de 1996, C-395 de 2004, C-376 de 2008 y C-394 de 2012, entre otras. Al respecto se ha precisado que "En efecto, las estrategias para realizar las metas y prioridades de la acción estatal de Desarrollo no son solamente las de carácter eminentemente presupuestal, sino que ellas también comprenden estrategias jurídicas cuyo alcance regulador favorezca la consecución de los objetivos que se pretende alcanzar. En consecuencia, en las estrategias cabe contemplar medidas tributarias de fomento a ciertas actividades económicas que se justifiquen por razones de interés general, tales como exenciones u otro tipo de beneficios".

[377] Sentencia C-242 de 2006.

[378] Sentencia C-254 de 1996, C-100 de 2005 y C-242 de 2006.

[379] Id.

[380] Sentencia C-254 de 1996.

[381] Sentencia C-242 de 2006. "El Congreso de la República, en ejercicio de la potestad de configuración, cuando se propone estimular el circuito económico puede válidamente escoger a los destinatarios de las medidas que adoptará, pues, a pesar del carácter general y abstracto de la ley, en situaciones como la que se examina, sólo un determinado sector de la sociedad dedica sus esfuerzos a obtener recursos financieros para desarrollar actividades legalmente permitidas y económicamente susceptibles de estímulo estatal".

[382] Sentencia C-254 de 1996.

[383] Sentencia C-242 de 2006.

[384] Sentencias C-077 de 2017 y C-220 de 2017.

[385] Sentencia C-259 de 2016.

[386] Sentencias C-205 de 1995, C-284 de 1997, C-272 de 1998, C-389 de 2002, C-707 de 2012, C-

[387] Id.

[388] Sentencia C-741 de 2003.

[389] Sentencia C-356 de 2016.

[390] Sentencia C-263 de 2011.

[391] Sentencia C-199 de 2001.

[392] Sentencias C-066 de 1997 y C-043 de 1998.

[393] Sentencia C-654 de 2003. Ver también, sentencia C-406 de 2016.

[394] Sentencia C-186 de 2011. Ver también, sentencia C-228 de 2010. "Dicha intervención es mu cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particul

[395] Sentencia C-741 de 2003.

[396] Sentencia C-471 de 2003

[397] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2011, Rad. 23001-23-31-00 Enrique Gil Botero.

[398] Sentencia C-186 de 2011. Ver también, sentencia C-284 de 2017 "[I]a intervención del Estad propósito armonizar los intereses privados de los particulares con el interés general, 'por ello, en las expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés intervención en la economía se constituye en un mandato constitucional que adquiere aún mayor re prestación de servicios públicos".

[399] Sentencia C-172 de 2014.

[400] Sentencia C-741 de 2003.

[401] Sentencia C-150 de 2003. La facultad de intervención del Estado en la prestación de los servi Constitución "ha previsto incluso la posibilidad de establecer, por razones de soberanía o de interés y mediante ley, un monopolio estatal en materia de servicios públicos previa la plena indemnizació dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365 inc. 2 de la C.P.)". Corte C 2003.

[402] Sentencia C-359 de 2016.

[403] Id.

[404] Sentencia C-092 de 2018.

[405] En concreto, y de particular importancia para el caso sub examine, en las sentencias C-915 de 2010 la Corte ha sostenido que es legítimo que el legislador límite la facultad de los prestadores de determinado bien o servicio.

[406] En las sentencias C-915 de 2002 y C-331 de 2003, la Corte Constitucional declaró la constitu 715 de 2001. Esta disposición establecía que las entidades que administran recursos de régimen sul con las instituciones prestadoras de servicios de salud pública del orden municipal o distrital de la e no menos de 40% de la unidad de pago subsidiada o no menos del 50% cuando existan en la entida mediana y alta complejidad. En estas decisiones, la Corte concluyó que la norma no vulneraba los c contratación, la libre competencia, la igualdad y el mandato de prestación eficiente de los servicios propósito "racionalizar el uso de los recursos disponibles, para asegurar la adecuada utilización de]

materia de salud" (C-331 de 2003). Asimismo, afirmó que no resultaba discriminatorio que la ley de recursos del régimen subsidiado debiera contratarse con IPS públicas.



[407] En la sentencia C-869 de 2010 la Corte declaró la exequibilidad del artículo 16 de la Ley "[l]as Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia exista allí la correspondiente capacidad resolutive. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta Constitucional concluyó que la disposición demandada no vulneraba la libre competencia económica porque las normas que imponen porcentajes mínimos de contratación con instituciones públicas "son legítimas de intervención del Estado en el SGSSS". Lo anterior, en el entendido que (i) buscan asegurar sectores y grupos poblacionales que son primordialmente atendidos por instituciones públicas de salud médico sería deficitario en caso que se dejara a la libre competencia de actores privados"; y (ii) no perjudicaría al usuario, puesto que dichos niveles de contratación mínima obligatoria no implican "que las entidades ofrecen alternativas para la atención".

[408] Sentencias C-671 de 2001, C-035 de 2016, C-369 de 2016, C-077 de 2017 y C-369 de 2019,

[409] Sentencia C-389 de 2016.

[410] Sentencia T-740 de 2015.

[411] Sentencia C-389 de 2016.

[412] Id.

[413] Sentencia C-123 de 2014 y T-342 de 2019.

[414] Sentencia C-369 de 2019.

[415] Sentencias C-035 de 2016 y C-369 de 2019.

[416] Sentencias C-352 de 2009, C-228 de 2010, C-219 de 2015 y C-620 de 2016, entre muchas otras.

[417] Sentencia C-345 de 2019.

[418] Sentencias C-111 de 2006, C-186 de 2011, C-909 de 2012 y C-092 de 2018, entre otras.

[419] Sentencia C-265 de 1994, C-093 de 2001 y C-741 de 2003.

[420] Id.

[421] Sentencia C-265 de 1994, C-093 de 2001 y C-741 de 2003.

[422] Sentencia C-265 de 1994.

[423] Sentencias C-830 de 2010, C-015 de 2014, C-104 de 2016, C-138 de 2019, C-084 de 2020 y

[424] Sentencia C-284 de 2014. "De lo expuesto, se observa que en el asunto sub examine se debe tanto la medida cuestionada está orientada a garantizar la figura bajo la cual deben organizarse las entidades para prestar el servicio público de la educación superior no oficial, es decir, no se trata de medidas que restringen sino de la fijación de reglas bajo las cuales un particular presta un servicio público y, específicamente, educativa, pudiendo definir dentro de ello los objetivos, requisitos, condiciones y modalidades bajo las cuales se presta la enseñanza superior".

[425] Sentencias C-227 de 2005 y C-543 de 2007. Ver también, sentencia C-077 de 2017. "47. En el Tribunal ha sostenido que es necesario realizar un escrutinio judicial estricto cuando el Estado impone políticas económicas que afectan a segmentos del país que se encuentran en situación de vulnerabilidad, busque decisiones basadas en la eficiencia, el libre mercado, y la búsqueda del desarrollo, no afecten sus condiciones de una vida digna: "los persistentemente elevados índices de desempleo, las condiciones estructurales de informalidad en la que sobreviven muchas personas, impone al Estado el desarrollo de políticas que respondan a la realidad y hacen imperativo evaluar muy cuidadosamente, en cada caso, el impacto que dichas políticas tienen en los sectores marginados y discriminados. // La actuación del Estado no puede cumplirse a partir, exclusivamente, de adecuación técnica, o con un enfoque **unilateral**, centrado en la satisfacción de ciertos fines sociales, sin tener en cuenta el impacto que la misma puede tener sobre las condiciones de supervivencia de esos sectores marginados y sobre las oportunidades que ofrece el desarrollo".

[426] Sentencia C-992 de 2006.

[427] Informe de pruebas MinMinas, pág. 11.

[428] Intervención SJP, pág. 54.

[429] Id.

[430] UPME, Estudio de Integración de Energías Renovables, 2015. Consultado en http://www.upme.gov.co/Estudios/2015/Integracion_Energias_Renovables/INTEGRACION_ENERGIAS_RENOVABLES "Costos y financiamiento: aunque no por mucho, en algunos casos la inversión inicial específica en tecnologías convencionales en la actualidad sigue siendo un poco más alta que en el caso de tecnologías convencionales, relativo desconocimiento por parte del sector financiero, especialmente en países en donde no se ha invertido en proyectos con fuentes no convencionales hasta el momento, tanto la financiación como la valoración de los riesgos adversas que no se comparan con las de proyectos con tecnologías convencionales".

[431] Informe de pruebas MinMinas, pág. 11.

[432] La Sala resalta que la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que los altos costos de estructuración, aunque pueden retrasar la entrada de competidores, no constituyen, per se, una barrera institucional o económica a un mercado determinado. Al respecto, ver: Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 81391 del 11 de octubre de 2019 y Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 81391 del 11 de octubre de 2019.

[433] Sentencia C-992 de 2006.

[434] A título de ejemplo, de acuerdo con la regulación expedida por el MinMinas, los contratos de compra de energía de la subasta realizada el 22 de octubre de 2019 tienen un plazo de 15 años de duración. En este sentido, para las fuentes convencionales que, para la fecha en que la norma fue expedida no tenían plantas para generar energía, estos sólo podrán entrar a competir por este segmento del ME si el contrato supone que los generadores que fueron asignados tendrán una demanda cierta y una cobertura frente a un plazo de 15 años.

[435] En adelante las menciones que la Sala haga a esta limitación a la libre competencia incluyen el derecho a la igualdad.

[436] Sentencias C-524 de 1995 y C-352 de 2009.

[437] Informe de pruebas CREG, pág. 7.

[438] Sentencia C-265 de 1994, C-093 de 2001 y C-741 de 2003.

[439] Id.

[440] Sentencia C-265 de 1994, C-093 de 2001 y C-741 de 2003.

[441] Sentencia C-186 de 2011. Ver también, sentencia C-228 de 2010. "Dicha intervención es mu cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particul

[442] Sentencia C-741 de 2003.

[443] Informe de pruebas MinMinas, pág. 36. Ver también, Intervención SJP, pág. 58.



[444] Inciso 1° del artículo 296 del PND.

[445] Id.

[446] Constitución Política, art. 333.1. "La empresa, como base del desarrollo, tiene una función sc Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial".

[447] Ley 1715 de 2014, art. 4.

[448] Id.

[449] Cfr. OEA, Seguridad Energética para el Desarrollo Sostenible en las Américas, pág. 11 y ss.

[450] Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, considerando 1.

[451] Sentencia C-242 de 2006.

[452] Informe de pruebas MinMinas, pág. 15.

[453] Informe de pruebas MinMinas, pág. 39.

[454] Traducción propia de: International Renewable Energy Agency (2018). Renewable Energy P 14.

[455] Intervención CEDEC, pág. 22.

[456] Informe de pruebas MinMinas, pág. 23.

[457] Id.

[458] Tabla tomada de: Informe de pruebas MinMinas, pág. 23.

[459] <https://www1.upme.gov.co/PromocionSector/Subastas-largo-plazo/Paginas/Subasta-CLPE-N>

[460] UPME, Informe Subasta CLPE No. 02 de 2019 y su mecanismo complementario. Adjuntado pág. 2.

[461] Ver, tabla en el párr. 185 supra.

[462] Informe de pruebas CREG, pág. 32. "En lo referente a las posibles falencias y/o riesgos de la teniendo en cuenta la composición actual presentada en la respuesta al punto anterior, podemos señ diversificación, dado que está fundamentada en dos tecnologías: plantas hidráulicas y plantas térmi la generación hidráulica, el efecto en la disminución de los aportes por la presencia del fenómeno c

El Niño, es un riesgo latente. La logística para el abastecimiento de combustibles, fundamentalmente térmicas son procesos complejos que pueden tener riesgos frente al suministro oportuno del combustible críticos".

[463] Informe de pruebas MinMinas, pág. 37.

[464] Id., pág. 36.

[465] Id., pág. 35.

[466] Id.

[467] Informe de pruebas MinMinas, pág. 37.

[468] Id.

[469] Informe de pruebas UPME, pág. 16.

[470] Informe de pruebas MinMinas, pág. 38. Ver también, Informe de pruebas CREG, pág. 32.

[471] UPME, Estudio de Integración de Energías Renovables, 2015. Consultado en http://www.upme.gov.co/Estudios/2015/Integracion_Energias_Renovables/INTEGRACION_ENE

[472] Id.

[473] Gráfica tomada de: Informe de pruebas MinMinas, pág. 38.

[474] Id., pág. 41.

[475] Id., pág. 35.

[476] Informe de pruebas MinMinas, pág. 42.

[477] Id., pág. 42.

[478] Id.

[479] Id., pág. 41.

[480] Id., pág. 45.

[481] Sentencias C-220 de 2017 y C-345 de 2019, entre muchas otras.

[482] Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 40590 de 2019.

[483] Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 554 de 2014.

[484] Informe de pruebas MinMinas, pág. 14.

[485] Informe de pruebas MinMinas, pág. 39.

[486] Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. NDC actualizada de Colombia. 10 de diciembre

[487] Traducción propia de: Gregory Mankiw, Principles of economics, Clengage Learning, 2015,

[488] Id, pág. 22.

[489] Documento CREG 156 de 2016, citado por: Informe de pruebas MinMinas, pág. 37.

[490] Gráficas tomadas de: Informe de pruebas MinMinas, pág. 36.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 30 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.728 - 15 de abril de 2024)

